REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 25 – ANO 5

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2018

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 EGIDIO JORGE GIACOIA
Desembargador RICARDO SANTOS FEITOSA
Desembargador MÁRCIO ORLANDO BARTOLI
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:
Seção de Direito Privado:
a) Ações Rescisórias 23
b) Agravos de Instrumento 56
c) Agravos Internos 140
d) Apelações 144
e) Embargos de Declaração 370
f) Mandados de Segurança 377
Seção de Direito Público:
a) Ações Rescisórias 382
b) Agravos de Instrumento 393
c) Apelações 455
d) Apelações /Reexames Necessários 557
e) Embargos de Declaração 571
f) Reexames Necessários 584
2- Jurisprudência Criminal:
a) Agravos em Execução Penal 590
b) Apelações 601
c) Embargos de Declaração 704
d) *Habeas Corpus* 705
e) Mandados de Segurança 726
f) Recursos em Sentido Estrito 732
g) Reexames Necessários 741
h) Revisões Criminais 744
3- Jurisprudência do Órgão Especial:
a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 754
b) Agravos Internos 802
c) Arguições de Inconstitucionalidade 812
d) Conflitos de Competência 816
c) *Habeas Corpus* 842
d) Mandados de Injunção 845
4- Jurisprudência da Câmara Especial:
a) Agravos Regimentais 856
b) Apelações 861
c) Apelações/Reexames Necessários 873
d) Conflitos de Competência 879
e) *Habeas Corpus* 889
5- Câmara Especial de Presidentes 910
6- Conselho Superior da Magistratura 927
7- Noticiário 945

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) 3117-2801/3117-2802
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano V, n. 25, jan./fev. 2018 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2018.

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 Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Vice-Presidente
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
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

Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
JOÃO NEGRINI Filho
SÉRGIO RUI da Fonseca
Luiz Fernando SALLES ROSSI
RICARDO Mair ANAFE
ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Raymundo AMORIM CANTUÁRIA
Artur César BERETTA DA SILVEIRA
ANTÔNIO CELSO AGUILAR CORTEZ
ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
ARTUR MARQUES da Silva Filho
Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Vice-Presidente
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho

Presidente da Seção de Direito Público
Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargadora ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI**
Desembargadora LÍDIA MARIA ANDRADE CONCEIÇÃO**
Desembargador IASIN ISSA AHMED**
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JUNIOR**
Desembargadora DORA APARECIDA MARTINS**
Desembargador RENATO GENZANI FILHO**

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS (Presidente)
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho (Vice-Presidente)
Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA (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 Carlos TEIXEIRA LEITE Filho
Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS***
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargadora HERTHA HELENA ROLLEMBERG PADILHA DE OLIVEIRA**
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 César 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 FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR
Desembargador MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO**

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**
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS*
Desembargadora CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI*

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 Ângelo BRANDI Júnior
Desembargador LUÍS MÁRIO GALBETTI
Desembargadora MARY GRÜN***
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ 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 612)

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 APARÍCIO 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 Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargadora MÔNICA SALLES PENNA MACHADO**
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargadora SÍLVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

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

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
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 MAURÍCIO PESSOA
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

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 JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
Desembargadora LUCILA TOLEDO Pedroso de Barros***
Desembargador ELÓI ESTEVÃO TROLY
Desembargador JAIRO OLIVEIRA JÚNIOR**

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
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

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

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES***
Desembargador IRINEU JORGE FAVA
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador PAULO PASTORE FILHO
Desembargador JOÃO BATISTA Amorim de VILHENA Nunes

18ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES
Desembargador ROQUE Antonio MESQUITA de Oliveira***
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR

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 MÁRIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO**

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***

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

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

25ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

26ª Câmara de Direito Privado (salas 407/425 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RENATO Sandreschi SARTORELLI
Desembargador Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador ANTONIO BENEDITO DO NASCIMENTO
Desembargador Márcio Martins BONILHA FILHO
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**

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 MARCOS GOZZO

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

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

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
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

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
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

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**

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 CALÇASI
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI***
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 510 — 2ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador MAURÍCIO PESSOA***
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY

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

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 Mendes
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 CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI***
Desembargador CARLOS Vieira VON ADAMEK
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JÚNIOR**

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 SÉRGIO 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 ANTÔNIO 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 Araújo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO

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 ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
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**

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 CARLOS Fonseca MONNERAT
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 Décio 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 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 LUÍS 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 — 10:00 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
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN
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 Antonio 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 MAURÍCIO 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 CORRÊA 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 MAURÍCIO VALALA**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 5ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador MARCO ANTÔNIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Roberto GRASSI NETO
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
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 SILMAR FERNANDES
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
Desembargador JÚLIO CAIO FARTO SALLES**
Desembargador MÁRCIO EID SAMMARCO**

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 JÚNIOR**

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 CARLOS ALBERTO GARBI
Desembargador CLÁUDIO Antonio MARQUES da Silva
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

16ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador NEWTON de Oliveira NEVES
Desembargador OTÁVIO Augusto DE ALMEIDA TOLEDO
Desembargador GUILHERME DE SOUZA NUCCI
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO***
Desembargador Gilberto LEME Marcos GARCIA
Desembargador OSNI ASSIS PEREIRA**

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS
(Resolução nº 737/2016)

11ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO***
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
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 ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
Desembargadora IVANA DAVID**

*** — 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)

Márcia Regina Dalla Déa Barone
Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
César Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luis Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloísio Sérgio Rezende Silveira
Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Mônica Salles Penna Machado
Lauro Mens de Mello
Ana Lúcia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Sílvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lídia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício 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
Heloísa 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
Eurípedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior
Marcos Antonio Corrêa da Silva
Carmen Lúcia da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Sílvia Maria Facchina Espósito 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 Junior
Gilberto Ferreira da Cruz
Dora Aparecida Martins
Maurício 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
Hertha Helena Rollemberg Padilha de Oliveira
Maurício Campos da Silva Velho
Márcio Eid Sammarco
Sulaiman Miguel Neto

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2229597-40.2016.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é autor COOPERATIVA DE TRANSPORTE DE CARGA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - COOPERCARGA, é réu BRADESCO AUTO RE CIA DE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33670)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente), VICENTINI BARROSO, MIGUEL PETRONI NETO, MAURO CONTI MACHADO, COELHO MENDES, JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA INTENTADA VISANDO A RESCISÃO DE V. ACÓRDÃO PELO QUAL FOI PARCIALMENTE MODIFICADO ENTENDIMENTO ADOTADO PELA R. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO, E IMPROCEDENTE A DENUNCIAÇÃO DA LIDE DELA DECORRENTE - ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO RESCINDENDA CONTRARIA NORMA JURÍDICA VIGENTE - UTILIZAÇÃO DA RESCISÓRIA COMO SE RECURSO FOSSE - BUSCA DE NOVO JULGAMENTO - INVIABILIDADE - RESCISÓRIA INTENTADA EM DESACORDO COM O QUE DISPÕE O ARTIGO 966, DO CPC - INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA O PEDIDO FUNDADO NO ART. 966, INCISO V, DO CPC - RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Ação Rescisória proposta por **COOPERATIVA DE TRANSPORTE DE CARGA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - COOPERCARGA** contra **BRADESCO AUTO/RE CIA DE SEGUROS**, na busca de ver rescindido V. Acordão emanado da 16ª Câmara de Direito Privado, por Voto da lavra do Desembargador Luís Fernando Lodi (fls. 697/701, e 737/739), proferido em Recurso de Apelação interposto contra a R. Sentença de fls. 580/586, esta lançada nos autos da Ação Regressiva de Ressarcimento nº 0010789-25.2010.8.26.0223, que tramitou perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Guarujá, pela qual foi julgada procedente a demanda principal, momento em que o Juízo condenou a cooperativa ré ao pagamento do montante adimplido pela seguradora à proprietária da carga transportada (R$ 107.265,00), sendo certo que, no tocante à lide secundária, o Juízo decretou a improcedência da ação, o que se deu sob o fundamento de que o evento narrado nos autos não contava com cobertura contratual, entendimento esse parcialmente modificado em 2º Grau de Jurisdição, apenas para reconhecer que a condenação imposta na lide principal deverá se dar pelo valor integral do ressarcimento promovido à empresa segurada (R$ 808.812,50).

Alega a Cooperativa autora em seu pleito inicial (fls. 01/13), que o V. Acórdão rescindendo foi proferido contrariamente à norma jurídica, sustentando que o entendimento adotado deixou de observar o conjunto probatório coligido ao todo processado, mormente no que se refere ao fato de que o evento narrado nos autos conta com plena cobertura da apólice de seguro contratada entre as partes ora litigantes, salientando que a Turma Julgadora reconheceu que houve tombamento da carreta e sua carga, o que se mostra suficiente para acolhimento da pretensão deduzida em sede de denunciação da lide, isso porque inexiste distinção entre caminhão/cavalo mecânico e a carreta, haja vista que o conjunto é considerado como veículo transportador, razão pela qual a improcedência da ação implicou em violação ao quanto disposto pelos artigos 125, inciso II, e 373, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, bem como à regra jurídica estabelecida pelo artigo 423, do Código Civil, fatos estes que demonstram a conclusão equivocada obtida pela V. Decisão rescindenda, pois se mostra manifestamente contrária à legislação em vigor, daí o porquê de pedir pela procedência da presente rescisória, de sorte a ter por rescindido o V. Acórdão, dito capenga, dando-se assim interpretação correta aos fatos e, ao direito, de sorte a se reconhecer a procedência da denunciação da lide proposta.

Acesso ao Sumário

Determinada a citação (fls. 805), esta efetivamente se aperfeiçoou (fls. 809), tendo a requerida, por peça de fls. 810/817, apresentado contestação pela qual, em preliminar, arguiu aspecto relativo a inépcia da inicial, isso diante da ausência dos requisitos necessários para a propositura da presente demanda,

nesse ponto residindo o porquê de pedir pela extinção da ação sem resolução do mérito.

Quanto a questão de fundo, frisa que o V. Acórdão atacado deve prevalecer, uma vez que o manejo da rescisória não passa de expediente utilizado pela autora, como forma de promover ao reexame de provas já examinadas e, que a nada de concreto conduzem, momento em que ressaltou o fato de que inexistiu no julgado ofensa a dispositivo de lei, pois na verdade busca a autora, se escorar em frágeis alegações que, de concreto nada acrescentam, razão pela qual pediu pela improcedência da ação.

Depois de apresentada a peça defensiva a instituição demandada, veio aos autos novo pedido de deferimento de tutela de urgência (fls. 843/848), pretensão essa acolhida no sentido de determinar a suspensão da Ação nº 0010789-25.2010.8.26.0223, até o julgamento da presente demanda (fls. 858).

A autora se manifestou em réplica (fls. 883/887), momento em que rebateu os pontos apresentados pela ré.

Instadas a especificar provas a se produzir (fls. 878), a ré não manifestou interesse em outras provas (fls. 881), pranteando a autora pela produção de prova testemunhal (fls. 889/890), pretensão que foi indeferida diante impossibilidade de se comprovar a verificação de uma das hipóteses previstas pelo artigo 966, do Código de Processo Civil, por meio da prova buscada (fls. 894). Concedida oportunidade para apresentação de falas finais, estas foram encartas ao feito com reiteração das posições já assumidas (fls. 897/902, e 904/908), vindo então os autos a conclusão.

É o relatório.

Antes de qualquer análise, cabe enfrentar a preliminar levantada pela ré, esta no tocante ao não preenchimento dos pressupostos para a propositura da presente demanda, questão esta que se confunde com o mérito, devendo, portanto, ser tratada não como matéria prejudicial ao conhecimento da questão de fundo, mas como mérito em si considerado, o que implica em sua oportuna apreciação.

Analisando a Ação Rescisória em si considerada, nos exatos limites como intentada pela Cooperativa autora, é de se reconhecer que não deve merecer acolhida por parte da Turma Julgadora, uma vez que a análise da matéria como desenvolvida pelo V. Acórdão que se busca rescindir, se coloca em perfeita harmonia com os ditames da lei vigente e, por consonância, com os elementos de cognição encartados ao todo processado, daí porque não possa o entendimento anteriormente adotado sucumbir ante aos reclamos deduzidos pela demandante.

Não bastasse o já exposto, de rigor ter em mente que a presente ação foi intentada em desrespeito aos limites estabelecidos pelo artigo 966, do CPC, uma vez que não resultou demonstrada durante o todo processado, o fato de existir

Acesso ao Sumário

contrariedade entre a R. Decisão rescindenda e a legislação vigente, sendo de rigor observar que se mostra incabível a movimentação da Ação Rescisória para apuração de indevida apreciação das provas encartadas aos autos, conforme alegação expressa da interessada.

Nesse sentido se coloca o entendimento adotado pelo C.STJ, conforme anota Theotonio Negrão em sua obra Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 48ª edição, Saraiva, São Paulo, 2017, pág. 863, quando assim dispõe:

"É incabível ação rescisória por violação de lei se, para apurar a pretensa violação, for indispensável **reexaminar matéria probatória** debatida nos autos" (STJ - 1º Seção, AR 3.731 - AgRg, Min. Teori Zavascki, j. 23.05.207-DJU 4.06.07).

Não bastasse o já exposto, cabe frisar ainda, que o entendimento adotado nos autos não implicou violação ao quanto disposto pelos artigos 125, inciso II, da Lei de Ritos (**Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.**), haja vista que a denunciação da lide buscada nos autos em que proferida a R. decisão rescindenda foi regularmente processada, sendo a questão decidida por meio de Decisão de mérito. É de se ter em mente também, que da mesma maneira não se fez presente violação ao quanto definido pelo artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil (**Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;**), uma vez que pelo que se verifica dos autos foram conferidas todas as oportunidades às partes para comprovação do quanto alegado, sendo certo por outro lado, que a cooperativa, ora autora, na ocasião em que foi instada a se manifestar acerca das provas que pretendia produzir (fls. 570), deixou transcorrer "in albis" o prazo concedido para especificação de provas (fls. 577).

Vale frisar ainda, que igualmente não comporta acolhida a alegação de transgressão ao quanto disposto pelo artigo 423, do Código Civil, mormente porque a propositura de Ação Rescisória quando lastreada em violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V, do CPC), somente se mostra cabível quando a ofensa se der de forma direta, não comportando deduções a partir de interpretações possíveis, como pretende fazer a demandante acerca das cláusulas ditas ambíguas ou contraditórias, como também no que diz respeito ao fato de a carreta unicamente considerada se tratar ou não de veículo de transporte, sendo caso de citar novamente anotação de Theotonio Negrão, como constante de sua consagrada obra Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 48ª edição, nota nº 20, ao artigo 966, do CPC, Saraiva, São Paulo, 2017, pág. 864, que assim dispõe: **"Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo 'decisum'**

Acesso ao Sumário

rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos" (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RT 634/93, STJ-RT 733/154.

Diante do exposto, de rigor firmar entendimento no sentido de que se mostra infundada a pretensão deduzida pela autora, uma vez que busca a demandante fazer prevalecer a tese por ela defendida nos autos, acerca da interpretação da cláusula prevista na apólice do seguro em questão, atacando assim Decisões que pretende ver modificada.

No mais, com relação ao conjunto de elementos carreados aos autos, de rigor concluir que não esteja a merecer acolhimento o pedido rescisório declinado inicialmente, uma vez que, de novo, nada foi encartado aos autos que pudesse alterar o já decidido, nada trazendo a autora ao conjunto já produzido, o que implica em efetiva falha na apresentação de elementos seguros que permitissem eventual modificação dos limites definidos pela V. Decisão combatida que, diante de tais circunstâncias, deve ser integralmente preservada, nos exatos limites em que proferida, pois deu adequada solução a pendência como submetida ao Poder Judiciário, devendo ser tida por equivocada a fundamentação constante do V. Acórdão guerreado no tocante ao tombamento da carreta, haja vista que além das declarações unilateralmente prestadas pelo motorista (fls. 87/88, e 98), nenhum outro elemento de cognição que demonstrasse tal fato foi coligido ao todo processado, devendo, por força de consequência, ser mantida sem quaisquer retoques.

Assim, diante de tais elementos, é caso de se julgar improcedente a Ação Rescisória como intentada, com a consequente revogação da tutela antecipada anteriormente deferida, o que se promove com pleno suporte no quanto vem disposto no artigo 487, I, do CPC, de sorte a se condenar a autora ao pagamento das custas processuais, porque a elas deu causa, bem como a arcar com Honorários Advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído a demanda, nos termos do artigo 85, §2º, da lei de Ritos, observando quanto à multa os termos do artigo 968, II, do CPC em vigência.

Pelo exposto, e por meu Voto, julgo improcedente a Rescisória movimentada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2190113-

Acesso ao Sumário

52.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ITAÚ UNIBANCO S/A, é réu LOCAFER LOCAÇÃO DE FERRAMENTAS E EQUIPAMENTOS S.A.

ACORDAM, em 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V.U. Fará declaração de voto vencedor o 4º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13349)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, SEBASTIÃO FLÁVIO, J. B. FRANCO DE GODOI, DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. V. Acórdão rescindendo que deu provimento em parte ao recurso de apelação interposto pela autora de ação revisional de contratos bancários, afastando a capitalização mensal de juros, por reconhecer a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.963-17, a previsão de comissão de permanência, a incidência de multa moratória superior a 2% e de juros remuneratórios após o vencimento da dívida, e declarando a existência de saldo credor no montante de R$194.640,74 a favor da parte autora daquela demanda. Ação rescisória fundada no artigo 485, V e IX, do CPC/73. Alegada existência de erro de fato, bem como de violação ao artigo 884 do Código Civil e da Lei 4.595/94, ao limitar a taxa de juros remuneratórios a 1% ao mês e afastar a capitalização dos juros por inconstitucionalidade. Julgamento antecipado desta ação rescisória, nos termos do artigo 355, I, do CPC/15. Ausência de cerceamento de defesa. Controvérsia que prescinde da produção de outras provas. Erro de fato configurado, tendo em vista que o V. Acórdão rescindendo considerou existente saldo credor a favor da parte autora da demanda revisional, sendo que, na verdade, o laudo pericial apontou-a como devedora. Violação literal de disposição de lei, por ter propiciado enriquecimento sem causa à parte ré daquela ação,

Acesso ao Sumário

bem como por ter afastado a capitalização mensal de juros, reconhecendo a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.963-17. Hipóteses de admissibilidade caracterizadas. Violação ao disposto no artigo 97 da Constituição Federal. Rescisão do V. Acórdão pronunciada. Análise, em Juízo Rescisório, do recurso de apelação da parte autora daquela demanda, ora ré, quanto às questões suscitadas nesta ação, observando-se a coisa julgada no que se refere às demais matérias não impugnadas. Inexistente o suposto saldo credor em favor da parte autora da ação revisional, reconhecido por equívoco, afasta-se a condenação do banco, ora autor, ao pagamento do valor correspondente que havia sido imposta no julgamento da apelação. Constitucionalidade da Medida Provisória n° 2.170-36/01 reconhecida pelo OE desta Corte. Cláusula de reserva de plenário. Art. 97, CF. Legalidade da capitalização dos juros com periodicidade inferior a um ano, desde que prevista no contrato (Súmula 596 do STF e Súmulas 539 e 541 do STJ). Capitalização prevista 'in casu'. Legalidade reconhecida. Limitação dos juros a 12% ao ano, conforme redação original do art.192, §2º, da CF, que dependia de Lei Complementar (Súmula Vinculante 07). Questões pacificadas no julgamento do Recurso Especial 1.061.530-RS, em sede de recursos repetitivos, pelo STJ. Juros contratuais mantidos, posto que não abusivos. Parte autora da ação revisional que saiu vencida na maior parte dos pedidos e deverá arcar com os ônus sucumbenciais. Ação rescisória procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação rescisória visando à rescisão de V. Acórdão proferido pela C. 23ª Câmara de Direito Privado, sob a Relatoria do E. Desembargador Rizzatto Nunes (fls.674/683), que, ao apreciar apelação interposta pela ora requerida contra a r. sentença de procedência em parte dos pedidos realizados em ação revisional de contrato (fls.611/613), deu parcial provimento a recurso de apelação interposto pela parte autora para o fim de condenar "*o banco réu a restituir a autora o montante de R$194.640,74 (cento e noventa e quatro mil e seiscentos e quarenta reais e setenta e quatro centavos), corrigidos*

monetariamente, a partir de novembro/2008, pelos índices da Tabela Prática editada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, estes a partir da citação" (fls.683).

A parte autora sustenta, em suma, que, a controvérsia tem origem em ação de revisão de contratos bancários ajuizada pela parte ré desta demanda, a qual foi julgada procedente em parte para o fim de afastar a cobrança de juros capitalizados mensalmente e de comissão de permanência, o que resultou na sua condenação a pagar à autora daquele processo, ora ré, o valor de R$194.640,74. Afirma que tal conclusão decorreu de erro de fato, mostrando-se, ademais, absolutamente ilegal, na medida em que a prova pericial foi conclusiva no sentido de que, no cenário mais favorável para a financiada, a parte autora daquela ação revisional e ré desta rescisória, teria um saldo devedor de R$194.640,74, e não credor. Alega, ainda, que tal montante foi calculado com base na aplicação de juros remuneratórios de 1% ao mês, tese não acolhida pelo V. Acórdão rescindendo. Argumenta que a parte ré, apesar de ter recebido os valores referentes ao empréstimo, não efetuou o pagamento de uma única parcela do contrato. Aduz que o V. Acórdão baseou-se em um único trecho do laudo técnico, o qual estava viciado por erro de grafia, apontando a sociedade autora da ação revisional como credora, mas não devedora. Assevera que a decisão da Turma Julgadora acarretou violação literal disposição de lei, pois colide com o disposto no artigo 884 do Código Civil, propiciando enriquecimento sem causa à parte 'ex adversa'; com o artigo 4º, IX, da Lei 4.595/94, na medida em que aplicou taxa de juros no limite de 1% ao mês; com os dispositivos legais que permitem a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual, respaldada pela Súmula nº 539 do E. Superior Tribunal de Justiça. Ressalta que o V. Acórdão rescindendo foi a última decisão de mérito proferida na ação revisional em tela, sendo que a última decisão proferida no agravo em recurso especial foi em 01.09.2015, a qual homologou a desistência dos embargos de declaração, motivo pelo qual esta ação rescisória é tempestiva, pois ajuizada dentro do biênio previsto no artigo 495 do CPC. Destaca que a hipótese dos autos diz respeito a erro de fato resultante de atos ou de documentos da causa, conforme artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, o qual está caracterizado quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sem que tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do artigo em comento. Pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela, para o fim de sobrestar o prosseguimento da execução do V. Acórdão rescindendo, até o julgamento final desta ação.

Acesso ao Sumário

O E. Des. Costa Netto, relator sorteado, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de "*determinar ao MM. Juiz onde tramita a ação revisional se abstenha de expedir guia de levantamento de valores naqueles autos, o que faço com fundamento no poder geral de cautela do magistrado,*

bem como diante do perigo de dano irreversível, em caso de julgada procedente esta demanda, sem prejuízo da possibilidade prevista no §4º do artigo 273 do Código de Processo Civil" (fls.1.171).

Tendo em vista que, em 10/12/2015, o Des. Costa Netto deixou de atuar nesta C. 24ª Câmara de Direito Privado em virtude de sua remoção, vieram os autos a esta Relatoria para a apreciação desta ação rescisória (fls.1.213).

A parte ré, devidamente citada (fls.1.220/1.223), ofereceu contestação (fls.1.224/1.255), sustentando, em síntese, que, na fase instrutória da ação revisional, o banco réu não apresentou todos os documentos necessários à produção da prova pericial, tendo sido o 'expert' conclusivo no sentido da existência de saldo credor eu seu favor. Sustenta que, em memoriais finais, a instituição financeira ré não impugnou o laudo pericial apresentado, nem mesmo o 'erro de grafia' ou 'erro de fato' ora suscitado. Após a prolação do V. Acórdão rescindendo, o banco ora autor limitou-se a oferecer embargos de declaração, tendo como única finalidade o prequestionamento, tendo, posteriormente, interposto recurso especial, nada alegando acerca do laudo, tampouco suscitando o suposto erro na decisão rescindenda. Argumenta que a ação rescisória não tem a finalidade de rediscutir a matéria, com reexame da prova ou análise da justiça da decisão, tampouco pode servir como instrumento recursal, pois é cabível apenas nas hipóteses taxativamente elencadas no Código de Processo Civil. Configurou-se a preclusão em relação à possibilidade de impugnação do laudo pericial. Sustenta não haver nenhum erro no V. Acórdão rescindendo, o qual deve, portanto, prevalecer. Requer a revogação da decisão liminar concedida, bem como a transferência do valor depositado nos autos da lide originária para conta judicial vinculada a esta ação rescisória.

Petição da parte autora a fls.1267/1269, noticiando a ausência de intimação para apresentação de réplica, apreciada a fls.1284.

Réplica a fls.1270/1280.

Petição da parte autora a fls.1281/1282, requerendo a expedição de ofício ao Sr. Perito que atuou no feito de origem, a fim de que ele confirme e retifique o erro material apontado em seu laudo.

É o relatório.

Ressalte-se, primeiramente, que a presente ação rescisória foi ajuizada antes da vigência do novo Código de Processo Civil.

A análise do pedido dispensa a produção de outras provas, comportando julgamento antecipado do mérito, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil em vigor, não havendo que se falar, portanto, na expedição de ofício ao Perito que atuou na ação revisional 'para que ele confirme e retifique o erro material' apontado pela parte autora no laudo técnico.

A presente ação rescisória tem fundamento no artigo 485, incisos V e IX

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do ajuizamento desta demanda, correspondente ao artigo 966, incisos V e VIII, da Lei Processual atualmente em vigor.

A controvérsia diz respeito, em apertada síntese, à violação literal de disposição de lei, por ter o V. Acórdão rescindendo propiciado enriquecimento sem causa à ré desta demanda (parte autora da ação revisional), visto que, com base em análise equivocada de trecho do laudo pericial produzido na ação revisional, o qual continha erro de grafia, acabou por atribuir à parte autora daquela demanda revisional a qualidade de credora quando, na verdade, ela era devedora na relação contratual. Alega-se, ademais, que teria havido a incidência de legislação inaplicável 'in casu'.

A questão central 'sub judice' tem fulcro no laudo pericial juntado a fls.534/568, pois a parte autora desta demanda alega que os cálculos elaborados foram conclusivos em apontar um saldo devedor da parte ré desta ação rescisória, isto é, da requerente da ação revisional, mas, por um erro de grafia, acabou por indicá-la como credora do correspondente montante.

Assiste razão ao autor desta ação rescisória.

Em resposta à análise dos quesitos apresentados pela parte requerida da ação revisional a fls.231/232, o 'Expert' especificou os contratos celebrados pelas partes, indicando os respectivos créditos concedidos à parte autora da ação revisional (fls.541/542), e, em suas conclusões, **foi categórico ao afirmar** a fls.545 que "*2. **Apurou-se que o saldo devedor da Empresa Requerente em 08/01/02** (data base da memória de cálculo juntada fls.307 dos autos), referente ao Contrato de Empréstimo Garantido por Aval (HOT Money - A) nº 08513921-0, de acordo com as cláusulas contratuais, **montava a: R$75.549,64***". De acordo com os cálculos elaborados pelo Vistor Oficial, esse saldo devedor "***atualizado até novembro de 2008, pela Tabela de Atualização de Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acrescido de juros de 12% a.a., perfaz o total de: R$212.974,20***" (fls.545).

Mas, acrescentou o Perito, "*atendendo a tese da Empresa Requerente, ou seja, substituindo as taxas de juros praticadas pelo Banco Requerido pela variação mensal dos índices constantes da Tabela de Atualização de Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acrescido de juros de 1% ao mês, apurou-se que a empresa Requerente em 30 de novembro de 2008 teria um **saldo favorável de: R$194.640,74***" (fls.545).

A referência a um suposto saldo 'favorável' em prol da empresa mutuária foi justamente o que levou o V. Acórdão rescindendo a reconhecer, contrariamente à prova dos autos, a existência de um saldo 'credor', no montante de R$194.640,74 (fls.683), em favor da parte autora da ação revisional.

O equívoco na conclusão do V. Acórdão em comento, motivado por

Acesso ao Sumário

evidente erro material na confecção do laudo pericial que fundamentou o julgamento, resta incontroverso na medida em que o demonstrativo de fls.546, também elaborado pelo Perito, indica, expressamente, a existência de um "**SALDO DEVEDOR** em 30/11/08", **no montante de R$194.640,74**, e não de saldo credor em favor da empresa que ajuizou a ação revisional.

Portanto, resta claro que a menção à existência de um saldo 'favorável' de R$194.640,74 em prol da devedora decorreu de mero erro de grafia na elaboração do laudo, estando caracterizado, pois, o erro material afirmado nesta sede.

Na sequência, adotando a outra tese da parte autora daquela demanda para a elaboração dos cálculos, o 'Expert' concluiu que "*atendendo, ainda a tese alternativa da Empresa Requerente, ou seja, substituindo as taxas de juros praticadas pelo Banco Requerido pela variação mensal do CDB acrescido de 20%, apurou-se que a empresa Requerente em 30 de novembro de 2008, teria um* ***saldo favorável de: R$195.823,57***" (fls.546). Mais uma vez, verifica-se que a tabela apresentada pelo Vistor, em complementação às suas respostas, indica, também, expressamente, a existência de um "**SALDO DEVEDOR** em 30/11/08", **no montante de R$195.823,57**, e não de saldo credor em favor da empresa que ajuizou a ação revisional.

O fato de ter sido apontado como *"saldo favorável"*, portanto, significa, tão somente, que houve simples erro material na redação do laudo e não que, efetivamente, existisse um "crédito" em favor da devedora.

Verifica-se, ademais, que o V. Acórdão não afastou a possibilidade de cobrança de taxa de juros superior a 1% ao mês por parte das instituições financeiras, desde que devidamente informado o percentual ao consumidor, situação que ocorreu na hipótese dos autos, conforme se verifica dos títulos que instruem a ação.

Veja-se o trecho do V. Acórdão que tratou desse tema:

> "A taxa de juros remuneratórios, de fato, são livres para os bancos, mas devem ser cobradas, de forma linear, e desde que previamente comunicada ao consumidor (artigo 46 do CDC), caso contrário, só pode ser cobradas linearmente, à razão de 1% ao mês." (fls.682).

Também por esse motivo, o V. Acórdão fundou-se em erro de fato, na medida em que o valor utilizado na condenação é aquele indicado pelo Perito a partir do cálculo da dívida nos termos propostos pela parte autora da demanda revisional, ou seja, "*substituindo as taxas de juros praticadas pelo Banco Requerido pela* ***variação mensal dos índices constantes da Tabela de Atualização de Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo****, acrescido de juros de 1% ao mês*".

Houve, assim, erro de fato, na medida em que se considerou existente

Acesso ao Sumário

saldo 'credor' em favor da parte autora da demanda original, mas, na verdade, os documentos que constam dos autos demonstram a existência, na verdade, de um saldo devedor daquela parte, bem como porque aquele suposto saldo 'credor' que, na verdade, era devedor, não correspondia ao valor real do débito da autora da ação revisional, sendo, ao contrário, resultado do cálculo da dívida com a adoção dos encargos sugeridos unilateralmente pela devedora e não mediante a aplicação da taxa de juros prevista pelo contrato, que não foi afastada pelo 'decisum'.

Por conseguinte, o saldo devedor de **R$194.640,74**, calculado pelo Perito, não poderia nem mesmo fundamentar uma condenação da parte autora da ação revisional (parte ré desta ação rescisória), uma vez que esse montante não corresponde ao valor correto da dívida, sendo, ao contrário, o resultado de cálculo que utilizou encargos diversos daqueles contratados pelas partes, e que foram simplesmente sugeridos pela parte devedora.

Acrescente-se que a conclusão do V. Acórdão rescindendo decorreu diretamente do erro em referência, isto é, a partir da interpretação de que saldo 'favorável' seria um saldo 'credor', o que é perceptível a partir da simples análise da prova dos autos, sobre a qual não houve controvérsia, conforme bem observado, aliás, pela parte ré desta demanda na contestação que apresentou.

Sobre o tema, colacionam-se ensinamentos da doutrina:

> "**IX: 35. Erro de fato**. 'Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgado rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade' (Sydney Sanches, RT 501/25). Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo." **(NERY JUNIOR, NELSON - 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.783)**

A conclusão do V. Acórdão, ademais, acarretou verdadeira violação literal de disposição de lei, nos termos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil vigente à época, uma vez que a parte autora daquela demanda, apesar de ter adquirido empréstimos e ter se mostrado incontroversamente inadimplente, acabaria por se tornar credora da parte contrária, a partir do 'decisum' rescindendo, o que colide com o disposto no artigo 884 do Código Civil.

O V. Acórdão rescindendo também resultou em violação literal de disposição de lei quanto ao afastamento da capitalização de juros.

Acesso ao Sumário

Quanto ao tema, prosseguem os ensinamentos da doutrina:

"IV: 17. Ofensa à disposição de lei. A decisão de mérito transitada em julgado que não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente é rescindível com fundamento no CPC 485 V. Pode ser rescindida a decisão que violou o *direito em tese*, isto é, a correta interpretação da norma jurídica. Neste sentido: Câmara, *Rescisória*, p.81. Lei tem aqui sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, D etc. A violação do direito estrangeiro, quando tenha de ser aplicado ao caso concreto, constitui motivo para a rescisão da sentença (Pontes de Miranda, *Rescis*., §24, n.2, p.299; Barbosa Moreira, *Coment*., n.78, p.131). Decisão que viole a jurisprudência, bem como súmula de tribunal, não enseja ação rescisória. A ação rescisória é cabível quando a sentença de mérito viole *cláusulas gerais*, tais como a função social do contrato (CC 421), boa-fé objetiva (CC 422), função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170 III; CC 1228 §1º), função social da empresa (CF 170; CC 421 c/c 981) etc. É admissível a ação rescisória, com base no CPC 485 V, por ofensa à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, porque são regras jurídicas com previsão expressa na lei (LICC 4º) (Pontes de Miranda, *Rescis*., § 24, n.1, p.259) e, portanto, fontes de direito, equiparando-se à *lei* em sentido amplo. Sentença de mérito *inconstitucional* ou *ilegal* por ser desconstituída por ação rescisória (v. coments. CPC 467); caso não o seja, a coisa julgada material produz seus efeitos normalmente, em decorrência da *inevitabilidade* da jurisdição, da *segurança* e, principalmente, do *Estado Democrático de Direito* (CF 1º, *caput*). V. acima, coments. prelim. CC 1º e coments. CC 421 e 422. V., na casuística abaixo, o verbete "Princípios gerais de direito". **(NERY JUNIOR, NELSON - 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.779/780)**

A decisão rescindenda afastou a aplicação da Medida Provisória nº 2.170-36, declarando-a inconstitucional, bem como da Lei 10.931/2004, por supostamente violar o disposto na Lei Complementar 95/98, vedando, por conseguinte, a capitalização de juros.

Mostra-se de rigor a transcrição do seguinte trecho da fundamentação daquele 'decisum':

"A capitalização de juros é prática vedada nos contratos em causa, conforme artigos 4º e 11 do Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do E. Supremo Tribunal Federal que não foi revogada pela Súmula 596 da mesma E. Corte, pois que cuidam de coisas diversas, esta reportando ao artigo 1º do citado Decreto, que regula o limite da taxa de juros para os bancos, que resultou derrogado pelo artigo 4º IX, da Lei nº 4.595 de 31/12/64, e aquela dizendo respeito ao já referido artigo 4º do mesmo Decreto, que cuida do anatocismo, estando de pé o referido artigo também

Acesso ao Sumário

com relação às instituições financeiras, salvo nos casos específicos de leis expressas autorizando a capitalização destes e nos períodos mencionados, como é o caso do Decreto-Lei nº 167, de 14/02/67, artigo 5º, na cédula de crédito rural, e do Decreto-Lei nº 413, de 09/01/69, que regula os títulos de crédito comerciais e industriais (art.5º), aqui por força do artigo 5º da Lei nº 6.840, de 3/11/80, que a autoriza semestralmente (Súmula 93 do E. STJ).

Além disso, nem a Medida Provisória 1.963-17, de 30 de março de 2000, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória 2.170-36 de 23 de agosto de 2001, não tem validade constitucional, pois padecem de grave vício de origem capaz de rechaçá-las do ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, a Lei 10.931/2004 gerada pelas Medidas Provisórias citadas e que prevê a possibilidade de capitalizar juros (art.28, §1º) é inaplicável nesse ponto. (fls.678)".

Ocorre, porém, que o V. Acórdão violou a "cláusula de reserva de plenário" prevista no artigo 97 da Constituição Federal, o qual estabelece que "*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público*".

Deve-se observar, ainda, o disposto na Súmula Vinculante nº10, do E. Supremo Tribunal Federal: "*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*".

Não cabia a referido órgão fracionário, portanto, resolver a controvérsia a partir da declaração de inconstitucionalidade de referidos diplomas legais, de modo que o V. Acórdão deve ser rescindido também por esse motivo.

De rigor, por conseguinte, a rescisão do V. Acórdão em referência quanto a tais temas, com fundamento no artigo 485, V e IX, do Código de Processo Civil, o que ora se pronuncia.

Acesso ao Sumário

Passa-se, em Juízo rescisório, à análise do recurso de apelação interposto pela parte autora daquela demanda, ora ré, copiado a fls.617/634, observando-se a coisa julgada no que se refere às demais questões não suscitadas nesta ação rescisória.

A parte apelante sustentou, em suma, em seu apelo (fls.617/636), que são nulas as cláusulas contratuais que: 1) estipulem juros remuneratórios superiores a 12% ao ano ou acarretem à instituição financeira ganho excedente a 20% da taxa de captação via CDB por ela praticada; 2) prevejam capitalização mensal de juros; 3) estabeleçam a cobrança de comissão de permanência superior aos índices do INPC; 4) prevejam a cobrança de multa moratória superior a 2% do saldo devedor.

Em sede de Juízo Rescindendo, houve impugnação da decisão de segundo grau relativa aos juros remuneratórios, que levou ao reconhecimento, por equívoco, de um saldo 'credor' que não existia, bem como da decisão que afastou a capitalização mensal de juros. Por conseguinte, a análise, em Juízo Rescisório, está limitada a tais matérias.

A **capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano** nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional foi autorizada pela Medida Provisória nº 1.963-17/2000, publicada em 30.03.2000. Posteriormente, a Medida Provisória n° 2.710-36/2001, publicada em 23.08.2001, também admitiu a capitalização de juros.

No momento em que referidas Medidas Provisórias foram publicadas, o artigo 62, 'caput' e parágrafo único, da Constituição Federal, não vedavam a utilização de tal espécie legislativa relativamente a matérias reservadas à regulamentação por meio de Lei Complementar.

A Emenda Constitucional nº 32/2001, que passou a proibir a edição de Medida Provisória para tratar de matérias reservadas à Lei Complementar, foi publicada somente em 11.09.2001, não se identificando, portanto, inconstitucionalidade em razão da inobservância desse requisito formal.

Acrescente-se que a Emenda Constitucional 32/2001 determinou, em seu artigo 2º, que "*as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional*".

O E. Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos do Recurso Extraordinário nº 592.377/RS, após reconhecimento de repercussão geral, que a autorização às instituições financeiras para a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano apresenta relevância e urgência, podendo, assim, ser tratado por Medida Provisória.

Mostra-se relevante transcrever a ementa do julgado mencionado:

RE 592377/RS

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI

Julgamento: 04/02/2015

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO - REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO - DJe-055 DIVULG 19-03-2015 PUBLIC 20-03-2015

Ementa: CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. **CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA.** SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES

Acesso ao Sumário

PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.

2. Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, consequentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país.

3. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.

4. Recurso extraordinário provido.

Ademais, **a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36/2001 já foi declarada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal**, orientação que deve ser observada pelas C. Câmaras desta E. Corte, em obediência à cláusula de reserva de plenário prevista pelo artigo 97 da Constituição Federal e pela Súmula vinculante nº 10.

O V. Acórdão em comento restou assim ementado:

0128514-88.2011.8.26.0000 Arguição de Inconstitucionalidade/Contratos Bancários

Relator(a): José Renato Nalini

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: Órgão Especial

Data do julgamento: 24/08/2011

Data de registro: 31/08/2011

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 1.963-17/2000, REEDITADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.170/2001, CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO, CELEBRADO A PARTIR DE 31 DE MARÇO DE 2000. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO, NÃO SE APLICA O ARTIGO 591 DO CÓDIGO CIVIL, PREVALECE A REGRA ESPECIAL DA MEDIDA PROVISÓRIA N° 2.170/2001. PRECEDENTES DO STJ. ARGUIÇAO DESACOLHIDA, COMPATIBILIDADE DA LEI COM O ORDENAMENTO FUNDANTE.

O artigo 97 da Constituição Federal estabelece a seguinte regra:

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Acesso ao Sumário

E a Súmula vinculante nº 10 esclarece:

> Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A propósito, essa regra foi incorporada pelo Novo Código de Processo Civil que, em seu artigo 927, inciso V, determina:

> Os juízes e tribunais observarão:
>
> (...)
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A Medida Provisória nº 2.170-36/2001 e, portanto, constitucional.

A legalidade da capitalização dos juros com periodicidade inferior a um ano, prevista nos contratos celebrados por instituições financeiras a partir do ano de 2000, está pacificada no âmbito do E. Supremo Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça:

> **Súmula 596 do STF**: As disposições do Decreto 22.262/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.
>
> **Súmula 539 do STJ**: É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.

Veja-se o teor da Súmula Vinculante n° 07:

> A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Ademais, apresenta-se lícita a capitalização de juros mesmo que, no contrato, não haja previsão expressa de cálculo de juros compostos, bastando, para tanto, que, no instrumento contratual, tenha sido prevista **taxa de juros anual superior ao duodécuplo da taxa mensal**.

Nesse sentido, a jurisprudência sumulada do C. Superior Tribunal de Justiça:

> **Súmula 541 do STJ**: 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.

Sendo lícita a capitalização de juros, resulta irrelevante perquirir se, no cálculo desse encargo, houve a utilização da Tabela Price ou de outro método.

O contrato "Giropré - A Parcelas Iguais/Flex" previu, expressamente, a

Acesso ao Sumário

taxa de juros de 2,8% por trinta dias, e pagamento através de 09 prestações fixas (cláusula 1.6 - fls.415). O documento de fls.428 demonstra que essa contratação previu, expressamente, a incidência da taxa de juros mensal de 2,80 %, bem como a taxa de juros anual de 39,2892%, sendo a mensal superior ao duodécuplo da mensal, o que comprova a previsão de capitalização dos juros.

O contrato de abertura de crédito "Conta Hot - NP" previu, expressamente, a taxa de juros de 3,4% por 30 dias, bem como a capitalização (cláusulas 1.4 e 6.1.2.1 - fls.417). Essa contratação foi garantida pela Nota Promissória de fls.444, que indica a mesma taxa de juros de 3,4% por 30 dias.

O contrato de abertura de crédito em conta corrente de fls. 419, previu, expressamente, a taxa de juros de 2,75% por trinta dias, bem como a capitalização de juros (cláusulas 1.7.1 e 05, 'caput').

O contrato "Lis Empresas" de fls. 421 previu, expressamente, a taxa de juros de 5% por trinta dias (cláusula 1.6). Essa contratação foi garantida pela Nota Promissória de fls.445, que indica a mesma taxa de juros de 5% por 30 dias.

O contrato de abertura de crédito em conta corrente "Caixa Reserva - Pré - A" de fls. 423/424 e 437/438, previu, expressamente, a taxa de juros de 3,31% por trinta dias, bem como a capitalização de juros (cláusulas 1.7.1 e 05, 'caput').

O contrato de empréstimo garantido por Aval "Hot Money - A" de fls. 425 e 448, previu, expressamente, a taxa de juros de 2,80% por trinta dias, bem como pagamento mediante parcela fixa (cláusulas 1.5 e 1.6). Por outro lado, a Nota Promissória de fls. 426, sacada em garantia de referido contrato, prevê, expressamente, a incidência da taxa de juros de 2,80 % por 30 dias e da taxa de 39,4584% ao ano, sendo a anual superior ao duodécuplo da mensal, o que comprova a previsão de capitalização dos juros. Os encargos dessa contratação estão também especificados no documento de fls. 431.

O contrato de abertura de crédito "Conta Hot - NP" de fls. 442 previu, expressamente, a taxa de juros de 4,3% por 30 dias, bem como a capitalização (cláusulas 1.4 e 6.1.2.1).

O contrato de empréstimo garantido por Aval "Hot Money - A" de fls. 446, previu, expressamente, a taxa de juros de 2,80% por trinta dias, bem como pagamento mediante parcela fixa (cláusulas 1.5 e 1.6).

Todos os empréstimos citados apresentam taxas de juros compatíveis com o mercado, não havendo, pois, nenhuma abusividade em tais contratações.

Os contratos em exame foram celebrados após a edição da MP nº 1963-17/00 (fls. 541), a qual, nos termos de seu artigo 7º, teve vigência a partir de sua publicação, que se deu em 30.03.2000, e a capitalização de juros, quando aplicada, foi expressamente autorizada pelos respectivos títulos.

Por meio da Súmula Vinculante nº 07, o E. Supremo Tribunal Federal

consolidou o entendimento de que a limitação da taxa de juros reais a 12% ao ano, conforme redação original do artigo 192, §3º, da Constituição, posteriormente revogada, não era autoaplicável, pois tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Assim, a contratação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Quando não houver prova da taxa de juros contratada entre as partes, deve ser aplicada a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central para as operações da mesma espécie, salvo se a cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Sobre o tema, dispõe a Súmula 530 do C. Superior Tribunal de Justiça:

Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

Não se nega que o consumidor possa pleitear a revisão da taxa de juros bancários superior a 12% ao ano, desde que, porém, se configure situação de abusividade inequivocamente demonstrada nos autos, com cobrança superior àquela divulgada pelo BACEN para o período referente à obrigação impugnada.

Tal não ocorre na hipótese dos autos.

O artigo 4º, 'caput', alínea 'b', da Lei 1.521/51, estabelece ser crime a usura pecuniária ou real, classificada como a obtenção, ou estipulação, "*em qualquer contrato, mediante abuso da premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte, de lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida*".

O parágrafo terceiro de referido dispositivo foi revogado pela Medida Provisória nº 2.172-32/01, adotada em 23.08.2001, ou seja, antes de ser promulgada a Emenda Constitucional nº 32/01, em 11.09.2001, a qual passou a vedar a adoção de medida provisória relativa a direito penal, nos termos da atual redação do artigo 62, §1º, 'b', da Constituição Federal.

A limitação de lucro prevista no artigo 4º, 'caput', alínea 'b', da Lei 1.521/51, acima mencionado não se aplica às instituições financeiras, motivo pelo qual não está configurada a conduta descrita no dispositivo.

Nesse sentido, o entendimento desta C. Câmara:

241028701-57.2014.8.26.0100 Apelação/Contratos Bancários
Relator(a): Salles Vieira
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 25/07/2016

Acesso ao Sumário

Data de registro: 25/07/2016

Ementa: "APELAÇÃO - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - Estando os autos devidamente instruídos, cabível o julgamento antecipado da lide, sendo desnecessária a realização de prova pericial - Inteligência do art. 330, I, do ACPC (art. 355, I, do NCPC) - Inocorrência de cerceamento de defesa - Preliminar afastada". "LIMITAÇÃO DE JUROS - IMPOSSIBILIDADE - 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 - **Inexistentes os requisitos para apuração de spread abusivo e lesão enorme - Incabível a redução da taxa de juros praticada com base na alegação de lucro excessivo, o qual não restou comprovado - Cabível a aplicação dos juros praticados pela instituição financeira - Decisão mantida - Apelo improvido**". "CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - POSSIBILIDADE - 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, dês que expressamente pactuada - Contrato firmado após a aludida MP - Existência de previsão da capitalização mensal de juros - Licitude da referida prática reconhecida - Decisão mantida - Apelo improvido". "DEVOLUÇÃO DE VALORES - Ante a licitude da cobrança efetivada pela instituição financeira, descabida qualquer devolução de valores, simples ou em dobro - Apelo improvido".

0049927-25.2005.8.26.0562 Apelação/Cédula de Crédito Bancário

Relator(a): Plinio Novaes de Andrade Júnior

Comarca: Santos

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/04/2016

Data de registro: 29/04/2016

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - 'PACTA SUNT SERVANDA' - Possibilidade de revisão de contratos, inclusive findos, que tenham ou não sido objeto de renegociação ou confissão de dívida - Súmula nº 286 do STJ - Relativização do princípio do 'pacta sunt servanda', apenas com o intuito de afastar as ilegalidades e restabelecer o equilíbrio entre as partes. CONTRATO DE ADESÃO - O fato de o contrato ser de adesão não implica, por si só, em abusividade - Existência de manifestação de vontade do aderente ao celebrar a avença. INOVAÇÃO RECURSAL - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E MULTA - Pretensão de afastamento de encargos não mencionados na petição inicial - Impossibilidade de apreciação destas matérias nesta

Acesso ao Sumário

instância recursal - Inexistência de justificativa de força maior - Artigo 517 do Código de Processo Civil - Questão não alegada perante o juízo de origem - Impossibilidade de apreciação em fase recursal, sob pena de supressão de instância - Impossibilidade de conhecimento de ofício - Súmula 381 do STJ - Recurso não conhecido, neste aspecto. LIMITAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS - Inadmissibilidade - Artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, que previa o limite de 12% (doze por cento) ao ano, no que concerne às taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito - Dispositivo cuja aplicação era condicionada à edição de lei complementar - Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal - Juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) ao ano - Admissibilidade - Súmula 382 do STJ e REsp 1.061.530/RS, sob o rito dos recursos repetitivos - Recurso improvido. **'SPREAD' ABUSIVO - Cobrança de juros abusivos não demonstrada, sendo insuficiente o simples fato de a estipulação ultrapassar o percentual de 12% (doze por cento) ao ano - Impossibilidade de limitação do lucro - Recurso improvido**. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO – O contrato discutido é Cédula de Crédito Bancário, emitida em agosto de 2011 - Capitalização de juros remuneratórios, com periodicidade inferior a um ano, permitida pela Medida Provisória 1.963-17, de 30 de março de 2000, reeditada sob o número 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após esta data - Cédula de Crédito Bancária emitida após a edição da referida Medida Provisória, cuja inconstitucionalidade não foi reconhecida - Existência de previsão contratual relativa à capitalização de juros com periodicidade inferior à anual evidenciada pelas taxas efetivas mensal e anual contratadas - 'A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada' STJ - REsp 973827 / RS, sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 543-C, do CPC - Súmula nº 541 do STJ - Além disto, a possibilidade de capitalização de juros, em Cédulas de Crédito Bancária, está prevista no art. 28, § 1º, da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004 - Capitalização prevista no contrato autorizada - Recurso improvido, neste aspecto. RECURSO PARCIALMENTE NÃO CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO.

Para o afastamento da mora, deve estar demonstrada a abusividade dos encargos **exigidos no período de vigência do contrato**, não bastando, para tanto, o simples ajuizamento de ação revisional, nem tampouco o eventual reconhecimento da abusividade de encargos incidentes apenas no período de inadimplência.

Essas questões foram decididas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos

Acesso ao Sumário

autos do Recurso Especial nº 1.061.530- RS, em sede de recursos repetitivos, em que foram consolidadas orientações sobre o tema:

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;

b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários, não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luís Felipe Salomão.

Acesso ao Sumário

Por tais motivos, não comportam revisão as cláusulas contratuais em tela que estabelecem a taxa de juros superior a 12% ao ano, tampouco deve ser afastada a possibilidade de capitalização mensal de juros, prevalecendo, quanto aos demais temas não impugnados, as soluções encontradas pelo V. Acórdão rescindendo, ou seja, a parte que afastou a incidência da comissão de permanência e limitou a 2% a multa moratória.

O valor efetivamente devido pela parte ré desta demanda, autora da ação revisional, deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença, considerando os termos da fundamentação acima, que reconheceu como válidas as taxas de juros remuneratórios que foram previstas contratualmente pelas partes, bem como a incidência da capitalização de juros, ficando afastada, por conseguinte, a condenação da parte autora desta ação rescisória (parte ré da ação revisional) a pagar a quantia de R$194.640,74 que havia sido determinada a fls.683 pelo V. Acórdão rescindendo.

Não obstante permaneça a procedência parcial da ação revisional, a parte autora de referida demanda saiu vencida na maior parte dos pedidos, bem como nesta ação rescisória, motivo pelo qual arcará a parte autora daquela ação (ré desta demanda) com o pagamento das custas e despesas processuais corrigidas de ambos os feitos, e com o pagamento de honorários advocatícios, ora fixados, com fundamento no artigo 85, §2º, do Novo Código de Processo Civil, em 10% do valor atualizado da causa atribuído na ação rescisória.

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGA-SE PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA**, nos termos do artigo 974 do Código de Processo Civil em vigor.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 40605)

Adoto o relatório.

Acompanho o v. do i. Relator para julgar procedente a presente ação rescisória com fulcro no art. 485, V, do CPC/73.

Pretende o autor a rescisão do v. acórdão proferido pela C. 23ª Câmara de Direito Privado, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora da ação revisional, ora ré, para o fim de condenar o banco, réu daquela ação revisional, a restituir à autora o montante de R$ 194.640,74, devidamente corrigido.

A controvérsia diz respeito à violação literal de disposição de lei, por ter o v. acórdão rescindendo propiciado enriquecimento sem causa à ré desta demanda, pois com base em análise equivocada de trecho do laudo pericial produzido na ação revisional, o qual continha erro de grafia, acabou por atribuir

Acesso ao Sumário

à parte autora daquela demanda revisional a qualidade de credora quando, na verdade, ela era devedora. Alega-se, ademais, que teria havido a incidência de legislação inaplicável "in casu".

A questão central tem fulcro no laudo pericial juntado a fls. 534/568, pois o autor desta demanda alega que os cálculos elaborados foram conclusivos em apontar um saldo devedor da parte ré desta ação rescisória, mas, por um erro de grafia, acabou por indica-la como credora da referida importância.

Não se acha caracterizada a hipótese tipificada no art. 485, inciso IX, do CPC/73, ou seja, que o acórdão rescindendo se tenha fundado em erro de fato, decorrente de atos ou de documentos da causa.

Comentando a referida norma, preconiza **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR** que:

"Segundo definição do próprio Código, só haverá erro autorizativo da rescisória 'quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido' (art. 485, § 1º). São os seguintes requisitos para que o erro de fato dê lugar à rescindibilidade da sentença:

a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença;

b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo, não se admitindo, de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;

c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato (art. 485, § 2º)" **("Curso de direito processual civil", 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, nº 612, ps. 663-664)** (grifo não original).

Conduzem ao mesmo desfecho essas lições de **FLÁVIO LUIZ YARSHELL**:

"Segundo a doutrina, ao interpretar as disposições legais, são requisitos para que o julgamento de mérito seja rescindido por erro de fato os seguintes: a) que este seja determinante para a conclusão contida no julgamento do mérito; b) que não tenha havido controvérsia sobre o ponto de fato; c) que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o aludido ponto de fato" **("Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório", São Paulo: Malheiros, 2005, nº 112, p. 339)** (grifo não original).

Ora, a questão da existência de saldo a favor da autora da ação revisional, objeto da controvérsia, foi apreciada no v. acórdão rescindendo.

Confira-se:

"*O laudo pericial de fls. 418/452, atendendo aos critérios acima elencados, apurou a favor da autora um saldo credor no valor de R$ 194.640,74*

Acesso ao Sumário

(cálculo de novembro/2008 - fls. 430)." (fls. 682/683)

A alegação de erro de fato não serve ao reexame da valoração da prova, vedado à ação rescisória.

Nesse sentido:

"*Ação rescisória - Pretensão de desconstituição de acórdão proferido em ação de adjudicação compulsória e incidente de falsidade de documento - Assistência judiciária deferida e isenção de depósito prévio nos termos do § 1º do art. 968 do novo Código de Processo Civil, ressalvado o posicionamento desta relatoria que entendia pela não isenção da efetivação do depósito prévio por ter sido a ação proposta na vigência do Código de Processo Civil de 1973 - Alegação de que o acórdão rescindendo está fundado em erro de fato resultante de inverdade constante no laudo - Acórdão não maculado por vícios ou ilegalidades e que se ateve ao conjunto probatório - Inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 - Autora que é carecedora da ação - Indeferimento da inicial e extinção do processo sem julgamento do mérito.*" **(Ação Rescisória nº 2018668-29.2016.8.26.0000 - 2º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. FÁBIO QUADROS - j. 01.12.2016)**

"*RESCISÓRIA - Sentença de procedência proferida em ação de retificação de registro imobiliário - Ação que visa rescindir o julgado com fundamento no art. 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil - Documentos encartados que autorizam o julgamento antecipado da lide - Violação literal de disposição de lei - Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal: 1º) não é rescindível o julgado proferido contra a jurisprudência dominante; 2º) a mera interpretação da lei não dá margens à ação rescisória - Erro de fato - Não ocorrência - Sentença fundada em laudo pericial apresentado por perito de confiança do Juízo - Ademais, a rescisória não se presta ao reexame da prova produzida ou a sua complementação - AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.*" **(Ação Rescisória nº 0235070-80.2012.8.26.0000 - 10ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. ELCIO TRUJILLO - j. 25.08.2015)**

Acerca de tal assunto, apropriadas as seguintes lições de **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:**

"*O pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para a rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido por ter apreciado mal a prova em que atentou (...)*" **("Comentários ao código de processo civil", 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. V, nº 88, p. 150)**.

Acesso ao Sumário

Na mesma esteira houve deliberações do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*Na rescisória fundada no inciso IX, não há confundir erro do juiz, admitindo a inexistência do ajuste entre as partes, com a errônea interpretação do fato, que diz com a justiça ou injustiça da decisão, que não podem ser averiguadas nesta ação*" **(REsp nº 178.321-SP, registro nº 98.0044108-5, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, j. em 30.9.1999, in RSTJ: 128/264)**.

"*A ação rescisória não se destina a revisar a justiça da decisão*" **(AR nº 464-0-RJ, 2ª Seção, v.u., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 19.12.2003, in Julgados do STJ, setembro de 2005, nº 193, p. 61)**.

Idêntico entendimento foi perfilhado pelos extintos Tribunais de Alçada Civil do Estado de São Paulo:

"*A sentença, conquanto injusta, não será rescindível. A má apreciação da prova não enseja a rescisória com fulcro no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, porque esta não pode ser erigida a segundo apelo, em reiteração recursal superposta*" **(extinto 2º TAC, AR nº 153.137, 1º Grupo de Câmaras, v.u., Rel. Juiz RUITER OLIVA, j. em 12.9.1983, in JTACSP-RT: 86/307)**.

"*Se a sentença foi, eventualmente, injusta, se incorreta a apreciação das provas, isso não equivale à violação de literal disposição de lei nem a erro de fato. Não se admite a rescisória como instância recursal, sendo vedada a rediscussão da causa por esse meio*" **(extinto 1º TAC, AR nº 357.251, de São Paulo, 1ª Câmara, v.u., Rel. Juiz ELLIOT AKEL, j. em 2.5.1988, in RT: 632/123)**.

Destarte, a ação rescisória não constitui remédio próprio para a verificação do acerto ou da injustiça da decisão, nem meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e analisados em processo findo.

Na hipótese vertente, não paira dúvida de que o v. acórdão rescindendo (fls. 675/683), apreciou as provas produzidas no processo originário.

Se a apreciação de tal prova mostrou-se falha, se o v. acórdão rescindendo, casualmente, revelou-se injusto, isso não importa em erro de fato.

O que pretende o autor, na verdade, nada mais é que do que o reexame de provas, o que não se admite pela via da ação rescisória:

"*Ação rescisória. Demanda que, em verdade, revela pretensão a reexame da causa. Inadmissibilidade. Hipótese não prevista no artigo 485 do Código de Processo Civil. Inadequação da via eleita. Indeferimento da petição inicial. Processo extinto sem resolução de mérito..*" **(TJ/SP - Rescisória nº 2050832-52.2013.8.26.0000 - 13º Grupo de Cam. De Dir. Priv. - Rel. Des. WALTER CESAR EXNER - j. 22.09.2014)**

Acesso ao Sumário

Ressalte-se, como acima exposto, que conforme entendimento sufragado pelo C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ação rescisória não se presta a corrigir suposta injustiça do julgado, sendo cabível tão-somente quando presentes as hipóteses legais:

> "*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO. INTERESSE SOCIAL. REFORMA AGRÁRIA. RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO. VALOR INDENIZATÓRIO. IGUALDADE. OFERTA INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. VIOLAÇÃO. LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. PRETENSÃO. REEXAME DA CAUSA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Presta-se a ação rescisória não à correção de injustiça, porque constitui isto matéria de recurso, mas sim à verificação de que a garantia constitucional da coisa julgada formara-se, ou não, adequadamente segundo os padrões legais cogentes. (...).*" **(AR 4400/MT - Primeira Seção - Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES - j. 13.08.2014)**
>
> *"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS ADVINDOS DO DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE EMPREITADA. 1. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. 2. ERRO DE FATO. QUESTÃO QUE FOI OBJETO DE CONTROVÉRSIA E PRONUNCIAMENTO JUDICIAL PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO. 3. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação. 2. A ação rescisória fundada em erro de fato, com fundamento no art. 485, IX, do CPC, pressupõe que a sentença admita um fato inexistente ou considere inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial a esse respeito. No caso, houve manifestação expressa no acórdão rescindendo acerca da aprovação das medições das obras realizadas durante o cumprimento do contrato de empreitada. A parte insurge-se, portanto, não contra a existência de documento e sua relevância para o caso, mas sim, contra o juízo de valor realizado. 3. Ocorre que a via eleita não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação, a fim de corrigir possível injustiça. 4. Recurso especial provido."* **(REsp 1482955/MG - Terceira Turma - Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE j. 14.10.2 014)**

E, pela mesma razão que não se reconhece a existência de erro de fato, afasta-se a alegada violação literal a disposição de lei por ofensa ao art. 884 do

CC, nos termos do art. 485, V, do CPC/73.

Sendo a autora da ação revisional reconhecida como credora, não se verifica qualquer ofensa ao disposto no art. 884 do CC, ou seja, que tenha propiciado enriquecimento sem causa à ré desta demanda.

Da mesma forma, o v. acórdão rescindendo não resultaria em violação literal de disposição de lei se dispusesse apenas acerca do afastamento da capitalização de juros, no entanto, declarou a inconstitucionalidade da MP 2.170-36/01, bem como da Lei 10.931/04, violando a "cláusula de reserva de plenário" prevista no art. 97 da CF.

Explica-se:

Alegou o autor que houve violação ao art. 5º da MP 2.170-36 e art. 28, § 1º, I, da Lei 10.931/2 004, posto que é legal a capitalização mensal de juros quando expressamente pactuada (Súmula 539 do STJ) (fls. 30).

Ocorre que à época em que o v. acórdão rescindendo foi proferido, em **18.11.2009** (fls. 675/683), não havia decisão pacífica do C. STJ acerca da permissão da capitalização de juros, existindo, inclusive, decisões contrárias essa prática:

> *"A capitalização de juros (juros de juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 pela Lei 4.595/64. O anatocismo, repudiado pelo verbete nº 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, não guarda relação com o enunciado nº 596 da mesma Súmula"* **(REsp. nº 1.285-GO - Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO - j. em 28.08.90)**

Embora houvesse divergência jurisprudencial acerca do tema, a existência de mais de uma interpretação a texto legal não é suficiente a dar ensejo à propositura de ação rescisória baseada no art. 485, V, do Código de Processo Civil/73.

Assim preleciona **FLÁVIO LUIZ YARSHELL**:

> *"Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma."* **("Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório", São Paulo: Malheiros, 2005, nº 112, p. 323)**

Ressalte-se que somente em **08.08.2012**, no julgamento **REsp n. 973.827/RS** que seguiu o rito dos recursos repetitivos, o C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou tese 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 nº 1.963-17/2000, em vigor como MP nº 2.170-01, desde que expressamente pactuada.

Do mesmo modo, a Súmula 539 que estabelece que: "*É permitida*

Acesso ao Sumário

a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP nº 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada." data de **10.06.2015, DJE 15.06.2015.**

Ademais, a constitucionalidade da MP nº 2 170-36/2 001, somente foi declarada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal em **24.08.2011** (processo nº 0128514-88.2011.8.26.0000).

Interpretações distintas, desde que razoáveis, não constituem violação de lei:

Assim já decidiu o **E. STJ**:

"*Ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei. Justifica-se o 'judicium rescindens', em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485, V, do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei*" **(RSTJ 40/17)**.

Tal entendimento encontra-se de há muito sumulado pelo **E. STF**:

"*Súmula n° 343: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*".

Ademais, há entendimento pacífico e óbvio no sentido que lei superveniente não abre ensejo à ação rescisória, pela razão muito simples de que não poderia ter sido violada pelo Acórdão rescindendo **(TJSP, JTJ 356/640, JTJESP 110/394; AR 994.09.235715-9)**.

Se nem mesmo lei posterior tem força para amparar ação rescisória, com muito maior dose de razão julgamento posterior proferido em sede de incidente de resolução de recursos repetitivos.

Tem o incidente dupla finalidade: (i) conferir segurança jurídica a questões semelhantes e repetitivas; (ii) permitir celeridade e simplificação dos julgamentos de casos semelhantes.

Exatamente por isso não tem e nem poderia ter o incidente efeito "ex tunc", retroagindo e alcançando casos já julgados definitivamente antes da obrigatoriedade do novo precedente.

Admitir tal situação, conferindo efeitos pretéritos ao julgamento repetitivo, a um só tempo violaria a segurança jurídica, uma vez que seriam reabertos casos já sepultados pela coisa julgada, e multiplicaria o número de demandas judiciais, ressuscitando litígios entre as partes.

É exatamente por isso que o artigo 895, I do NCPC é expresso ao dispor

Acesso ao Sumário

que a decisão do incidente se aplica a todos os processos pendentes e aos processos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

Essa a razão pela qual a doutrina afirma que a eficácia da tese jurídica alcançada no julgamento do IRDR se irradia em dupla perspectiva temporal: (i) contemporaneamente, alcançando os processos individuais ou coletivos que estão em trâmite: (ii) prospectivamente, projetando-se em face dos processos que vierem a ser ajuizados **(Rodolfo de Camargo Mancuso, Incidente de resolução de demandas repetitivas, Editora RT, p. 276)**.

Não faz o menor sentido conferir efeito retro operante aos incidentes de recursos repetitivos, para alcançar a coisa julgada formada antes do precedente se tornar obrigatório.

Aliás, pressuposto da instauração do incidente repetitivo é a existência de situação de incerteza nos tribunais, com julgamentos dissonantes sobre um mesmo tema de direito. Essa dissonância anterior, porém, não é e nem pode ser alcançada pelo futuro precedente obrigatório, pena de fomentar a litigiosidade.

No entanto, como acima exposto, a decisão rescindenda afastou a aplicação da MP nº 2.170-36, declarando-a inconstitucional, bem como da Lei 10.931/2 004, por supostamente violar o disposto na Lei Complementar 95/98, vedando, por conseguinte, a capitalização.

Assim, o v. acórdão violou a chamada "cláusula de reserva de plenário" prevista no art. 97 da CF, que estabelece que "*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público*", e não, por órgão fracionário.

Além disso, a Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, dispõe que: "*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*"

Portanto, houve afronta ao art. 97, da Constituição Federal, assim como à Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal.

Por estas razões, acompanho o voto do i. Relator para julgar procedente a ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC/73, por violação à "cláusula de reserva de plenário" prevista no art. 97 da CF e à Súmula Vinculante nº 10/STF.

J.B. FRANCO DE GODOI, 4º Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2112084-51.2016.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é autora SARAH MONTE ALEGRE, é réu ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.697)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente sem voto), RENATO RANGEL DESINANO, CERQUEIRA LEITE, JACOB VALENTE, TASSO DUARTE DE MELO, MARINO NETO e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO DE CÂMARA QUE DEFINIU SOBRE O RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA A COMPRA DE IMÓVEL NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. As alegações de violação a literal disposição de lei e de julgamento contrariou a prova dos autos originários não foram evidenciadas nos autos da ação rescisória. O que se verificou, em verdade, é que a autora incidiu em mora no pagamento dos valores que livremente pactou com o réu e, demandada por essa dívida, usou e usa de todos os meios e recursos previstos pelo sistema para tentar obstar a efetividade da atividade jurisdicional. Nos autos originários (revisional) a orientação do STJ foi integralmente cumprida no julgamento da apelação da autora e a prova técnica lá produzida não demonstrou livre de dúvida a ocorrência do só alegado anatocismo. Ação julgada improcedente.

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de ação rescisória com a pretensão de desconstituir o v. Acórdão

Acesso ao Sumário

proferido na apelação nº **0023003-94.2004.8.26.0000**, pela Colenda 12ª Câmara da Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 523/534), recurso que, por sua vez, foi interposto contra a r. sentença proferida nos autos do processo nº 1.608/2004, da 4ª Vara Cível da Comarca de Campinas (fls. 430/440), que julgou improcedente a ação revisional de contrato de financiamento para a compra de imóvel no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. O trânsito em julgado operou efeitos em 03/11/2014 (fl. 536) e a petição inicial da ação rescisória foi protocolada em 05/06/2016.

Diz a autora que o julgamento colegiado contrariou a prova dos autos originários que evidenciava a ocorrência de anatocismo. A síntese do argumento encontra-se no seguinte excerto: "*Nas amortizações negativas, o fato do Banco-réu incorporar mensalmente os juros a débito do saldo devedor - **capitalizando-os**, evidentemente, configura a 'capitalização dos juros', que a lei impede e a jurisprudência condena.*" (fl. 4).

O réu foi citado e não ofereceu resposta, operando efeitos de revelia (fls. 565 e 569). A autora disse não ter outras provas além das já produzidas (fls. 571/577) e, encerrada a instrução, o Ministério Público registrou sua não atuação no caso (fl. 586).

Não houve oposição ao julgamento em *Plenário Virtual.*

Relatado o processo, decide-se.

2. Em 07/06/1989 a autora firmou contrato venda e compra de imóvel garantido por hipoteca, com recursos originários de financiamento junto ao réu e, em 16/06/2004, moveu ação judicial para revisão contratual c.c. repetição de indébito e compensação de valores (fls. 72/100).

A r. sentença julgou improcedente a pretensão: "*O contrato firmado pelas partes não contém qualquer irregularidade e suas cláusulas estão em consonância com a legislação aplicável aos financiamentos imobiliários*" (fl. 438); "*...o cálculo veio corretamente realizado no parecer técnico do banco, tendo sido apurado o débito da autora de R$97.959,62 para 07 de março de 2007.*" (fl. 440).

Acesso ao Sumário

O v. Acórdão rescindendo manteve integralmente a r. decisão de primeiro grau: "*...os cálculos pleiteados pela autora, através de parecer técnico, não estão de acordo com o contratado e apenas retratam as teses defendidas (...) a autora não colima uma revisão de encargos; colima uma modificação do contrato, desconforme as diretrizes do Sistema Financeiro da Habitação*" (fl. 530).

Com tal contorno fático-jurídico e invocando o art. 966, inc. V do NCPC, diz a autora que ocorreu violação a literal disposição de lei e que o julgamento colegiado contrariou a prova dos autos originários, onde teria sido evidenciada a ocorrência de alegado anatocismo.

Sem razão, contudo.

A revelia do réu não implica em automática procedência da rescisória pois, conforme adiantado no despacho inicial da ação rescisória (fl. 557), a "... *'probabilidade do direito' (fl. 5) alegado pela autora não emerge cristalina da leitura da petição inicial frente aos elementos que a instruem, pois a argumentação partiu da premissa de que a perícia nos autos originários teria 'apurado' um saldo credor de R$ 46.102,89 (fl. 2), quando, em verdade, o laudo ofertou três opções e deixou claro que as '...decisões sobre quais métodos e índices devem ser considerados para o cálculo das prestações e saldo devedor, envolvem questão de mérito e interpretação de matéria jurídica, o que refoge ao objetivo de trabalho desta perícia...' (fl. 290)...*"

O que se verifica dos autos, em verdade, é que a autora incidiu em mora no pagamento dos valores que livremente pactou com o réu e, demandada pela dívida, usou e usa de todos os meios e recursos previstos pelo sistema para tentar obstar a efetividade da atividade jurisdicional. Ela insiste em defender uma tese reiteradamente recusada pelos julgadores.

As intenções ocultas da autora já foram descortinadas nos julgamentos dos Agravos de Instrumento nºs 0080493-86.2008.8.26.0000 e 2103132-54.2014.8.26.0000 pela Colenda 12ª Câmara de Direito Privado, neste último registrado pelo voto condutor do v. Acórdão: "*Quem não paga obrigações livremente contratadas infringe a ordem jurídica e volta a infringi-la quem argui impenhorabilidade ou o direito à moradia de imóvel gravado com hipoteca no financiamento para a sua aquisição, contra a boa-fé objetiva e a segurança dos negócios jurídicos.*"

Como a prova pericial na ação revisional foi realizada no primeiro grau de jurisdição e os julgadores não evidenciaram a só alegada capitalização de juros, resulta sem fundamento a pretensão da autora exposta na presente ação rescisória, que tem por base os fragmentos de textos dos recursos especiais transcritos na sua petição inicial, cuja premissa neles fixada é da imprescindibilidade de perícia técnica para a resolução de questão de fato, avaliável em cada caso concreto.

> "*A utilização do Sistema Francês de Amortização, Tabela Price, para o cálculo das prestações da casa própria não é ilegal e não enseja, por si só, a incidência de juros sobre juros, sendo necessário demonstrar a existência de amortizações negativas, o que não ocorreu no caso dos autos.*" (AgRg no AREsp 130.256/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 17/04/2015)

A violação de literal disposição de lei deve ser direta e frontal, assim entendida a interpretação aberrante e em manifesta contradição com o enunciado da norma, constatável de plano e sem esforço exegético. Essa ofensa à prescrição formal de lei não decorre de um erro na apreciação de questão de fato, mas na sustentação de que a questão jurídica tenha sido frontal e induvidosamente

Acesso ao Sumário

decidida erroneamente, do que aqui não se trata.

"*O que se exige para a ação rescisória por ofensa a regra jurídica é que o juiz a tenha aplicado, e o não devia, ou não a tenha aplicado, se o devia. É rescindível a sentença em que o juiz aplicou regra jurídica, que não cabia ser aplicada, mesmo se nenhuma das partes a invocara: é na aplicação ou na ausência de aplicação que se revela o pressuposto do art. 485, V ('violar literal disposição de lei')*." (PONTES DE MIRANDA. Tratado da Ação Rescisória, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Ed. Bookseller, p. 296, Ia. ed., 1998)

Na ação revisional a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça foi integralmente cumprida pela Turma Julgadora da apelação e, destarte, não tendo a prova técnica demonstrado livre de dúvida a ocorrência do só alegado anatocismo, o resultado do julgamento daquele recurso não violou disposição legal ou contrariou a prova dos autos.

Reproduziu-se, nesta ação, o que foi pretendido e rejeitado na ação originária e não é cabível, portanto, "*outra solução jurídica*" (fl. 11), de onde decorre a improcedência da pretensão rescisória.

3. Em face do exposto, julga-se improcedente a ação rescisória e condena-se a autora no pagamento das custas e despesas processuais, sem honorários advocatícios diante da revelia da ré.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219293-45.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GERALDO MAGELA DA SILVA, é agravado GUIOMAR VASELI RAGANZZI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17/34713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente) e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Penhora de bem de família - Dívida decorrente de denúncia de promessa de compra e venda do próprio bem de família - Insistir na impenhorabilidade fomentaria insegurança jurídica - Lei autoriza penhora de dívida relativa ao próprio imóvel (Lei nº 8.009/1990, art. 3º incs. II, IV e V) - Lei ainda renega paternalismo, permitindo oferta de moradia para fiança (Lei nº 8.009/1990, art. 3º incs. VII) - Precedentes do STJ - Recurso provido.

VOTO

Recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação de tutela, interposto contra decisão que determinou o levantamento da penhora de imóvel por se tratar de bem de família, decisão proferida nos autos de cumprimento de sentença (proc. 0012580-63.2017.8.26.0100).

O Agravante prometeu comprar imóvel da Agravada, pagou-lhe parte do preço, mas a Agravada, além de arrepender-se do negócio, resistiu em ressarcir-lhe, razão por que o Agravante propôs ação (proc. 0202310-69.2012.8.26.0100), na qual a Agravada foi condenada a lhe pagar certa quantia.

Em fase de cumprimento de sentença, o Agravante requereu a penhora de imóvel encontrado em nome da Agravada (fls. 40 dos respectivos autos), o que foi deferido (fls. 41 ibidem). A Agravada, contudo, alegou que o imóvel era bem de família (fls. 52/ss), juntando vários documentos indicando que o bem lhe serve de moradia.

Na decisão agravada (fls. 37 dos presentes autos), a d. Juíza levantou a penhora, nos termos seguintes: (1) "Tratando-se de matéria de ordem pública, a impenhorabilidade constitui matéria passível de conhecimento e apreciação por simples petição, a qualquer tempo e grau de jurisdição"; (2) "Os documentos existentes nos autos demonstram ser o imóvel penhorado efetivamente utilizado para a moradia permanente da entidade familiar do devedor, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 8.009/1990"; (3) "A dívida não tem origem na aquisição do imóvel pelo devedor, razão pela qual não é aplicável à espécie a exceção prevista no artigo 3º, II, da Lei nº 8.009/1990".

O Agravante alega que (1) "se a Agravada prometeu a venda e recebeu o sinal e inicio de pagamento e depois se arrependeu, e ainda reteve o valor recebido, não pode ser beneficiada pela lei [nº 8.009/1990], que fora criada para uma nobre causa, e não para garantir impunidade"; (2) "caso o Agravante não possa se ressarcir pela penhora do imóvel, verá o seu direito jogado no

Acesso ao Sumário

mar do esquecimento, pois, a Agravada não possui mais o valor recebido como sinal e não possui mais qualquer possibilidade de pagar o valor imposto pela condenação"; (3) o STJ reconhece a penhorabilidade do bem de família em casos como o do Agravante; (4) a resistência da Agravada é injustificada e constitui litigância de má-fé (CPC 80 IV).

Recurso recebido sem efeito suspensivo (cf. decisão fls. 39).

Em contrarrazões (fls. 42/50), a Agravada (1) insiste que o crédito do Agravante não se encontra dentre as exceções à impenhorabilidade do bem de família previstos na Lei nº 8.009/1990, (2) dizendo ainda que não litiga de má-fé, pois sua defesa tem base legal e documental.

É o Relatório.

Com razão o Agravante.

A Agravada, exercendo seu direito à propriedade, dispôs da própria moradia, contra o que a Lei não oferece nenhum obstáculo.

Se a Agravada se arrependeu, deve ressarcir o valor recebido do Agravante ou garantir a indenização com seu único bem, ainda que lhe sirva de residência, visto que já havia se disposto a se desfazer dele originalmente.

Permitir que a Agravada se esquive de sua responsabilidade de ressarcir o valor recebido com apoio na impenhorabilidade do bem de família fomentaria enorme insegurança jurídica sobre negócios do gênero. Afinal, quem iria comprar o único imóvel de quem quer que fosse, sabendo que, mais adiante, o vendedor poderia alegar que o bem vendido e não entregue constitui bem de família?

Essas razões são muito próximas daquelas que justificam as exceções à impenhorabilidade do art. 3º da Lei nº 8.009/1990.

Extrai-se dos incisos II, IV e V do art. 3º da Lei que o direito à moradia não prevalece sobre dívidas relacionadas à própria casa. Semelhante ao argumento desenvolvido acima a respeito da insegurança jurídica, pode-se entender que a justificativa para essa limitação (dívidas relativas à própria casa ensejam sua penhora) esteja na preocupação com eventuais abusos por parte dos proprietários, que assim deixariam de pagar financiamentos ou qualquer despesas incidente sobre o imóvel, sabedores de que este nunca lhes seria expropriado.

O inc. VII do mesmo dispositivo prevê ainda que quem disponha do bem de família para servir de garantia em contrato de locação também não conta com a proteção da impenhorabilidade. O fundamento da regra é, dentre outros, o direito de propriedade e a limitação ao paternalismo: cabe ao próprio titular do imóvel decidir sobre a disponibilidade de sua moradia. Esse fundamento também se encontra na permissão da penhora do bem de família por dívida decorrente de sua venda frustrada.

Acesso ao Sumário

Assim também os seguintes precedentes do STJ:

"1. A exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 - possibilidade de se penhorar bem de família - deve ser estendida também aos casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução" (AgRg no AREsp 806.099/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 08.03.2016 pela 3ª T.).

"4. Da exegese sistemática da Lei nº 8.009/90 desponta nítida preocupação do legislador de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como artifício para viabilizar a aquisição, melhoramento, uso, gozo e/ou disposição do bem de família sem nenhuma contrapartida, propiciando o enriquecimento ilícito do proprietário do imóvel em detrimento de terceiros de boa-fé.

"5. A regra do art. 3º, II, da Lei nº 8.009/90, se estende também aos casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução".

(REsp 1440786/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 27.05.2014 pela 3ª T.).

Destarte, voto pelo provimento do Recurso a fim de determinar a penhora do imóvel da Agravada. Em razão do desenvolvimento de fase recursal, aumento os honorários para 12% do valor da causa atualizado (CPC 85, § 11).

Isso posto, pelo meu voto, **dou provimento ao Recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2079204-69.2017.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante CLARO S/A, é agravado JOÃO PAULO ARAÚJO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27670)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS e HAMID BDINE.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 11 de janeiro de 2018.
TEIXEIRA LEITE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Penhora no rosto dos autos. Decisão que deferiu pedido de reserva de honorários advocatícios, em face de penhora no rosto dos autos. É possível o levantamento de honorários advocatícios contratuais e de sucumbência na fase de cumprimento de sentença. Penhora no rosto dos autos que deve incidir sobre o crédito do autor após o desconto dos honorários. Caráter alimentar e impenhorabilidade que antecedem à penhora. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

CLARO S/A, atual denominação de EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL, agrava da decisão pela qual o d. Juízo, nos autos da ação que JOÃO PAULO ARAÚJO DE SOUZA move contra CRED - SYSTEM ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA., deferiu pedido de levantamento, pelo advogado do agravado, do valor apontado a título de honorários contratuais e sucumbenciais, "*visto não se tratar de verba pertencente ao autor de que se busca receber valores pela penhora no rosto destes autos*". Determinou a expedição de mandado de levantamento.

Inconformada, alega que, até este momento, o agravado nada havia reclamado de honorários contratuais, tratando-se de mais um expediente malicioso para protelar o pagamento da dívida. Argumenta que o d. Juízo agravado não tem competência para dispor dos valores bloqueados, devendo limitar-se a realizar a penhora no rosto dos autos, tal qual determinada pelo Juízo da execução. Defende, outrossim, que "*os honorários contratuais não podem ser oponíveis à penhora no rosto dos autos já realizada*". Por fim, se se considerar devidos os honorários contratuais (R$ 3.000,00), forçoso reconhecer que a parte devedora não pode ser considerada pobre a justificar a manutenção da justiça gratuita a ele deferida.

Recurso processado no efeito suspensivo (fls. 890/891) e respondido, com preliminar de inadmissibilidade (fls. 893/899).

É o relatório.

Rejeita-se a preliminar de inadmissibilidade, por desatendimento da regra prevista no inciso IV do art. 1016 do CPC. Embora o agravante não tenha declinado o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo, indicou as fls. dos autos de origem em que poderiam ser encontrados, atendendo

Acesso ao Sumário

de forma satisfatória a exigência da lei e permitindo a formação do contraditório.

No mérito, não assiste razão ao agravante.

Com relação à competência do Juízo de origem, não invade, a nosso ver, a competência do Juízo que determinou a penhora no rosto dos autos, uma vez que não se opôs ao seu cumprimento ou o restringiu, apenas reconheceu o direito do advogado do devedor (credor naqueles autos) de receber seus honorários preferencialmente à credora. A penhora no rosto dos autos se realizará no valor que sobejar ao destinado ao pagamento dos honorários.

Dispõe o art. 833 IV do CPC 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 por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º.*

O STF, por meio da edição da súmula vinculante nº 47, estabelece que "*os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza*".

No caso, o agravado requereu, perante o Juízo da ação em que realizada a penhora no rosto dos autos pela agravante, a reserva dos seus honorários, contratuais e sucumbenciais.

O d. Juízo, ao deferir sua pretensão, agiu de forma acertada, dado o caráter alimentar do crédito do agravado, que prefere ao crédito detido pela agravante, bem como sua impenhorabilidade (art. 833, IV do CPC). O crédito de honorários não pode ser confundido com o crédito que tem a agravante frente ao seu devedor, podendo a penhora no rosto dos autos prosseguir no que sobejar àquele. Nem tampouco, importa, s.m.j., que a penhora no rosto dos autos tenha se dado em momento anterior à manifestação do advogado, porque parte daquele dinheiro depositado nos autos não pertence, em sua essência, à parte, mas ao advogado. A natureza alimentar e impenhorável dos honorários existia antes mesmo da realização da penhora do rosto dos autos.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal, bem selecionada pelo agravado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação ordinária - Fase de execução de sentença - Decisão recorrida que indeferiu o levantamento de honorários contratuais - Insurgência - Cabimento - Agravante que acostou Contrato de Prestação de Serviços de Advocacia - Incidência do artigo 22, § 4º, da Lei nº 8.906/94 - Honorários advocatícios contratuais que são de titularidade do advogado e possuem natureza alimentar, não podendo ser atingidos por penhora no rosto dos autos em favor de eventual credor*

Acesso ao Sumário

de seu mandante - Parcial provimento do recurso, ante os percentuais constantes dos contratos de prestação de serviço, que divergem do pretendido na exordial deste recurso - Recurso provido em parte. (**TJSP; AI 2194689-54.2016.8.26.0000; rel. Marcos Pimentel Tamassia; 1ª Câmara de Direito Público; j. 06/12/2016**).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação declaratória em fase de cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu pedido de reserva de honorários advocatícios, em razão de anterior penhora no rosto dos autos. INADMISSIBILIDADE: É possível a reserva dos honorários advocatícios contratuais e de sucumbência na fase de cumprimento de sentença. Penhora no rosto dos autos que deve incidir sobre o crédito do autor após o desconto dos honorários contratuais e de sucumbência. Aplicação dos arts. 22, §4° e 23 da Lei n° 8.906/94. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. **(TJSP; AI 2022359-85.2015.8.26.0000; rel. Israel Góes dos Anjos; 37ª Câmara de Direito Privado; j. 07/04/2015).**

Não merece acolhida a alegação final do agravante, no sentido de que a contratação de advogado particular retiraria da parte o direito à gratuidade da justiça, questão esta que, atualmente, tem previsão na lei: *a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça* (art. 99 §4º CPC). Se o advogado do agravado está exigindo seus honorários, não se pode imputar ao cliente capacidade financeira a justificar a revogação do benefício.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2122079-54.2017.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante ASSOCIAÇÃO POLICIAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, é agravado JOSÉ HENRIQUE DE OLIVEIRA CHAGAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17/24984)**

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

São Paulo, 12 de janeiro de 2018.

MIGUEL BRANDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Gratuidade da justiça - Pessoa Jurídica - Decisão que indeferiu a benesse - Recurso da interessada - Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais - Inteligência da Súmula 481, do STJ - Agravante que não logrou demonstrar sua incapacidade financeira - Balancetes do ano de 2016 insuficientes para demonstrar a atual situação financeira da empresa - Decisão mantida - AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento interposto em face da decisão juntada às fls. 152 que, em ação de cobrança ajuizada pela agravante, indeferiu o pedido de justiça gratuita.

Sustenta a agravante, em síntese, que é uma entidade civil, sem fins lucrativos, sem qualquer vínculo com o Governo ou qualquer órgão governamental, que visa prestar assistência médica aos policiais militares da ativa, inativos e pensionistas, que optarem por se associar à entidade. Afirma possuir sistema de autogestão, esclarecendo que seus dirigentes trabalham de forma voluntária, não recebendo qualquer remuneração pelos serviços prestados.

Defende que a simples afirmação da parte, no sentido de que não está em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou da família, já é suficiente para a concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos do art. 4º, da Lei nº 1.060/50.

Menciona, ainda, ter juntado aos autos os balancetes, que demonstram sua condição financeira, ressaltando que o indeferimento do benefício dificulta o acesso à justiça e viola preceitos constitucionais, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Documentos às fls. 17/154.

Decisão inicial às fls. 157/159, prolatada pela Des. Mary Grün, concedendo o efeito suspensivo.

Contraminuta não apresentada.

Este agravo foi interposto em 29/06/2017 (fls. 01), sendo a mim distribuído em 03/07/2017 (fls. 156), com conclusão, após tramitação, em 28/07/2017 (fls. 164).

É o Relatório.

O agravo não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

O art. 98, do Código de Processo Civil, dispõe que:

"*Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei*".

A nova sistemática dada ao instituto da gratuidade da justiça não alterou as disposições constitucionais sobre o assunto, permanecendo o requisito constante do art. 5º, inciso LXXIV, pelo qual "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*", o qual, à evidência se aplica tanto a pessoas físicas como jurídicas.

Além disso, a Súmula nº 481, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que: "*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.*".

Assim, para obtenção do benefício da assistência judiciária, a parte que a requer deve comprovar a insuficiência de recursos para arcar com os ônus do processo, não bastando apenas asseverar a insuficiência de recursos. Deve comprovar, de forma efetiva, que se encontra em situação inviabilizadora de assumir os ônus decorrentes do ingresso em juízo.

Os balancetes juntados às fls. 31/145, além de não estarem assinados por nenhum contador, referem-se ao ano de 2016. Assim, não podem ser utilizados para verificar a atual capacidade financeira da empresa.

Não vieram aos autos as declarações pretéritas de imposto de renda da pessoa jurídica ou qualquer outro documento contábil que demonstrasse a alegada impossibilidade de recolhimento das custas.

Mais não é preciso dizer, em razão do correto indeferimento da justiça gratuita à pessoa jurídica.

Em face do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007160-18.2018.8.26.0000, da Comarca de Pirassununga, em que é agravante SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESÁRIA LTDA., é agravado ORIVALDO FUSARO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, é que negaram provimento ao recurso.", em conformidade

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.754)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS e HAMID BDINE.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2018.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Plano de saúde. Tutela de urgência. Art. 300, CPC. Probabilidade do direito e perigo de dano configurados. Tutela antecipada concedida para determinar o custeio de exame de sangue para investigação de síndromes neurológicas, considerando que o autor é portador de tumor primário sem diagnóstico até o momento. Recusa da ré sob o singelo argumento de que o procedimento não atende as diretrizes estabelecidas pela ANS. Inadmissibilidade. Abusividade da negativa de custeio de procedimento expressamente prescrito pelo médico responsável, para tratamento de doença sujeita à cobertura contratual. Aplicação da Súmula 102 deste TJSP. Recurso improvido.

VOTO

Insurge-se a agravante contra a decisão que, na ação de obrigação de fazer, deferiu a tutela de urgência para determinar o custeio do exame de sangue para investigação de "síndromes neurológicas paraneoplásicas com pesquisa de anticorpos antineurais".

Sustenta, em suma, que o exame solicitado não consta no rol de procedimentos da ANS, que é taxativo e não exemplificativo, não possuindo a solicitação, portanto, cobertura contratual.

Este é o relatório.

O recurso não merece provimento.

Antes de tudo, é preciso lembrar que a análise a ser feita diz respeito exclusivamente à demonstração da probabilidade do direito e do risco de dano, requisitos que, se simultaneamente presentes, justificariam a concessão da antecipação de tutela pretendida (art. 300, NCPC).

No caso, os requisitos estão preenchidos.

A probabilidade do direito consiste no fato de que o autor é beneficiário do plano de saúde administrado pela ré (fls. 96/110), e lhe foi prescrito exame de sangue para investigação de síndromes neurológicas paraneoplásicas com

Acesso ao Sumário

pesquisa de anticorpos antineurais, uma vez que apresenta tumor primário ainda sem diagnóstico e diante da impossibilidade de realizar ressonância magnética por ser portador de marca-passo (fls. 86 e 93). Ademais, comprovada a negativa do plano de saúde sob o singelo argumento de que o procedimento não atende as diretrizes estabelecidas pela ANS (fls. 91/92).

Reforça ainda a probabilidade do direito do agravado o entendimento pacífico na jurisprudência de que é ilícito criar óbices ao tratamento do paciente se o procedimento necessário a ele é devidamente prescrito por médico competente. Este é o enunciado da Súmula 102 "*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS*".

Confira-se, ilustrativamente, deste e. TJSP: "*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Plano de saúde - Insurgência da agravante contra decisão que, em sede de tutela de urgência, determinou a autorização, pelo plano de saúde, de exame médico de 'pet-scan' para rastrear células tumorais no organismo - Alegação de que o procedimento está excluído do rol de cobertura obrigatória da ANS - Desacolhimento - Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada (artigo 300 do NCPC) - Se a agravante oferece cobertura para a doença que possivelmente acomete a recorrida (câncer), mostra-se, a princípio, abusiva a negativa de cobertura de exame para diagnóstico de células tumorais - Súmula nº 102 deste TJSP - Recurso não provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2187673-15.2017.8.26.0000 - Descalvado - 6ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella - Julgado em 28.11.2017).

Imperioso reforçar que os fundamentos expendidos se prestam unicamente para manter o deferimento da antecipação de tutela, nada impedindo que, no mérito, ao final, no cotejo das demais questões levantadas pelas partes, se possa chegar à conclusão diversa.

Não se pode olvidar ainda que, tratando-se de mera reversão patrimonial e passível de cobrança em caso de improcedência, não há irreversibilidade do provimento antecipado.

E mais não é preciso ponderar para a manutenção da r. decisão agravada, por seus próprios e acertados fundamentos.

Pelo exposto é que se nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2209896-59.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LIGIA FROMER, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CLÁUDIA.

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 27.214)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 19 de janeiro de 2018.

CARLOS ALBERTO GARBI, Relator

Ementa: AGRAVO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

1. Em que pese os argumentos da agravante, não é o caso de reformar a decisão agravada, visto se tratar de cumprimento de sentença de obrigação de fazer.

2. No caso, a agravante pode tomar duas atitudes em relação ao objeto em litígio: força a execução da obrigação de fazer pelo agravado, por meio de imposição de multa diária ou executar as reformas determinadas na sentença e no acórdão, para, posteriormente, executar o valor gasto. Ambas as opções já foram autorizadas pelo juízo da execução.

3. Não há como deferir a penhora do percentual indicado pela agravante ou determinar a criação de cota extra para pagamento das obras. *Primeiro*, porque o título judicial executado não é líquido, certo e exigível, para fins de embasar a penhora pretendida, pois o valor a ser gasto com a reforma é desconhecido; *segundo*, porque a criação de cota extra é ato privativo do condomínio, o qual detém discricionariedade para adotar as medidas necessárias para adimplir com seus débitos, não cabendo intervenção judicial.

4. Recurso não provido.

VOTO

Insurgiu-se a agravante contra decisão proferida pela Doutora **Luciana Biagio Laquimia** que, em sede de cumprimento de sentença de obrigação de fazer, rejeitou o pedido de penhora de 30% da arrecadação mensal do

Acesso ao Sumário

condomínio ou, alternativamente, a criação de cota extra para pagamento das obras a serem realizadas em seu apartamento, em virtude de infiltrações provocadas por vazamentos na laje de cobertura, por entender que a as obras devem ser realizadas às expensas da agravante, para, após, ser ressarcida dos gastos, convertendo a obrigação de fazer em perdas e danos.

Sustentou, no recurso, que é proprietária do último apartamento antes da laje do condomínio e que durante anos sofreu com vazamentos e infiltrações em sua residência, em virtude de ausência de manutenção na laje e/ou realização de obras inadequadas, fato que motivou o ajuizamento de ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais em face do agravado; que a ação foi julgada parcialmente procedente; que atualmente não possui condições de arcar com o pagamento das obras necessárias a solucionar os problemas de infiltração; que se faz necessário deferir o pedido de penhora de 30% da cota condominial ou a criação de cota extra para todos os condôminos, para fins de possibilitar o pagamento das obras a serem realizadas em seu apartamento, levando em consideração o orçamento de menor valor entre todos os juntados.

Indeferido o pedido de efeito ativo.

O agravado não apresentou resposta, conforme se depreende da certidão à fl. 174.

É o relatório.

A agravante ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais em face do agravado, diante de vazamentos e infiltrações em sua residência, em virtude de ausência de manutenção na laje e/ou realização de obras inadequadas por parte do condomínio agravado.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, condenando o agravado ao cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de multa diária, tendo, na ocasião da sentença, sido concedida a antecipação da tutela.

Após a confirmação da sentença pelo Acórdão, de minha relatoria, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo agravado, o feito foi devolvido à origem, em virtude do trânsito em julgado.

Recebidos os autos na origem, foi proferido r. despacho, em 10.06.2015, para cumprimento do Acórdão e determinado que a credora/agravante, promovesse o prosseguimento do feito.

A agravante, pelo que tudo indica, requereu a intimação pessoal do agravado para o cumprimento do determinado no "item a" da sentença (obrigação de fazer), sob pena de incidência da multa diária lá fixada, tendo o juízo de origem deferido tal pedido, conforme decisão publicada em 10.11.2015.

Ocorre que, conforme se conclui pela análise dos documentos juntados e consulta realizada ao andamento do processo principal no sítio do Tribunal de Justiça (consulta realizada em 01.11.2017), não foi realizada a intimação

Acesso ao Sumário

pessoal do agravado e a agravante não promoveu o andamento dos autos, tendo o feito sido remetido ao arquivo em 22.02.2016.

Posteriormente, a agravante requereu o cumprimento definitivo da sentença (cumprimento de sentença nº 0045517-63.2016.8.26.0100), para que fosse realizada a obrigação de fazer determinada na sentença e efetuado o pagamento da multa diária, tendo em vista que o agravado, intimado em novembro de 2015, pela imprensa oficial, na pessoa de seu advogado, não cumpriu a determinação judicial que deferiu seu pedido para realização da obrigação de fazer contida no "item a" da sentença. (fls. 14/17)

Intimado, o agravado apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, sustentando, em síntese, que a multa não é devida e "*que todos os reparos que davam causa aos problemas no apartamento da requerente foram realizados, deixando de realizar apenas o item a.5, pois em conversa com a requerente, esta ficou responsável por realizar o orçamento, para que se chegasse a um determinado valor para pagamento, pois o condomínio não teria como realizar os reparos dentro do apartamento da requerente sem sua prévia autorização*" (fls. 137).

Em resposta a impugnação apresentada, a agravante não negou que alguns reparos foram realizados, mas contestou a qualidade do serviço, visto que não solucionaram os problemas de infiltração provocados em seu apartamento (fls. 91/102 do cumprimento de sentença).

Foi proferida decisão acolhendo a impugnação, tão somente para afastar a multa diária, bem como determinou a intimação pessoal da agravada para cumprir a obrigação de fazer, sob pena de multa diária, e autorizou a agravante a executar as obras necessárias, conforme determinado na sentença e no acórdão, para posteriormente proceder à execução da quantia gasta, em face do condomínio (fls. 192/195 do cumprimento de sentença).

Em prosseguimento, a agravante apresentou petição requerendo a penhora de 30% da arrecadação mensal do condomínio ou a criação de cota extra para cada condomínio, para fins de possibilitar o pagamento das obras a serem realizadas em seu apartamento, haja vista não possuir recursos para executar as obras. Juntou três orçamentos para comprovar o valor a ser gasto com a reforma (fls. 30/102).

Sobreveio a decisão agravada que tem o seguinte teor:

"Vistos. [...] 2 - Fls.223/295: Tratando-se de obrigação de fazer cominada ao condomínio réu e não observado o prazo fixado para realização das obras indicadas na sentença proferida nos autos da ação principal, mantida em grau de recurso e já transitada em julgado, fica autorizada a parte exequente a realizar as obras, na forma estabelecida na decisão de fl.192/195, tópico final. 3 - Cabe portanto à autora exequente comandar por conta própria a realização das obras para, ao depois, ser ressarcida

Acesso ao Sumário

dos gastos efetuados, transformando a obrigação de fazer em perdas e danos. 4 - Pelo exposto, indefiro o pedido de fls.223/295 e ratifico a autorização para que a exequente promova desde logo as obras necessárias. Intime-se." (fls. 12)

Em que pese os argumentos da agravante, não é o caso de reformar a decisão agravada, visto se tratar de cumprimento de sentença de obrigação de fazer.

No caso, a agravante pode tomar duas atitudes em relação ao objeto em litígio: forçar a execução da obrigação de fazer pelo agravado, por meio de imposição de multa diária, ou executar as reformas determinadas na sentença e no acórdão, para, posteriormente, executar o valor gasto. Ambas as alternativas já foram autorizadas pelo juízo da execução (fls. 192/195 do cumprimento de sentença).

Não há como deferir a penhora do percentual indicado pela agravante ou determinar a criação de cota extra para pagamento das obras. *Primeiro*, porque o título judicial executado não é líquido, certo e exigível, para fins de embasar a penhora pretendida, pois o valor a ser gasto com a reforma é desconhecido; *segundo*, porque a criação de cota extra é ato privativo do condomínio, o qual detém discricionariedade para adotar as medidas necessárias para adimplir com seus débitos, não cabendo intervenção judicial. Acrescente-se que a agravante não tem poderes para administrar recursos do condomínio, o que ocorreria caso se entregasse a ela a verba que pretende retirar. Ou executa às suas expensas a obra para depois obter o ressarcimento, ou que dê exato cumprimento ao quanto decidido, intimando-se o réu a fazer o reparo adequado, sob pena de multa.

Logo, a decisão agravada, que indeferiu o pedido de penhora e de criação de cota extra, não comporta qualquer modificação.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2158142-78.2017.8.26.0000, da Comarca de Salto, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS DAS CHÁCARAS SANTA FILOMENA, é agravada CLEIDE DE CASTRO CAVALLINI.

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 28.925)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS

SALETTI (Presidente), ARALDO TELLES e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COBRANÇA DE TAXAS DE ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - Pretensão à inclusão de coproprietário e de arrematantes da metade ideal do imóvel - Impossibilidade - Obrigação de natureza pessoal - Entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Decisão mantida. Agravo não provido.

VOTO

Em ação de cobrança, na fase do cumprimento de sentença, o Juízo indeferiu o pedido de modificação do polo passivo da ação, dada a sucessão processual porque alterada "a titularidade do domínio da unidade associativa/condominial" (fls. 22).

Insurge-se a exequente. Alega: **a)** a executada é proprietária dos lotes 8 e 11 da associação agravante e deve pagar taxas, que se constituem em obrigação *propter rem*; **b)** durante o curso do processo, foi penhorado imóvel do qual a executada possuía 25% da propriedade, sendo o Círculo Esotérico da Comunhão do Pensamento igualmente proprietário; portanto, o cumprimento de sentença deve atuar sobre este, em virtude da natureza *propter rem* dos débitos executados, que são vinculados ao próprio imóvel; **c)** também podem os arrematantes do imóvel, Renato Veronezi e Thessa Bariani, integrarem a lide, pois há vários entendimentos que fundamentam a possibilidade do arrematante integrar processo em que se busca a cobrança de taxas ou despesas.

Requer o provimento do recurso, para que seja reformada a r. decisão agravada.

O efeito suspensivo foi indeferido às fls. 36, pelo Exmo. Desembargador CESAR LACERDA.

A Colenda 28ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e determinou a redistribuição dos autos (fls. 41/44). Opostos embargos de declaração (fls. 46/47), foram eles rejeitados (fls. 52/55).

A agravada é revel, não tendo feito se representar no processo de origem.

É o relatório.

1. Bate-se o agravante contra a r. decisão que pediu fossem incluídos no polo passivo da ação o Círculo Esotérico da Comunhão do Pensamento, que

também é proprietário do imóvel (cf. fls. 17/19), e Renato Veronezi Borgoni e Thessa Bariani Barbosa Borgoni, que arrematarам a metade ideal do imóvel em hasta pública junto à Justiça Trabalhista (fls. 25/26).

O argumento da recorrente é de que é possível a medida pretendida, por ter a obrigação executada natureza *propter rem*.

2. Sem razão a recorrente.

Pelo que se depreende da petição inicial do processo (fls. 6/10), a pretensão da ação consistira em cobrar "*taxas associativas instituídas para rateio da manutenção do loteamento Associação dos Proprietários das Chácaras Santa Filomena que legalmente foram aprovadas em assembleia*".

É certo que a organização social levou proprietários e moradores de loteamentos a organizar associações de moradores ou sociedades de moradores, com a finalidade de prover os serviços comuns e de interesse geral, como portaria, segurança, limpeza, conservação, reparos, ajardinamento, e etc., tudo dizendo respeito às áreas de uso comum, que a todos, indistintamente, interessa e beneficia, o que carrearia legitimidade à cobrança da cota de participação dos adquirentes, porquanto não se afigura justo nem jurídico que alguém se beneficie dos serviços e investimentos que se fizer, sem dar a respectiva contribuição.

Ocorre que o C. Superior Tribunal de Justiça, encarregado de dar a última palavra em matéria de interpretação da lei federal, assentou orientação de que tais taxas são obrigações de natureza pessoal, vinculadas ao ato volitivo da pessoa vincular-se ou não a uma determinada associação e, portanto, têm natureza jurídica diversa das obrigações *propter rem*, que segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES, "são obrigações que surgem ex vi legis, atreladas a direitos reais, mas com eles não se confundem, em sua estruturação" (Direito Civil Brasileiro, Vol. II, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 11).

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados da Corte Superior:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. 1. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LOTEAMENTO FECHADO. TAXA DE MANUTENÇÃO. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL QUE NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. RESP REPETITIVO N. 1.439.163/SP. TAXA QUE NÃO SE EQUIPARA A DESPESA CONDOMINIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DO CARÁTER PROPTER REM. NECESSIDADE DE REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO E DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 2. AFERIÇÃO DA ADESÃO DAS PARTES ORA AGRAVADAS AO ATO QUE INSTITUIU OS DÉBITOS COBRADOS NA EXORDIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 3. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Segunda Seção desta Casa, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), no julgamento do Recurso

Especial n. 1.439.163/SP, realizado em 11/3/2015, sendo o relator para acórdão o Ministro Marco Buzzi, pacificou que "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". 2. A alteração da conclusão do acórdão recorrido (no sentido de que as partes recorridas não anuíram ao ato que instituiu as despesas perseguidas na petição inicial) exige o revolvimento do acervo fático-probatório do respectivo processo, atraindo, por conseguinte, a incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1675527/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE COBRANÇA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTES. TAXA DE MANUTENÇÃO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. OBRIGAÇÃO PROPTER REM NÃO CONFIGURADA. NATUREZA PESSOAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO INTERPRETATIVO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE. SÚMULA Nº 568 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal a quo se manifestou clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, sendo desnecessário rebater, uma a uma, as razões suscitadas pelas partes. 3. Consoante a reiterada jurisprudência das Turmas que compõem a eg. Segunda Seção deste Sodalício, as taxas de manutenção cobradas por associação de moradores não podem ser equiparadas a despesas condominiais, não ostentando a dívida natureza propter rem. Precedentes. 4. Estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência dominante desta Corte, incide, na espécie, o óbice da Súmula nº 568 do STJ, segundo a qual o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. 5. Agravo interno não provido, com aplicação de multa. (AgInt no AREsp 970.354/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 16/05/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. TAXA DE ASSOCIAÇÃO DE MORADORES.

Acesso ao Sumário

OBRIGAÇÃO PESSOAL. BEM DE FAMÍLIA. PRESERVAÇÃO. INOVAÇÃO DE TESE. 1. A cobrança de taxas de manutenção criadas por associações de moradores não permite a penhora de bem de família. 2. A matéria não tratada pelo Tribunal de origem e não alegada em contrarrazões constitui indevida inovação de tese. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1321446/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 11/10/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXA DE MANUTENÇÃO. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. FORO COMPETENTE. DOMICÍLIO DO RÉU. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte Superior, as taxas de manutenção cobradas por Associação de Moradores não podem ser equiparadas a despesas condominiais, não ostentando a dívida natureza propter rem. Precedentes. 2. Ante a natureza pessoal da dívida pleiteada, o foro competente para o ajuizamento da ação de cobrança é o do domicílio do réu, nos termos do art. 94 do Código de Processo Civil. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1505099/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 25/11/2015)

DIREITO CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÃO DE MANUTENÇÃO. INADIMPLÊNCIA. CONDENAÇÃO A PAGAMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA DO IMÓVEL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE COM FUNDAMENTO DA CONDIÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO. 1. Na esteira da jurisprudência desta Corte, as contribuições criadas por Associações de Moradores não podem ser equiparadas, para fins e efeitos de direito, a despesas condominiais, não sendo devido, portanto, por morador que não participa da Associação, o recolhimento dessa verba. Contudo, se tal obrigação foi reconhecida por sentença transitada em julgado, a modificação do comando sentencial não pode ser promovida em sede de execução. 2. O fato do trânsito em julgado da sentença não modifica a natureza da obrigação de recolher a contribuição. Trata-se de dívida fundada em direito pessoal, derivada da vedação ao enriquecimento ilícito. Sendo pessoal o direito, e não tendo a dívida natureza 'propter rem', é irregular a sua equiparação a despesas condominiais, mesmo para os fins da Lei 8.009/90. 3. É possível, portanto, ao devedor alegar a impenhorabilidade de seu imóvel na cobrança dessas dívidas. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1324107/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em

Acesso ao Sumário

13/11/2012, DJe 21/11/2012)

Assim, inviável a substituição pretendida pela recorrente, que deve buscar a satisfação de seu crédito pelos modos adequados para tanto, junto ao patrimônio de quem foi declarado devedor, por sentença judicial transitada em julgado.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2186795-90.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MIRIAM CRISTINA DE SOUZA MENDES, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15899)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER BARONE (Presidente), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA e DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento Provisório de Sentença. Decisão que confirmou o não afastamento da caracterização da mora da devedora diante da prolação de sentença que determinou a limitação dos descontos realizados pela instituição financeira. Insurgência. Descabimento. Sentença que deixou claro que a cobrança poderia ocorrer por outros meios (não débito em conta corrente). Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra parte da r. decisão de fls. 18/28 que, em cumprimento provisório de sentença de ação de obrigação de fazer, assim determinou: "*A r. Sentença apenas e tão somente limitou os*

Acesso ao Sumário

descontos a serem realizados em conta corrente, mas em nenhum momento afirmou que tal afastaria a condição de inadimplente da mesma, por não estar cumprindo o contrato nos termos em que avençou. E nem poderia fazê-lo. Cabe à autora arcar com as consequências decorrentes do fato de ter contraído obrigações superiores às suas condições pessoais.".

Opostos embargos de declaração, eles foram rejeitados (fls.32).

A parte autora, ora agravante, sustenta que a sentença de procedência parcial proferida pelo Juízo 'a quo' possui reflexo na questão que envolve o impedimento da sua constituição em mora, não devendo recair-lhe qualquer ônus. Alega que a limitação imposta no 'decisum' visa à manutenção de sua subsistência, razão pela qual deve ser impedida a sua constituição em mora no que diz respeito ao contrato de financiamento imobiliário.

O agravo foi processado com efeito devolutivo.

Dispensadas as informações do Juízo.

Houve resposta.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pela ora agravante contra a instituição agravada, julgada procedente em parte para determinar que o banco se abstenha de proceder a descontos em conta corrente da autora em percentual superior a 35% por mês sobre a remuneração disponível, para satisfação de créditos decorrentes de contrato de financiamento imobiliário e empréstimo consignado (fls. 151/154).

Insurge-se a parte autora contra a r. decisão que, em cumprimento provisório de sentença, confirmou eventual caracterização da mora em relação ao contrato de financiamento.

Razão, porém, não lhe assiste.

Isso porque, conforme já destacado no despacho inaugural, consta expressamente do 'decisum' que o débito relativo ao financiamento imobiliário poderia ser exigido por outros meios, diverso do débito em conta corrente.

Vale a transcrição dessa parte da sentença:

"(...) Pelas mesmas razões, as parcelas do financiamento imobiliário debitadas à conta da autora (valor de R$ 3.053,87 em 25/04/2016 - fl. 26) também se submetem ao referido limite, **facultada ao requerido a cobrança por outros meios (v.g. emissão de boleto).**" (grifamos)

Ressalte-se que o fato de ver reconhecida a abusividade do desconto que ultrapasse o percentual previsto na legislação, não implica que a parte agravante fique dispensada do pagamento integral do valor da prestação mensal, na medida em que a limitação do desconto em folha/conta corrente não tem o condão de alterar o valor devido em vista do contrato firmado entre as partes, não descaracterizando, pois, a caracterização de eventual mora da devedora.

Acesso ao Sumário

De rigor, portanto, a manutenção da r. decisão agravada.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2050496-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado FERNANDO MORALES VILHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria conheceram em parte, e na parte conhecida afastaram a preliminar arguida. Fará declaração de voto o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29541)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER BARONE (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 30 de novembro de 2017.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - Inocorrência - A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada, mas que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento - Hipótese em que o juiz fundamentou sua decisão de forma clara e sucinta - Ausência de afronta aos arts. 93, IX, da CF e 489, § 1º, II, e 1.022, III, do NCPC - Preliminar afastada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE - MULTA DIÁRIA - VALOR - REDUÇÃO - PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA - ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO NCPC - NÃO CONHECIMENTO - I - Consignada a alteração de entendimento deste relator em face das novas regras

Acesso ao Sumário

vigentes a partir do NCPC - II - Reconhecido que a insurgência voltada tão somente quanto à fixação da astreinte e quanto ao prazo para cumprimento do ato processual não é passível de recurso, através de agravo de instrumento - Decisão não inserta no rol taxativo e restritivo do art. 1.015, do NCPC - Precedentes deste E. TJSP - Possibilidade, contudo, de suscitar a matéria não contemplada por agravo de instrumento em preliminar de recurso de apelação ou contrarrazões - Agravo não conhecido, neste aspecto.

VOTO

Agravo de instrumento interposto em 22.03.2017, cuja citação do banco réu, ora agravante, deu-se em 14.03.2017, em face da r. decisão que, nos autos da ação cautelar de exibição de documentos, deferiu em parte a tutela cautelar antecedente ao autor, ora agravado, para determinar que o agravante exiba a documentação pleiteada na inicial, no prazo de 05 dias, sob pena de multa diária de R$500,00, limitada a um período de 90 dias.

Sustenta o agravante, preliminarmente, que a decisão agravada não foi fundamentada, contrariando os termos do art. 93, IX, da CF. No mérito, após breve síntese dos fatos, alega que não cabe a aplicação de multa cominatória na ação de exibição de documento, nos termos da Súmula 372 do STJ. Aduz que o prazo concedido para cumprimento da obrigação é exíguo, uma vez que esta exige diversos procedimentos administrativos internos. Assevera que não resiste ao cumprimento da ordem judicial, razão pela qual a multa deve ser revogada. Afirma, ainda, acaso a imposição da multa seja mantida, que a sua diminuição se faz necessária, posto que fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, podendo acarretar em enriquecimento ilícito da parte agravada. Requer o provimento do recurso com a concessão de efeito suspensivo, e ao final, a reforma da r. decisão agravada (fls. 01/08).

Acesso ao Sumário

Recurso processado com a antecipação parcial da tutela recursal e sem suspensividade (fls. 94/95).

Contraminuta do agravado, às fls. 97/103, pugnando pelo improvimento do recurso.

Decorrido o prazo sem manifestação das partes, acerca de eventual oposição quanto ao julgamento virtual (fl. 105).

É o relatório.

Pleiteou o autor, ora agravado, na inicial da ação, o deferimento de tutela cautelar antecedente para que "*em 05 (cinco) dias a Requerida apresente os documentos pleiteados, conforme artigo 398 do NCPC, quais seja, extratos*

bancários das contas poupança do período de janeiro a março de 1989, sob pena de multa diária cominatória a ser arbitrada, nos moldes do parágrafo único do artigo 400, do NCPC" (fl. 31, item "c", correspondente à fl. 09 dos autos principais).

O ilustre magistrado "a quo" concedeu a tutela cautelar antecedente pleiteada, nos seguintes termos (fl. 20, correspondente à fl. 47 dos autos principais):

> "*1) Presentes o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora', DEFIRO parcial e liminarmente a TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE, para determinar ao réu a exibição dos documentos especificados na petição inicial -- extratos bancários da conta poupança nº 17693-9 de titularidade do autor, mantida na agência 0277 --, em cinco dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 – com incidência limitada a noventa dias --, com fundamento no artigo 300, combinado com o artigo 305, ambos do Código de Processo Civil (...).*".

Contra esta r. decisão, no que tange ao valor da multa imposta e ao prazo para cumprimento da obrigação, insurge-se o banco réu, ora agravante.

Inicialmente, deve ser afastada a preliminar arguida, no tocante a suposta ausência de fundamentação da r. decisão agravada.

O art. 93, inciso IX, da CF, dispõe que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada, mas 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 15.03.96, p. 7.209).

Neste sentido:

"**Bem diversa da sentença com motivação sucinta é a sentença sem fundamentação, que agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático.**" (STJ - 4ª Turma, REsp 18.731 - PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 12.5.92, deram provimento, v.u., DJU 30.03.92, p. 3993).

No caso em tela, o MM. Juiz "a quo" fundamentou sua decisão, de forma clara e sucinta, tanto é que viabilizou a interposição da presente insurgência.

Fundamentada a r. decisão, portanto, inexiste afronta aos arts. 93, IX, da CF, e 489, 1º, II, e 1.022, III, do NCPC, restando afastada a preliminar arguida nas razões recursais.

Quanto ao mérito do recurso, *a priori*, registre-se que, não obstante o entendimento anterior deste relator, no sentido de conhecer e apreciar os agravos

Acesso ao Sumário

de instrumento que discutem apenas o valor e a periodicidade da multa, e, ainda, o prazo para cumprimento da obrigação, filio-me ao recente entendimento jurisprudencial deste E. TJSP, em face das novas regras processuais em vigência a partir do CPC/15, conforme razões expostas a seguir.

O art. 1.015 do NCPC relaciona as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sendo que, o recurso que se restringe a impugnar a parte da decisão que fixa o valor da astreinte e o prazo para cumprimento do ato, não está incluído no rol taxativo e restritivo do referido artigo.

Veja-se a redação do mencionado dispositivo legal:

"**Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:**

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário".

Ou seja, o legislador foi claro em não abarcar a hipótese de fixação da astreinte e prazo para cumprimento, não cabendo ao órgão julgador, entender de forma extensiva, mas sim restritiva.

Sobre o dispositivo acima transcrito, esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", pág. 2078:

"**3. Agravo de instrumento em hipóteses taxativas (numerus clausus). O dispositivo comentado prevê, em numerus clausus, os casos em que a**

Acesso ao Sumário

decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento. As interlocutórias que não se encontram no rol do CPC 1015 não são recorríveis pelo agravo, mas sim como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação (CPC 1009 §1º). (...)."

Importante consignar que no caso dos autos, a r. decisão agravada que fixou a astreinte e o prazo para cumprimento da obrigação foi proferida na fase de conhecimento da ação, não havendo que se cogitar o cabimento do recurso por suposta execução provisória ou definitiva do valor da multa (art. 1.015, parágrafo único, 2ª figura), o que ainda não aconteceu.

Desta forma, tendo em vista que a presente insurgência volta-se tão somente quanto à fixação da astreinte e quanto ao prazo para cumprimento do ato processual, e não quanto à concessão da tutela antecipada em si, entende-se que o agravo de instrumento não pode ser conhecido, neste aspecto.

Sobre a questão, veja-se a jurisprudência deste E. TJSP:

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO** - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - **Decisão agravada que determinou a aplicação das 'astreintes', fixadas em decisão anterior, no valor de R$3.000,00 - Interposição do recurso contra decisão interlocutória que não se encontra entre as hipóteses do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015 - Decisão agravada, proferida em fase de conhecimento, que somente aplicou multa cominatória outrora fixada (fls. 46/47), sendo referente ao descumprimento de liminar já deferida, esta sequer impugnada pelo agravante. RECURSO NÃO CONHECIDO.**" (TJSP; Agravo de Instrumento 2037368-19.2017.8.26.0000; Relator (a): Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Miracatu - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/06/2017; Data de Registro: 22/06/2017).

"**AGRAVO DE INSTRUMENTO - Rol taxativo previsto no art. 1.015 do NCPC - Decisão agravada proferida em sede de tutela cautelar antecedente, somente recorrida na porção em que dispôs sobre o descumprimento de ordem anterior, e aplicação de astreintes - Não cabimento de agravo contra decisões que versem sobre a aplicação de sanção por descumprimento de ordem judicial - Irrelevante que a decisão tenha se dado em tutela cautelar antecedente, pois não impugnada no recurso a concessão da tutela provisória em si - Precedentes da Corte paulista neste sentido - Agravo não conhecido**. DISPOSITIVO: Não conheceram o agravo de instrumento" (TJSP; Agravo de Instrumento 2106235-64.2017.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Mococa - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017).

"**Agravo de instrumento. Decisão agravada que concedeu a tutela**

Acesso ao Sumário

antecipada. Insurgência do Réu que se restringe à multa fixada e não à tutela provisória concedida. Hipótese não elencada no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC/15. Não cabimento de agravo de instrumento. Inadequação da espécie recursal. Recurso não conhecido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2169480-83.2016.8.26.0000; Relator (a): João Pazine Neto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do Ó - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/09/2016; Data de Registro: 20/09/2016).

"**AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE FIXOU O PRAZO DE 48 HORAS PARA O CUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTERIORMENTE DEFERIDA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 200,00, LIMITADA A R$ 5.000,00 - NÃO CONHECIMENTO** - A tutela de urgência para religação de linha telefônica foi deferida anteriormente e resolvida definitivamente, incorrendo em preclusão consumativa, sendo que **posterior fixação de prazo para seu cumprimento sob pena de multa não é questão prevista no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, que admitiria a interposição de agravo de instrumento**, sujeitando-se à devolução ao Tribunal *ad quem* em eventual recurso de apelação ou nas contrarrazões deste - Recurso não conhecido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2214292-16.2016.8.26.0000; Relator (a): Walter Fonseca; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; São Paulo; Data do Julgamento: 08/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017).

Por fim, registre-se que, de acordo com o que dispõe o art. 1.009, §1º, do NCPC, eventuais questões que não são agraváveis, não estarão cobertas pela preclusão, podendo ser novamente arguidas em sede de preliminar de recurso de apelação ou contrarrazões.

Veja-se:

"**Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.**

§1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões".

E ainda, pertinente observar que nos termos do art. 537, §1º, incisos I e II, do NCPC, o valor e a periodicidade da multa podem ser revistas a qualquer tempo, de forma a observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Da mesma forma, caso a instituição financeira necessite de maior prazo para o cumprimento da obrigação, em razão de ter encontrado dificuldades para tanto, nada impede que pleiteie a dilação de prazo ao MM. Juiz "*a quo*".

Inviável, portanto, o conhecimento do recurso de agravo de instrumento quanto ao mérito.

Postas estas premissas, na parte conhecida, afasta-se a preliminar arguida,

Acesso ao Sumário

nos termos da fundamentação acima.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 13577)

Divirjo do entendimento da douta maioria, que não conheceu em parte do agravo de instrumento.

Isto porque, no caso vertente, insurgiu-se o agravante contra a r. decisão que concedeu a tutela de urgência, de natureza provisória.

Com efeito, é cabível o agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias, a teor do artigo 1.015, inciso I, do novo Código de Processo Civil.

Ressalte-se que, a fixação da *astreinte* está abrangida na tutela de urgência pleiteada e dela decorre.

Vale lembrar, ainda, que, em se tratando de tutela de urgência, tal questão deveria ser decidida no início da lide e a postergação do exame desta matéria ao julgamento da apelação, pode acarretar prejuízos de difícil reparação ao autor.

Por tais razões, pelo meu voto, conhecia integralmente do recurso.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2197119-42.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante THAYNAN SOUSA DO NASCIMENTO, é agravado COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS- CTPM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21573)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente), J. B. FRANCO DE GODOI e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA FÍSICA - CONCESSÃO - Recorrente isenta da declaração de

Acesso ao Sumário

imposto de renda - Estudante de 20 anos que não exerce trabalho formal - Carteira de Trabalho e Previdência Social, emitida em 26/07/2016, sem qualquer registro - Demonstrada sua situação financeira, devendo ser concedida a gratuidade processual - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por THAYNAN SOUSA DO NASCIMENTO contra a r. decisão que indeferiu seu pedido de justiça gratuita (fls. 16/17).

A recorrente sustenta, em resumo, que é estudante e não trabalha, sendo isenta de declaração de imposto de renda, não tendo, portanto, condições de arcar com as custas processuais.

Deferido o pedido de efeito suspensivo a fim de evitar a extinção do processo (fl. 66).

Não houve oposição ao rito de julgamento virtual, preconizado pela Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (fl. 69).

É o relatório.

A agravante, de 20 anos, ajuizou ação de indenização por danos morais alegando que quando se dirigia à faculdade onde estuda, foi vítima de assédio sexual no interior da composição da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), requerendo na inicial os benefícios da gratuidade de justiça.

Sobreveio a decisão agravada que indeferiu o pedido de gratuidade processual ao fundamento de que à autora não demonstrou ser hipossuficiente economicamente (fls. 16/17).

Respeitado o entendimento adotado pela r. decisão recorrida, assiste razão à recorrente.

No caso em tela, há elementos que justificam o deferimento do benefício da gratuidade processual.

Conforme análise dos autos, a recorrente, THAYNAN SOUSA DO NASCIMENTO, de 20 anos, é estudante e não exerce trabalho formal, conforme Carteira de Trabalho e Previdência Social, emitida em 26/07/2016, sem qualquer registro de contrato de trabalho (fls. 18/23 dos autos principais), sendo isenta da declaração de imposto de renda (fls. 36/39).

Desse modo, restou demonstrada sua situação financeira, devendo ser concedida a justiça gratuita à recorrente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2129566-75.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS, é agravado ITALICA SAÚDE LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso provido, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.691)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), RICARDO NEGRÃO e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Falência. Penhora no rosto dos autos. Possibilidade. Ausência de ressalva na lei que condicione a autorização da constrição à existência de recursos suficientes para a satisfação do crédito tributário. Recurso provido, com determinação.

VOTO

A agravante, credora fiscal da agravada, que se encontra falida, não se conforma com a r. decisão reproduzida às fls. 48, que enjeitou o cumprimento de mandado de penhora no rosto dos autos, expedido pela Justiça Federal em execução fiscal.

Argumenta, em suma, que o crédito da Fazenda Pública não se sujeita ao concurso de credores e, por isso, o decreto de quebra não é empecilho à penhora no rosto dos autos.

Processado com efeito ativo, juntou-se manifestação da Administradora Judicial e parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório.

Como se extrai do art. 187 do Código Tributário Nacional e do art. 29 da Lei nº 6.830/1980, apesar de o § 7º do art. 6º da Lei de Recuperação e Falência referir-se apenas à recuperação judicial, o crédito fiscal independe de habilitação na falência, de maneira que deve apenas ser comunicado ao juízo falimentar, para pagamento na ordem que a lei estabelece ou, se preferir o credor fiscal, poderá continuar normalmente com a execução. Vale dizer, não há suspensão das execuções fiscais.

Acesso ao Sumário

Nessa trilha, conforme decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgInt no CC nº 150065/GO, sob a relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, ***o deferimento da falência não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição e de alienação de bens componentes da massa falida submetem-se ao juízo universal.***

Assim, parece claro que qualquer ato de disposição patrimonial que derive de execução forçada deva passar pelo crivo do juízo da falência.

Nesse quadrante, inexistindo ressalva na lei que condicione a autorização da constrição à existência de recursos suficientes para a satisfação do crédito tributário, ressalvado o entendimento do juízo de primeira instância, não há obstáculo à penhora no rosto dos autos.

Pedido de penhora no rosto dos autos proveniente de ofício expedido em execução fiscal promovida contra a falida. Indeferimento. Possibilidade de se efetivar a penhora. Ausência de impedimento diante da homologação do quadro geral de credores. Provimento para autorizar a penhora no rosto dos autos.[1]

Por tais fundamentos, proponho que se dê provimento ao recurso para autorizar a penhora no rosto dos autos, anotado, porém, que cabe ao juízo da falência o poder-dever de autorizar ou não constrição sobre bens da falida, nos mesmos termos da decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148559-06.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESCOLA DE NATAÇÃO E GINÁSTICA BIOSWIM LTDA., é agravado S.L. DE ASSIS PERFORMANDE - ME (ACADEMIA BIOFITNESS).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27966)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

TEIXEIRA LEITE, Relator

Acesso ao Sumário

1 AI nº 2066621-91.2013.8.26.0000, sob a rel. do Des. Ênio Zuliani, da C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial desta Corte.

Ementa: TUTELA ANTECIPADA. Ação inibitória c.c. indenização. Decisão que indefere pedido que visava a proibir a ré/agravada de usar nome que alegadamente remete à marca registrada da autora/agravante. Indeferimento mantido. Ausência de perigo na demora. Ré/agravada que alega e demonstra ter alterado o nome fantasia de seu estabelecimento, promovendo registro de marca diversa. Eventuais prejuízos que poderão ser resolvidos em perdas e danos. Recurso desprovido.

VOTO

ESCOLA DE NATAÇÃO E GINÁSTICA BIOSWIM LTDA. (GRUPO BIO RITMO) agrava da decisão pela qual o d. Juízo, nos autos da ação inibitória c.c. indenização que move contra S.L. DE ASSIS PERFORMANCE - ME (ACADEMIA BIOFITNESS), deferiu apenas parcialmente a ordem de abstenção pleiteada pela agravante, para determinar à agravada que se abstenha de "*utilizar os mesmos elementos visuais (cor, tipologia e disposição gráfica) da marca mista 'SMART FIT', isoladamente ou não, no desempenho de suas atividades, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00*", mas não a proibiu de usar a expressão BIOFITNESS (fls. 130/131).

Inconformada, alega ser flagrante a usurpação pela agravada de elemento essencial do conceito original criado pela agravante, gerando inevitável e equivocada associação entre as marcas pelo público consumidor. Argumenta a agravante que, "*ao se utilizar no mesmo segmento mercadológico de explícitas referências à logomarca da 'Bio Ritmo', o fez a agravada com o único propósito de favorecer seu negócio invocando a ideia de notoriedade e valor, o que lhe é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico pátrio*". Alega que não importa que a agravante não tenha uma unidade Bio Ritmo na cidade de Arapiraca, mas tão somente uma da Smart Fit, uma vez que "*o registro da marca, à luz da legislação que disciplina a matéria, induz à sua propriedade e uso exclusivo em todo o território nacional, de modo que não há sequer que se cogitar eventual limitação territorial como pretexto para justificar a negativa exarada*" (art. 129 LPI). Invocando os art. 209 da LPI e art. 300 do CPC, pede a reforma da decisão para que a agravada seja proibida de utilizar qualquer elemento que remeta à marca "Bio Ritmo".

Recurso processado no efeito devolutivo (fls. 154/156) e respondido (fls. 173/174).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A concessão de tutela de urgência exige a presença concomitante dos requisitos do art. 300 do CPC: probabilidade do direito, perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e, se for de natureza antecipada, reversibilidade dos efeitos da decisão.

A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada (Enunciado FPPC nº 143).

O conceito de perigo na demora é "*suficientemente aberto, para viabilizar tanto uma tutela contra o ilícito como uma tutela contra o dano. Há perigo na demora porque, se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente ou pode o dano ser irreparável, de difícil reparação ou não encontrar adequado ressarcimento*" **(MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, *Novo curso de processo civil*, vol.2, São Paulo: RT, 2015, p. 199)**.

No caso, consoante se pode ver dos documentos apresentados pela agravada neste recurso (fls. 175/180), bem como juntados à contestação na ação de origem (fls. 176/181), ela promoveu a alteração do nome fantasia da academia para "Sou Life", marca da qual requereu registro perante o INPI em 31.1.17. Além disso, aparentemente retirou de sua fachada e de todo o estabelecimento o nome "Biofitness". Assim, por ora, se havia perigo de dano à marca da agravante, parece ter cessado, podendo os danos já eventualmente causados serem resolvidos oportunamente.

Desnecessária a apreciação da presença do outro requisito do art. 300 do CPC, porque a ausência de qualquer deles inviabiliza a pretensão de quem o pleiteia (nesse sentido, STJ-2ª Turma, REsp 265.528- RS, rel. Min. Peçanha Martins, j. 17.6.03).

Anote-se, por oportuno, que é entendimento pacífico deste Tribunal, que "*somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos*", o que não é o caso (Súm. 7, aprovada no I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital, realizado em 4.5.06).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2136399-12.2017.8.26.0000, da Comarca de Birigui, em que é agravante

FÁBIO GOULART ANDREAZZI, é agravado JOSÉ MAMEDE DE LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35401)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de Instrumento - Ação revisional de contrato bancário em fase de cumprimento de sentença - Insurgência contra o respeitável "decisum" que excluiu o agravante do concurso de credores porque não promoveu a penhora do seu crédito referente a honorários advocatícios, deixando de executar o contrato e determinou a transferência integral do montante depositado para o credor com penhora nos autos, ou seja, o agravado - Admissibilidade - Aplicação dos artigos art. 22, §4º e 24 "caput" da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 Inteligência da súmula 47 do STF - Inaplicabilidade do art. 908, do CPC - Recurso provido, com determinação.

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de ação revisional de contrato bancário em fase de cumprimento de sentença e voltado à reforma de decisão que excluiu o agravante do concurso de credores porque não promoveu a penhora do seu crédito referente a honorários advocatícios, deixando de executar o contrato e determinou a transferência integral do montante depositado para o credor com penhora nos autos, ou seja, o agravado.

Sustenta o recorrente que o art. 22, §4º, da Lei nº 8.906/1994 ampara a sua pretensão, tendo os honorários natureza alimentar, a teor também do art. 833, IV, do CPC, sendo crédito privilegiado em concurso de credores, de modo que, ao apresentar ao Juízo seu contrato de honorários devidos, deveria ser ordenada a exclusão da penhora, não havendo necessidade de instauração do concurso de credores, daí porque pede a declaração de nulidade da r. decisão e determinado o levantamento da penhora no rosto dos autos que incidiram sobre os honorários

Acesso ao Sumário

contratuais pertencentes ao agravante.

Observa que os honorários advocatícios contratuais podem ser executados nos próprios autos da ação na qual tenha atuado o advogado, devendo ser determinado o levantamento mediante a apresentação do contrato particular de honorários. Pede a antecipação da pretensão recursal.

Os autos foram distribuídos originariamente para a 11ª Câmara de Direito Privado, tendo sido indeferido o pedido de antecipação da tutela recursal pelo eminente desembargador Marino Neto (fls. 77).

O agravado ofertou sua resposta em fls. 80/89. Na sequencia, o então relator representou à Presidência do Direito Privado, que determinou a redistribuição a esta Câmara e este desembargador (fls. 91/95). **Não houve oposição das partes sobre o julgamento virtual (fls. 99/101)**.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

VOTO.

2) O agravante esclarece que tomou conhecimento de penhora no rosto dos autos que menciona por petição do agravado em outros autos e juntando contrato de honorários advocatícios pediu ao Juízo a reserva do valor correspondente aos seus honorários contratados; determinada perícia contábil, foi apurado um saldo credor em favor de Marcus Vinicius de S. Sanches no importe de R$18.735,45 (dezoito mil, setecentos e trinta e cinco reais e quarenta e cinco centavos); o laudo pericial foi homologado e intimado Marcus Vinicius por oficial de justiça, este informou que não havia efetivado o pagamento dos honorários contratados, no montante de R$24.270,01 (vinte e quatro mil, duzentos e setenta reais e um centavo).

Assim, diz o agravante que pediu ao Juízo o levantamento do valor depositado pelo agravado nos autos da ação revisional no importe de R$19.213,80 (dezenove mil, duzentos e treze reais e oitenta centavos) correspondente aos seus honorários contratados. Porém, o MM. Juiz de Direito entendeu de instaurar um concurso de credores e indeferiu o levantamento sob o fundamento de que era de rigor que o agravante tivesse feito também a penhora nos autos para poder participar do referido concurso para satisfação do seu crédito e como o agravante não providenciou a penhora, não poderia participar e dessa forma não tinha o direito de receber a quantia que entendia devida em razão dos seus honorários contratuais, indeferindo o pedido de levantamento, o que motivou o presente recurso, que prospera, data vênia.

Acesso ao Sumário

O recorrente invoca a seu favor a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, em seu art. 22, §4º, que diz:

"*Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por*

arbitramento judicial e aos de sucumbência.

(...)

§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou (...)".

A melhor exegese a respeito dessa regra é que uma vez prestado o serviço, o advogado tem direito aos honorários contratados e juntando aos autos o respectivo contrato antes da expedição do mandado de levantamento, deve o Juiz determinar que o valor seja pago diretamente, deduzindo da quantia recebida pelo seu constituinte, a não ser que este prove que já pagou.

Esse dispositivo deve ser interpretado juntamente com a regra prevista no art. 24, *caput*, da mesma lei:

"*Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial*".

Portanto, os honorários constantes do contrato têm a natureza jurídica de título executivo, considerado crédito privilegiado nas hipóteses ali consignadas.

Nessas condições, respeitado o entendimento do MM. Juiz de Direito Doutor Lucas Gajardoni Fernandes, não era o caso de ser instaurado concurso de credores nos autos de origem. Bastava tão somente determinar o levantamento do valor efetivamente devido ao agravante diante da natureza jurídica do seu contrato de honorários (nesse sentido os precedentes colacionados na petição inicial deste agravo de instrumento).

O agravado invoca a seu favor o art. 908, do CPC; todavia, esse dispositivo não se aplica ao caso concreto ora em julgamento, data vênia, porque ele se refere ao momento processual da execução, que não é o caso nos autos de origem. Note-se, por ser relevante para o desate deste debate, que o precedente colacionado na resposta, em fls. 85, diz respeito ao direito de preferencia, com expressa ressalva que isso deverá ser observado **em caso de inexistir crédito privilegiado** (o crédito do agravante é privilegiado por força de lei). Igualmente o precedente constante de fls. 86 se refere à **impossibilidade de concurso universal de credores**. Por sua vez, o precedente inserido em fls. 86/87 destaca a diferença entre o "*valor penhorado no rosto dos autos em favor da agravada, não se confunde com honorários de profissional liberal*". Todavia, a circunstância relatada nesse precedente não encontra recepção no caso concreto que deu origem a este recurso, com a devida vênia.

Aqui estamos diante de um advogado, que prestou seus serviços a um cliente e dele não recebeu a devida remuneração: tomando ciência de valores

Acesso ao Sumário

depositados em outros autos a favor desse cliente, neles ingressa e peticiona no sentido de obter o levantamento da quantia correspondente aos seus honorários contratados, que tem natureza alimentar, a teor da súmula vinculante nº 47 do C. Supremo Tribunal Federal:

> "*Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza*".

Assim sendo, bem analisados os argumentos das partes, fiquei convencido no sentido de reformar a r. decisão agravada, respeitado o convencimento de Sua Excelência e do ilustre doutor advogado do recorrido, no sentido de **cassar sua eficácia jurídica**, determinando ao magistrado de primeiro grau que providencie a apuração da quantia efetivamente devida ao agravante, considerando os argumentos deduzidos na resposta do agravado, que diverge a esse respeito, devendo ser levantada a penhora no rosto dos autos que incidiram sobre os honorários contratuais pertencentes ao agravante.

3) Ante o exposto, o meu voto dá provimento ao recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2184855- 90.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante COMPANHIA HABITACIONAL REGIONAL DE RIBEIRÃO PRETO, são agravados WALDOMIRO FERNANDES e CICERA MARIA DA SILVA FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32091)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA e RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Ação de reintegração de posse. Pedido

inicial julgado procedente. Pretensão recursal voltada ao cumprimento da sentença. Admissibilidade. Inexistência de óbice ao cumprimento da ordem judicial de reintegração de posse em razão de os atuais ocupantes do imóvel não terem integrado o polo passivo da relação processual, tanto é que nele ingressaram após terem os réus de lá saído. Observação no sentido de que a medida deverá ser cumprida com cautela e precedida de precisa identificação da área litigiosa identificada na petição inicial. Decisão que reconheceu o esgotamento da tutela jurisdicional, sem o cumprimento da sentença, e determinou o arquivamento dos autos, reformada. Recurso provido, com observação. Dispositivo: deram provimento ao recurso, com observação.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 162/163, que, em fase de cumprimento de sentença proferida em ação de reintegração de posse, indeferiu o pedido de expedição de mandado de reintegração de posse e determinou o arquivamento definitivo dos autos.

O recurso é tempestivo e foi preparado, mas não foi respondido.

Vieram para os autos as informações prestadas pelo douto juiz da causa.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

E isto porque, foi esta ação possessória ajuizada no ano de 2005, tendo a sentença que julgou integralmente procedente o pedido inicial transitado em julgado no dia 08 de novembro de 2010 (fls. 92), o que garante à recorrente o direito de ser reintegrada na posse do imóvel indicado na petição inicial, independentemente de quem esteja ocupando atualmente questionado bem de raiz.

Bom é assinalar que, desde então, vem a agravante buscando tornar efetiva sua reintegração na posse do imóvel litigioso, porque expressa tal providência o cumprimento do comando da sentença, razão pela qual não há se falar em esgotamento da tutela jurisdicional concedida nestes autos, tendo em vista que o integral cumprimento da sentença só ocorrerá com a efetiva reintegração da parte ativa na posse do bem objeto da lide, dúvida não pairando no sentido de que a circunstância de terem os réus abandonado o imóvel não consubstancia satisfação da tutela jurisdicional em cotejo na causa.

Acesso ao Sumário

Isto assentado, oportuno é realçar que o fato de os atuais ocupantes do imóvel não terem integrado o polo passivo da relação processual não constitui óbice ao cumprimento do comando da sentença ou, mesmo, vulneração aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que exercem absolutamente ilegítima, de sorte que a atual ocupação do imóvel litigioso não poderá contrapor-se ao comando de sentença transitada em julgado.

De outro lado, não se justifica, sob qualquer ângulo que se analise a questão, que seja a autora, após longos doze anos de batalha judicial, com integral acolhimento de seu pedido inicial, compelida a propor nova ação possessória contra os atuais ocupantes do imóvel, que o invadiram após terem os réus deixado o local.

No entanto, o cumprimento da sentença deverá ser cercado de cautela, sendo estritamente necessária a correta individualização da área a ser reintegrada, tendo em vista o decurso do tempo desde a propositura da ação e a modificação das construções existentes no local, consoante se infere do teor das diversas certidões lavradas por oficiais de justiça, nesta fase de cumprimento da sentença, no sentido de que não foi possível identificar com precisão o imóvel objeto da reintegração de posse.

Em suma, a insurgência comporta guarida para o fim de determinar o cumprimento da sentença, com a reintegração da autora na posse do imóvel identificado na petição inicial, observadas as cautelas acima delineadas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219187-83.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARIA DE LOURDES GOUVEIA DA SILVA, é agravado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.575)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Indeferimento pelo Juízo "a quo" - Não enquadramento na condição de necessitada - Não afastamento da dúvida sobre a real condição financeira da agravante - Decisão mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "ação consignatória c/c declaratória de revisão contratual", proposta por MARIA DE LOURDES GOUVEIA DA SILVA contra AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita formulado pela autora (fls. 37).

Recorre a autora. Afirma que não só os miseráveis economicamente podem a ser beneficiários da gratuidade processual, mas todos aqueles cuja situação econômica não permita pagar as custas de um processo e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Alega que exerce a função de empresária e aufere baixa remuneração. Requer a concessão de efeito suspensivo ativo.

Recurso recebido sem a concessão do efeito pleiteado e não contrariado, dado a não integração da parte *ex adversa* à relação jurídico-processual.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

É relativa a presunção de veracidade da declaração da parte que requer os benefícios da justiça gratuita, uma vez que será afastada se presentes nos autos elementos que a descaracterizem. Isso porque não se pode admitir que se reconheça como juridicamente pobre pessoa que se saiba ou suspeite não estar desprovida de recursos suficientes para arcar com as despesas processuais.

No caso em tela, o MM. Juízo *a quo* indeferiu o benefício da gratuidade, sob o fundamento de que a autora contratou advogado particular e celebrou contrato de financiamento de veículo no valor de R$ 26.990,00, com parcelas de R$ 1.133,57 por mês, presumindo-se que tenha comprovado renda mínima prevista para a contratação (fls. 37).

De fato, o contrato de financiamento celebrado pela parte autora, com prestações no valor de R$ 1.133,57, afasta a presunção de sua declaração de pobreza.

Desta forma, deveria ela ter comprovado documentalmente sua impossibilidade de arcar com as custas e despesas processuais, eis que pende dúvida, não esclarecida neste recurso, que impede a concessão da benesse.

Portanto, conclui-se, ao menos por ora, diante dos elementos constantes

Acesso ao Sumário

dos autos, que a condição financeira da autora é incompatível com a alegação de pobreza deduzida na petição inicial.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2152014-42.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDIO POZZER, é agravado BANCO CITIBANK S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos, estendido o julgamento na forma do art. 942 do CPC, vencidos o relator sorteado que declara voto e o 2º Desembargador. Acórdão com o 3º.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24782)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO BRÁZ, vencedor, SOUZA LOPES, vencido, JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente), IRINEU FAVA E PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2018.

AFONSO BRÁZ, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. Penhora de valores advindos de plano de previdência privada. Possibilidade. Impenhorabilidade não configurada. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adoto o relatório do douto Relator sorteado, que passo a transcrever:

"Cuida-se de agravo de instrumento contra a r. decisão copiada a fls. 352, que deferiu o reforço de penhora sobre os ativos em plano de previdência privada.

O recorrente alega que o artigo 833 do CPC prevê a impenhorabilidade dos vencimentos, soldos, remunerações, pensões ou quantias destinadas ao sustento e admitir a penhora sobre quantia existente em plano de previdência privada equivale a impor ao cidadão uma restrição incompatível com a ordem constitucional e o princípio da igualdade. Alternativamente, pleiteia a limitação quanto aos valores que excedam 50 salários-mínimos. Busca a reforma do

decisum.

Nesta Instância, foi deferida a antecipação de tutela recursal e, após contraminuta (fls. 362/369), vieram os autos."

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O saldo de depósito em plano de previdência privada não ostenta caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, de natureza de poupança previdenciária, susceptível de penhora, pois, assim como sucede com valores em caderneta de poupança e outros tipos de aplicações e investimentos, que embora possam ter origem em verbas de natureza alimentar, provindo de remuneração mensal percebida pelo seu titular, perdem essa característica se não utilizadas para manutenção do devedor e de sua família no período em que foram auferidos.

É apenas um investimento visando acúmulo de capital, constituindo, à evidência, aplicação financeira como qualquer outra, com a possibilidade de resgate dos valores investidos a qualquer momento, como expressamente prevê a Lei Complementar nº 109/01.

Considerar tais valores como impenhoráveis, por visarem (em tese) uma "aposentadoria" futura seria chancelar que qualquer acúmulo de capital se tornaria inatingível, o que poderia vir a frustrar as chances de recuperação de créditos perante tais devedores.

A remuneração proveniente do trabalho tem dupla finalidade, uma essencial utilizada para fazer frente às despesas próprias e da família e outra, "a sobra", que pode ter destinações diversas, como gastos supérfluos, formação de poupança, realização de investimentos, aplicações financeiras, gastos em viagens, compra ou reforma de imóveis, aquisição de veículo, dentre outras possibilidades.

Se com esta "sobra" se adquire um veículo, uma obra de arte, uma joia, um imóvel (com exceção do bem de família) para investimento, veraneio ou lazer, certamente não haverá dúvida quanto a penhorabilidade deles.

Sendo assim, a decisão hostilizada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, não havendo qualquer ilegalidade na penhora de valores encontrados em planos de previdência privada em nome do executado, nos moldes acima expostos.

Por fim, considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela

Acesso ao Sumário

parte.

Por isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Respeitosamente, ouso divergir da Douta Maioria, pelas razões que seguem.

Dispõe o artigo 833, *caput* e inciso IV, do atual Código de Processo Civil:

"*São impenhoráveis:*

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, ***proventos de aposentadoria****, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no §2º deste artigo.*"

Com efeito, a Lei prevê expressamente a vedação de constrição judicial sobre proventos de aposentadoria, não fazendo qualquer distinção sobre aposentadoria privada.

Como é cediço, o plano de previdência privada assume verdadeira natureza de aposentadoria complementar, que visa resguardar o beneficiário contra incertezas e vicissitudes futuras, notadamente a provável diminuição de renda.

Tratando-se, portanto, de complementação de renda, por óbvio, destina-se ao sustento do devedor e de sua família, possuindo nítido caráter alimentar.

Sobre o tema, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"EMENTA: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Arresto - Plano de Previdência Privada - Impenhorabilidade - Artigo 649, IV do CPC e art. 114 da Lei nº 8.213/91 - Impossibilidade de tratamento diferenciado por tratar-se de aposentadoria complementar e não de proventos pagos pelo INSS - Precedentes do STJ - Decisão mantida - Recurso desprovido." (15ª Câm. Dir. Priv., Agravo de Instrumento nº 0157079-28.2012.8.26.0000, rel. MANOEL MATTOS, j. 28/08/2012).

"PENHORA - Proventos de aposentadoria - Impenhorabilidade - Art. 649, IV e VII, do CPC - Só é possível a incidência de penhora sobre créditos estranhos à atividade laborativa ou aos proventos de aposentado, ou seja, sobre os saldos decorrentes de valores depositados de outra natureza.

PENHORA - Previdência privada - Impenhorabilidade - O plano de aposentadoria privada que o devedor celebra, para segurança das

Acesso ao Sumário

vicissitudes do futuro é, para esse efeito, equiparado ao fundo salarial impenhorável - Incidência do art. 649, IV e VII, do CPC. Recurso desprovido." (20ª Câm. Dir. Priv., Agravo de Instrumento nº 0014890-27.2012.8.26.0000, rel. Álvaro Torres Júnior, j. 13/08/2012).

"Agravo de instrumento - Execução por título extrajudicial - Penhora on line - Desbloqueio indeferido - - Recurso provido." (16ª Câm. Dir. Priv., Agravo de Instrumento nº 0306457-92.2011.8.26.0000, rel. Miguel Petroni Neto, j. 13/03/2012).

Nesse sentido é a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça:

"Os depósitos bancários provenientes exclusivamente da pensão paga pelo INSS e da respectiva complementação pela entidade de previdência privada são a própria pensão, por isso mesmo que absolutamente impenhoráveis quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família." (4ª Turma, REsp 436.760/SP, Relator Ministro César Rocha, j. 07.10.03, DJU 15.12.03, p. 318).

Ainda:

"Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a 'vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'." (3ª Turma, REsp nº 1.012.915/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 16.12.2008, DJe 03.02.2009).

Pelo exposto, meu voto dá provimento ao recurso para impedir a penhora de ativos existentes em planos de previdência privada do agravante e, em observância ao que dispõe o art. 85, § 1º do Novo Código de Processo Civil, nesta fase, condeno o agravado ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono das agravadas, ora arbitrados em R$ 1.200,00, com atualização a partir da publicação deste Acórdão.

SOUZA LOPES, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2213458-76.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante NATANAEL DE JESUS ARTAL, é agravado LIVORNO FUNDO DE

Acesso ao Sumário

INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29982)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO SHIMURA (Presidente) e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE LEVANTAMENTO DA CONSTRIÇÃO, AO ARGUMENTO DE QUE NÃO DEMONSTRADO, PELO EXECUTADO, QUE O BEM EM QUESTÃO É O ÚNICO DE SUA PROPRIEDADE OU QUE NELE RESIDE - DESCABIMENTO - PROVA SEGURA DA PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA IMPENHORABILIDADE (ART. 1º DA LEI 8.009/90) - DEMONSTRAÇÃO DOS ALEGADOS FATOS DESCARACTERIZADORES DO BEM DE FAMÍLIA QUE, NESTAS CONDIÇÕES, CABIA À EXEQUENTE, QUE DESSE ÔNUS NÃO SE DESIMCUMBIU - IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA - LEVANTAMENTO DA PENHORA DETERMINADO - DECISÃO REFORMADA RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por meio eletrônico contra decisão que, em execução de título extrajudicial, indeferiu o pedido de reconhecimento da condição de bem de família do imóvel penhorado e consequente levantamento da respectiva constrição, ao argumento de que não demonstrado que o bem em questão seria o único de propriedade do agravante e, ainda, que este, de fato, reside no imóvel.

O recurso foi processado sem o deferimento da antecipação da tutela recursal pleiteada, e respondido pela parte contrária.

É o relatório.

Tem razão o agravante.

Ciente da penhora do bem imóvel de sua propriedade, cuidou o agravante de apresentar, junto com os respectivos pedidos de levantamento da constrição, documentos suficientes para comprovar que, de fato, nele reside (fls. 166/168 e 189/193 do processo executivo).

O fato de outro endereço ter constado no título que embasa a execução (firmado em meados de 2012) não infirma o quanto ora alegado pelo agravante, acrescentando-se que o próprio oficial de justiça constatara, quando da primeira tentativa de citação, que ele não mais residia naquele local (fls. 35), tendo sido encontrado, posteriormente, na sede da empresa devedora principal.

E demonstrados, *a priori*, os requisitos ensejadores da impenhorabilidade de que trata a lei 8009/90, como ocorrera no caso, caberá ao próprio exequente, ora agravado, fazer prova do contrário, circunstância de que até o momento não se cogita.

Veja-se, a respeito, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA (LEI 8.009/90, ARTS. 1º E 5º). CARACTERIZAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO.*

1. Tendo a devedora provado suficientemente (ab initio) que a constrição judicial atinge imóvel da entidade familiar, mostra-se equivocado exigir-se desta todo o ônus da prova, cabendo agora ao credor descaracterizar o bem de família na hipótese de querer fazer prevalecer sua indicação do bem à penhora.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90. Precedentes.

3. Recurso especial provido." (REsp 1014698/MT, Rel. Min. RAUL ARAUJO, j. 6.10.2016)

Servindo, portanto, o imóvel em questão à moradia do agravante e de seu filho e não havendo, por outro lado, prova alguma da ocorrência de alguma das hipóteses descaracterizadoras da impenhorabilidade, não se mostra razoável a insistência do exequente na respectiva penhora.

Nestas condições, reforma-se a decisão agravada para, reconhecendo a impenhorabilidade, determinar o imediato levantamento da constrição.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2175520-47.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VITOR CASCALHO DOS SANTOS NETO, é agravado DATALINE TECNOLOGIA APLICADA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31989)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente) e JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2018.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - cumprimento de sentença - pesquisa junto à CENSEC - Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - informações acerca de procurações ou escrituras em nome das agravadas pessoas físicas - meio, "a priori", também disponível aos jurisdicionados - duração razoável do processo - pesquisa que incumbe, primeiramente, à parte exequente - decisão mantida - recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação ordinária em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de pesquisa à CENSEC - Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, mais especificamente à CEP - Central de Escrituras e Procurações, com o fim de obter informações acerca de procurações ou escrituras em nome das agravadas pessoas físicas, indicativas de eventuais aquisições de bens não registradas em matrícula.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, saliente-se que a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, foi instituída pelo Provimento nº 18/2012 da Corregedoria Nacional de Justiça, que em seu art. 19 dispôs que "***poderão se habilitar para o acesso às informações referentes à CESDI e CEP todos os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como os órgãos***

Acesso ao Sumário

públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios que delas necessitem para a prestação do serviço público de que incumbidos".

Ainda, o §1º do mencionado artigo estabeleceu que "***os órgãos do Poder Judiciário, de qualquer instância, se habilitarão diretamente na Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, mediante atendimento dos requisitos técnicos pertinentes***".

Extrai-se, também, do art. 1º, V do aludido provimento que a implementação da CENSEC tem como um de seus objetivos "***possibilitar o acesso direto de órgãos do Poder Público a informações e dados correspondentes ao serviço notarial***".

É de se observar que, a despeito de tal ferramenta constituir um dos meios de garantia da razoável duração do processo (art. 139, II da lei de rito), não há norma que obrigue os Magistrados a utilizá-la.

Cabe destacar que, nos termos do art. 798, II, "c" e art. 829, §2º do Código de Processo Civil, incumbe ao exequente a indicação de bens penhoráveis.

Na espécie, consoante afirmado pelo recorrente, várias foram as pesquisas de bens realizadas com o auxílio do Poder Judiciário.

Todavia, não há como se exigir que assim também proceda com o sistema disponibilizado pela Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, mormente por não ser obrigatório o cadastro de acesso.

Incumbe ao exequente, assim, realizar tal diligência, sendo cabível a renovação do pleito somente no caso de demonstrar a efetiva impossibilidade de obtenção dos dados por meios próprios.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

> "***Agravo de instrumento. Contrato de locação. Execução de Título Extrajudicial em face dos fiadores. Expedição de ofícios para consulta das declarações de operações imobiliárias - DOI - junto à Receita Federal, bem como ao Colégio Notarial do Brasil para consulta do CENSEC para localização de escrituras públicas firmadas pelos agravados. Exequente que pode requerer, por primeiro, junto ao Colégio Notarial a informação pretendida, providência cabível ao particular. Ausência de comprovação de recusa. Recurso improvido***" (Agravo de Instrumento nº 2139705-23.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento: 04/08/2016).

Destarte, é de rigor a não acolhida das razões recursais, mantendo-se a r. decisão guerreada que bem apreciou a questão posta a apreciação.

Isto posto, ***NEGA-SE PROVIMENTO*** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2233056-16.2017.8.26.0000, da Comarca de Guaratinguetá, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, são agravados CAMILA CRISTINA LINHARES DE CARVALHO EPP, CAMILA CRISTINA LINHARES DE CARVALHO e GERALDO GOMES DE CARVALHO JUNIOR.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 15896)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Agravo de Instrumento - Execução de título extrajudicial - Pretensão de reforma de r. decisão que indeferiu pedido de penhora de valores depositados em fundo de previdência privada - Admissibilidade - Ausência de previsão legal quanto à impenhorabilidade - Situação não contemplada no rol do art. 833, do Código de Processo Civil - Montante que, salvo prova contundente quanto ao caráter alimentar, deve ser entendido como aplicação financeira, expressamente prevista nos artigos 835 e 854, da Lei Processual - Precedentes - Decisão reformada - Recurso provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Banco Bradesco S/A**, tirado da r. decisão copiada às fls. 66, proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Guaratinguetá, nos autos de ação de execução de título extrajudicial ajuizada em face de **Camila Cristina Linhares de Carvalho EPP e outros**, pela qual fora indeferido pedido de penhora de valores depositados em plano de previdência privada localizado em nome da agravada Camila Cristina Linhares de Carvalho.

Alega o recorrente, em síntese, haver efetuado inúmeras diligências

infrutíferas com vistas à localização de bens passíveis de penhora. Sustenta que os planos de previdência não se encontram inseridos no rol de impenhorabilidades do art. 833, do CPC, sendo certo que a jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de constrição dos valores depositados a tal título, por equiparálos a investimentos a longo prazo, afastando seu caráter alimentar. Colaciona julgados com o fito de corroborar sua tese (fls. 01/08).

Dispensada a apresentação de contraminuta pelos agravados, porquanto revéis nos autos originários.

É o relatório.

Uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, dando-lhe provimento.

O art. 833, do Novo Código de Processo Civil, enumera rol taxativo dos bens protegidos pela impenhorabilidade, não fazendo referência expressa a valores depositados em fundo de previdência privada.

Não nos parece, nesse passo, que a aplicação de valores em fundo de previdência privada possua, objetivamente, caráter alimentar, mais se assemelhando a uma aplicação financeira, contemplada no rol dos artigos 835 e 854 da Lei Processual, que preveem a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira.

Consigne-se que a verba, em tal situação, somente pode assumir caráter alimentar em caso de prova inequívoca nesse sentido, a qual incumbe à parte executada, situação que não se verificou, *in casu*. Destarte, à míngua de efetiva demonstração, não há como concluir que o depósito de valores que não retornam ao devedor como prestação mensal destinada ao sustento próprio ou de sua família esteja abrangido pelo inciso IV, do aludido art. 833, do CPC.

Nesse sentido, recente precedente desta C. Câmara:

"**PENHORA. Fase de cumprimento de sentença proferida em ação de cobrança. Hipótese em que o devedor, incluído no polo passivo da relação processual em razão da desconsideração da personalidade jurídica da devedora principal, não efetuou o pagamento, nem nomeou bens à penhora. Penhora. Saldo existente em fundo de previdência privada - Brasilprev tradicional. Alegação de impenhorabilidade afastada, em virtude da natureza de aplicação financeira dos questionados recursos. Penhora preservada. Decisão que rejeitou a impugnação mantida. Recurso improvido.**" (Agravo de Instrumento nº 2086033-03.2016.8.26.0000; Relator(a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Comarca: Santos; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/07/2016; Data de registro: 08/07/2016)

Sobre o tema já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. INTIMAÇÃO. PENHORA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 211/STJ. PENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PRECEDENTE ESPECÍFICO.

1. Inexistência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O conteúdo normativo do dispositivo supostamente violado não foi objeto de debate no acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência da Súmula n.º 211/STJ.

3. 'Por isso, a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar, na forma do art. 649, IV, do CPC' (EREsp 1121719/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 04/04/2014).

4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no REsp 1382845/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015)

Destarte, merece reforma a r. decisão agravada, para autorizar a constrição pretendida, com a observação de que a conclusão quanto à penhorabilidade da verba poderá ser revista pelo d. magistrado "a quo" em caso de efetiva comprovação, por parte da executada, quanto ao caráter alimentar dos valores objeto de penhora.

Pelo exposto, por meu voto, **dou provimento** ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161714-42.2017.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é agravante ANA CAROLINA RODRIGUES MOREIRA, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, por maioria de votos. Fica vencido o relator sorteado, que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19405)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2018.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator Designado

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - BLOQUEIO DE VALOR ENCONTRADO EM CONTA BANCÁRIA DE TITULARIDADE DA AGRAVANTE - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE - DESCABIMENTO - CARÁTER ALIMENTAR NÃO DEMONSTRADO - insurgência em face da decisão pela qual foi indeferido o pedido da agravante de desbloqueio de sua conta bancária - conta poupança utilizada como conta corrente - inexistência, no caso, de finalidade precípua voltada à economia de numerário para enfrentamento das vicissitudes da existência - espécie de aplicação não protegida da penhora - inaplicabilidade do art. 833, X do CPC/2015 - impenhorabilidade não demonstrada de plano - decisão mantida - agravo desprovido.

VOTO

Vistos.

Conforme relatado pelo relator sorteado, Desembargador Tasso Duarte de Melo, "*Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANA CAROLINA RODRIGUES MOREIRA (fls. 01/10) contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Franca, Dr. Paulo Sérgio Jorge Filho (fls. 18/19 deste instrumento), nos autos da execução que lhe move BANCO BRADESCO S/A, que manteve o bloqueio dos ativos financeiros da Agravante, por entender serem penhoráveis, eis que não depositados em conta poupança típica, mas em conta poupança vinculada a conta corrente. Sustenta a Agravante: (a) a impenhorabilidade da quantia bloqueada - R$ 25.399,87, nos termos do art. 833, X, do NCPC, pois depositada em conta poupança e de valor inferior a 40*

Acesso ao Sumário

salários mínimos; (b) a vinculação da conta poupança a conta corrente não a desnatura. Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, o provimento ao recurso. Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal para obstar o levantamento pelo Agravado do montante bloqueado (fls. 207/208). Foi apresentada resposta ao recurso (fls. 213/217). Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/17."

É a síntese necessária.

A hipótese é de desprovimento do agravo de instrumento.

Depreende-se da leitura do instrumento que, na execução de título extrajudicial promovida pelo agravado contra a agravante e outros, foram bloqueadas, via sistema Bacen Jud, as quantias de R$ 2.997,30, R$ 2.571,63 e R$ 26.474,50 encontradas em contas bancárias de titularidade da agravante, respectivamente, junto ao Banco Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, em 20.11.2015 (fls. 84/87).

A agravante requereu o desbloqueio das quantias constritas, sob a alegação de que se trata de verbas impenhoráveis, pois decorrentes de seus salários, depositadas em conta poupança e menor que 40 salários mínimos (fls. 75, 79/80 e 98).

Em relação à quantia que seria decorrente de seus salários, foi mantida a penhora de 30% em decisão preclusa (fls. 104 e 141/143).

O presente recurso se refere apenas aos valores bloqueados em conta poupança. Por meio da decisão recorrida, o requerimento de desbloqueio de tais valores foi indeferido.

Não era mesmo caso de acolhimento da alegação de impenhorabilidade, pois não comprovada a natureza alimentar da quantia constrita.

O fato de se tratar de quantia abaixo de 40 salários mínimas depositada em conta poupança, por si só, não a torna impenhorável.

Dispõe o artigo 833, inciso X do CPC/2015 que a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos, é impenhorável.

Acesso ao Sumário

O dispositivo ora invocado, porém, não tem a amplitude desejada pela agravante.

Com a regra da impenhorabilidade, visou o legislador assegurar a dignidade do devedor, não criar expedientes para protegê-lo genericamente de seus credores. Nessa toada, a interpretação mais consentânea com a *mens legis* é que a impenhorabilidade prevista no referido dispositivo legal é destinada apenas aos valores economizados. Tais economias foram livradas de constrição pelo legislador porque entendidas como minimamente necessárias para a pessoa enfrentar as vicissitudes da existência.

Ocorre que, no caso em tela, a análise dos extratos bancários juntados (fls.

78, 165/168 e 190/197) faz ver que a quantia bloqueada estava depositada em conta poupança vinculada à conta corrente.

Tal espécie de conta não se apresenta como instrumento com finalidade precípua voltada à economia de dinheiro.

O objetivo do mecanismo criado pelas instituições financeiras é de, eventualmente, proporcionar remuneração a alguma sobra de numerário, não utilizada pelo correntista, que permaneceu em conta por determinado período.

Em outro dizer, usa-se a caderneta de poupança com a finalidade principal de guardar dinheiro a médio e longo prazo. De economizar. Já a caderneta de poupança vinculada à conta corrente tem por finalidade apenas permitir que o dinheiro existente em conta corrente, automaticamente e de forma esporádica, produza rendimentos em condições especiais - em casos de sobra do numerário na conta por mais de um mês.

Como a proteção contra a penhora se destina às economias e não ao numerário do dia a dia, os valores encontrados em caderneta de poupança vinculada à conta corrente não estão acobertados pela impenhorabilidade prevista no referido art. 833, X do CPC/2015.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados deste Tribunal:

"*PROCESSUAL CIVIL - Ação de execução de título extrajudicial - Penhora por meio eletrônico - Agravo interposto pela executada - Bloqueio judicial de quantia em dinheiro depositada em conta poupança vinculada à conta corrente - Impenhorabilidade não verificada - Característica circulatória - Inaplicabilidade do artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Agravo desprovido.*" (A.I. 2156151-67.2017.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 25.09.2017);

"*Penhora - Poupança integrada ou vinculada - Conta corrente - Verba rescisória - Sobra de salário. 1 - A conta poupança integrada ou vinculada, por guardar semelhança com a conta corrente tradicional, não merece a proteção legal da impenhorabilidade. 2 - A impenhorabilidade dos salários (art. 833, IV, do CPC) restringe-se às quantias necessárias à subsistência do devedor, sendo possível a penhora de reserva de capital. Recurso não provido.*" (A.I. 2080787-89.2017.8.26.0000, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 11.09.2017);

"*Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Alegação de impenhorabilidade. Art. 854, §3º, do NCPC. Cabe ao executado comprovar que o valor depositado em sua conta corrente se reveste da impenhorabilidade prevista no art. 833, inciso X, do NCPC. Demonstração não realizada. Bloqueio de quantia de conta corrente vinculada à conta poupança. Conta poupança que apresenta movimentações próprias*

Acesso ao Sumário

de conta corrente, como o pagamento de débitos ou transferência de rotina. Natureza circulatória dos valores depositados. Possibilidade de bloqueio do numerário existente. Inaplicabilidade do disposto no art. 833, X, do NCPC Decisão reformada. Recurso provido." (A.I. 2013910-70.2017.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 02.06.2017).

Destarte, porque não caracterizada a hipótese de impenhorabilidade prevista no art. 833, inciso X do CPC, agiu com acerto o i. magistrado de 1º grau ao manter o bloqueio judicial.

Nestes moldes, **nega-se provimento ao recurso**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 25097)

A Douta maioria vota por negar provimento ao agravo de instrumento, mantida a penhora sobre conta poupança vinculada a conta corrente.

Ouso divergir.

Trata-se de execução de título extrajudicial aparelhada com instrumento particular de confissão de dívida (fls. 28/39), respondendo a Agravante pela dívida na qualidade de avalista.

Insurge-se a Agravante contra r. decisão que indeferiu o desbloqueio dos valores constritos e pretende o provimento do recurso para reconhecer a impenhorabilidade da quantia bloqueada de - R$ 25.399,87 -, depositada em caderneta de poupança.

Há prova inequívoca de que a penhora recaiu sobre o saldo mantido em conta poupança do Banco do Brasil (fl. 78).

Conforme disposto no art. 833, inc. X, do NCPC, "são impenhoráveis: (...) X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos".

A r. decisão agravada entendeu que, pelo fato de "não se tratar de caderneta de poupança típica, mas de conta corrente remunerada" (fl. 18) seria inaplicável a referida impenhorabilidade. Todavia, com todas as *venias*, esta interpretação restritiva afronta a melhor orientação jurisprudencial sobre o tema.

Segundo entendimento do C. STJ é impenhorável a quantia depositada em conta corrente, em caderneta de poupança ou mantida em papel-moeda até o limite de quarenta salários mínimos:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. (...) VALOR EM CONTA CORRENTE. LIMITE. 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. POUPANÇA. DIGNIDADE. SUSTENTO.

IMPENHORABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...)

4. **Exceto se comprovada a ocorrência de abuso, má-fé ou fraude e ainda que os valores constantes em conta corrente percam a natureza salarial após o recebimento do salário ou vencimento seguinte, a quantia poupada pelo devedor, no patamar de até 40 (quarenta) salários mínimos, é impenhorável**.

5. **Referidos valores podem estar depositados em cadernetas de poupança, contas-correntes, fundos de investimento ou até em espécie, mantendo, em qualquer desses casos, a característica da impenhorabilidade.** (...)"

(STJ, 3ª Turma, RMS 52.238-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. 15.12.16, destacou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, X, DO CPC. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. **É impenhorável a quantia de até quarenta salários mínimos depositada, seja aplicada em caderneta de poupança, mantida em papel-moeda ou em conta-corrente, ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude**. (...)"

(STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.453.586-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, j. 01.09.15, destacou-se)

Este entendimento repete precedente da 2ª Seção do C. STJ, relatado pela e. Min. Maria Isabel Gallotti:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE. ARTIGO 649, IV e X, DO CPC. (...)

Reveste-se (...) de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, **seja ela mantida em papel-moeda; em conta-corrente; aplicada em caderneta de poupança propriamente dita ou em fundo de investimentos**, e ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da situação concreta em julgamento (inciso X do art. 649)." (STJ, 2ª Seção, REsp 1.230.060-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, unânime, j. 13.08.14, destacou-se)

Assim, ausente prova de abuso, má-fé ou fraude a infirmar a impenhorabilidade dos valores depositados na conta poupança, pelo meu voto, era de rigor a reforma da r. decisão agravada para determinar o levantamento da penhora impugnada.

Diante do exposto, pelo meu voto, dava provimento ao recurso para reformar a r. decisão agravada e determinar o levantamento da penhora sobre a quantia depositada na conta poupança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2218058-43.2017.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é agravante JAVAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS RECICLÁVEIS LTDA. - ME, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.296)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2018.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVENÇÃO DA COLENDA 13ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face do teor da r. decisão copiada às fls. 145 dos autos, que indeferiu o pedido de cancelamento das restrições de circulação de veículo, nos seguintes termos, a saber: "Vistos. Fls. 116/119: Indefiro o pedido de cancelamento das restrições de circulação que recaem sobre os veículos, diante da discordância do exequente, já que não foi oferecido garantia, sendo que a restrição de circulação é uma das medidas que visa compelir o devedor a saldar o débito. Acerca do resultado negativo da citação do executado Jair Antonio, manifeste-se o exequente, em 05 (cinco) dias. Em caso de inércia, aguarde-se provocação em arquivo. Intime-se.".

A parte executada, ora agravante, alega, em síntese, que os veículos constituem ferramentas de suma importância à continuidade da sua atividade empresarial, utilizados na logística e escoamento de seus produtos, devendo, assim, ser afastada a restrição de circulação, licenciamento e transferência.

Decisão concedendo efeito ativo ao presente recurso (fls. 211).

Contrarrazões recursais apresentadas às fls. 215/220.

Recurso regularmente processado.

Acesso ao Sumário

Do essencial, é o relatório.

Verifica-se nesta oportunidade que a parte recorrente junta cópia de v. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2145954-53.2017.8.26.0000, de relatoria do Douto e Culto Desembargador Heraldo de Oliveira, integrante da Colenda 13ª (Décima Terceira) Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 152/156).

De fato, infere-se que os recursos decorrem da mesma relação jurídica existente entre os litigantes, sendo objeto do presente recurso a cédula de crédito bancário nº 021.618.294 e objeto do referido agravo de instrumento a cédula de crédito bancário nº 021.618.295, ambas emitidas em 17/02/2016.

Registre-se que o artigo 105 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dispõe que "A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados". (o grifo não consta do original)

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, não se conhece do presente recurso, determinando a redistribuição, por prevenção, à Colenda 13ª (Décima Terceira) Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a devida compensação, devendo, entretanto, a liminar concedida ser mantida até a redistribuição do presente recurso, quando o Douto e Ilustre Desembargador reexaminará, em todos os seus ângulos, a questão deduzida no presente agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2195047-82.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante LEANDRO GONÇALVES FERREIRA LIMA, são agravados CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SERRA DOURADA e SILVIO FILGUEIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conhecem do recurso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.858)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e AZUMA NISHI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.
CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - COBRANÇA DE CONDOMÍNIO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. - Decisão que mantém deliberação anterior - Ausência de caráter decisório - Irrecorribilidade - Recurso não conhecido.

VOTO

LEANDRO GONÇALVES FERREIRA LIMA agrava de instrumento da decisão proferida nos autos da ação de cobrança de despesas condominiais, em fase de cumprimento de sentença, que CONDOMÍNIO SERRA DOURADA move em face de SILVIO FILGUEIRAS, pela qual a MMª. Juíza *a quo* reportou-se à decisão anterior, na qual determinou o depósito do saldo do valor da arrematação, considerando que o "lance condicional" não tem respaldo legal e que o credor não aceitou integralmente a proposta.

Aduz o agravante, em síntese, que ofertou nos autos um lance condicionado à quitação total dos débitos condominiais, proposta não aceita pelo condomínio em relação à dívida de IPTU. Assim, requereu a devolução do dinheiro, porque inviável arrematar um imóvel em que o valor da dívida ultrapassa o valor do lance mínimo. Todavia, o juiz *a quo* determinou que o agravante ficasse com o bem e pagasse o valor.

Salienta que já apresentou lances condicionados em outras ações e o próprio *site* da gestora que organizou o leilão prevê essa possibilidade. Esclarece que não tem interesse no imóvel na forma que determinada.

Requer liminarmente que seja cancelada a homologação do lance, provendo-se ao final o recurso, com a devolução do valor pago a título de garantia da proposta e de comissão de leiloeiro.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de débitos condominiais em fase de cumprimento de sentença, na qual houve arrematação do imóvel gerador da dívida, homologado pelo juízo, desconsiderado por este a hipótese de lance condicionado à quitação, por não ter respaldo legal e as condições de preço e débitos existentes constaram do edital. O entendimento foi mantido pelo magistrado em decisão posterior. Daí o inconformismo.

O reclamo não merece ser conhecido.

O presente recurso não reúne condições de ser dado seguimento, pois insurge contra decisão sem cunho decisório.

A deliberação de fls. 44, de 27/07/2017, que analisou a petição do agravante no sentido de ser reavaliada a proposta de arrematação ou deferida a devolução dos valores, afastou a hipótese de lance condicional e determinou o depósito do saldo restante.

O agravante pediu a reconsideração.

Às fls. 48 o juízo *a quo* manteve referida decisão, nada inovando na questão invocada.

O agravante deveria ter interposto agravo de instrumento em face da decisão de fls. 44, que analisou a matéria que lhe causa lesão.

Aquela efetivamente tem caráter decisório, quando que a deliberação ora atacada foi meramente ratificadora, tanto que faz referência à decisão anterior. Note-se que no item da tempestividade recursal, o agravante faz referência à segunda deliberação.

Assim diante da decisão recorrida, há evidente falta de interesse recursal, na medida em que o ato judicial em questão não é dotado de natureza decisória, não passando de simples despacho.

O art. 1.001 do Código de Processo Civil é expresso ao determinar que: "*Dos despachos não cabe recurso*". Por sua vez, o art. 203, § 3º do mesmo diploma legal prevê o seguinte: "*São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte*".

Sobre a irrecorribilidade dos despachos sem cunho interlocutório, pede-se vênia para transcrever os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ação de cobrança, em fase de execução - decisão que manteve despacho anterior - mero despacho, sem cunho de nova decisão natureza de mera negação de reconsideração, expediente natural, contra o qual não cabe recurso - Recurso que não comporta conhecimento. (Agravo de Instrumento nº 0550901-66.2010.8.26.0000 - 27ª Câmara de Direito Privado - Rel.: Alfredo Attié - j. 26/07/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - REVISÃO CONTRATUAL. Despacho sem conteúdo decisório. Manutenção de comando anterior. Irrecorribilidade. Decisão mantida. Recurso não conhecido. (Agravo de Instrumento nº 0010551-88.2013.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator Marcondes D'Angelo, j. 20/02/2013).

Agravo de instrumento. Ação de cobrança de despesas condominiais em fase de cumprimento de sentença. Ato que determina ao exequente diligenciar perante a gestora Leilão Oficial On-Line para a realização de novo leilão eletrônico. Ausência de carga decisória. Aplicação do artigo 504 do CPC de 1973 (artigo 1.001 do Código de 2015). Despacho de mero expediente que não enseja a interposição recursal. Agravo não conhecido. (Relator(a): Ruy Coppola; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado;

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 11/08/2016; Data de registro: 11/08/2016)

Pelo exposto, não se conhece do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2212626-43.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante EBAZAR.COM.BR LTDA., é agravada SUZANA DA SILVA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.452)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e EDGARD ROSA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - Decisão que determina à agravante que forneça os dados cadastrais do anunciante que comprou o seu espaço publicitário - Vislumbra-se, na hipótese, a atuação do sítio eletrônico "Mercado Livre" como espécie de classificado virtual - Embora, nestas circunstâncias, não seja, como regra, considerado fornecedor, mas mero veículo de comunicação que transmite as informações de outrem, é seu dever manter condições mínimas para a identificação de cada um de seus anunciantes, justamente para coibir fraudes e evitar que os autores de ilícitos permaneçam no anonimato, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa "in omittendo" - Precedente do Superior Tribunal de Justiça - As demais questões postas, incluindo o cumprimento satisfatório de tal obrigação, dizem respeito ao mérito da demanda e serão analisadas oportunamente após a regular instrução probatória - Negado provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **EBAZAR.COM.BR LTDA.**, nos autos da ação indenizatória que lhe move **SUZANA DA SILVA PEREIRA**, objetivando a reforma da decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 5ª Vara Cível do Foro de Campinas, Dra. Renata Manzini, que rejeitou os embargos de declaração opostos pela agravante e manteve a determinação para que esta forneça os dados do anunciante, incluindo o número completo do cartão de crédito utilizado na transação.

Sustenta a agravante que, em seu ambiente de "classificados", limita-se a oferecer um espaço virtual para que terceiros anunciem imóveis, veículos e serviços.

Como forma de garantir a segurança de seus usuários, indica expressamente aos interessados em tais ofertas as cautelas necessárias ao realizarem negócios com os anunciantes, dentre as quais a não efetuação de depósitos antecipados sem conferir pessoalmente o produto - no caso, um veículo -, o que não fora seguido pela agravada.

Aduz não possuir o dever legal de averiguar a veracidade de todas as ofertas realizadas, o que seria inviável diante do volume de anúncios existentes.

Afirma que, à luz do art. 19 do Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/14), não possui o dever de investigar cada um dos anunciantes e nem é responsável por eventual inverdade das ofertas.

Recurso tempestivo, acompanhado de documentos, devidamente preparado.

Tramitou sem a concessão do efeito suspensivo pleiteado, porquanto ausentes os requisitos autorizadores.

Apresentada a contraminuta (fls. 398/409), os autos foram encaminhados à mesa.

É o relatório.

Segundo consta dos autos, a agravada deparou- se com a oferta do veículo GM/Corsa, de placas KGX-3797, ano 1996, pelo valor de R$ 5.000,00, anunciado pela corré **DINÂMICA OESTE VEÍCULOS LTDA.** no sítio eletrônico da agravante (Mercado Livre).

Em contato telefônico com os vendedores, foi orientada a realizar um depósito para a efetivação do negócio - primeiramente de metade do valor do bem a título de entrada, e, em um segundo momento, do restante, sob o pretexto de que a proprietária do veículo assim o exigia. Todavia, a despeito de ter pago integralmente o preço do bem, jamais o recebeu.

Diante deste quadro fático, a agravante ingressou com a presente ação

Acesso ao Sumário

visando à indenização pelos danos materiais e morais alegadamente sofridos.

Em sentença parcial de mérito (fls. 348/349 dos autos principais), reconheceu-se a ilegitimidade da corré **DINÂMICA OESTE VEÍCULOS LTDA.**, porquanto restou evidenciado que seu nome fora utilizado indevidamente por terceiros, não tendo realizado o anúncio e nem recebido nenhum valor dispendido pela agravada.

Na mesma oportunidade, ponderou-se que embora a agravante "*tenha atuado apenas como anunciante, não intermediando pagamentos, neste caso concreto, deve-se ainda ponderar eventual culpa por colocar no mercado serviço (ANÚNCIO) sem a devida segurança, já que lhe incumbiria, em tese, coletar e verificar se os dados do anunciante.*"

Seguindo este raciocínio, foi-lhe determinado que complementasse as informações que já havia fornecido sobre o anunciante, notadamente com o número completo do cartão de crédito utilizado para o pagamento do serviço de classificados.

Contra este comando insurge-se a agravante, sem que, todavia, lhe assista razão.

Na plêiade de formas de organização do comércio eletrônico, a agravante atua tanto como comerciante intermediária, aproximando compradores e vendedores para a realização de negócios utilizando a estrutura de sua plataforma, quanto como mero veículo de anúncios publicitários, como espécie de classificado virtual.

Nesta segunda hipótese, que se amolda ao caso em tela, por se abster de participar da interação que levará à formação do contrato entre o consumidor e o vendedor do produto propriamente dito, entendeu a Ilustre Magistrada *a quo* que não há como lhe imputar responsabilidade por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.

O veículo, de fato, atua como mero transmissor da informação de outrem e, como regra, não pode ser responsabilizado pelos danos causados aos consumidores pela publicidade enganosa. Neste sentido, destacam-se as lições de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

> *"Quem responde pelos danos causados ao consumidor pela publicidade enganosa ou abusiva? Só o anunciante (fornecedor) ou também a empresa de comunicação que veicula o anúncio? Há forte corrente doutrinária, liderada por Nelson Nery Junior e Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, que sustenta haver responsabilidade objetiva solidária entre o anunciante, a agência de publicidade e o veículo de comunicação ao argumento de que a responsabilização de tais sujeitos deve ser concretizada com base nas normas de defesa do consumidor. Há que se ponderar, entretanto, que a publicidade é feita em favor exclusivo do anunciante, que tem interesse de vender o produto ou serviço; o proveito*

Acesso ao Sumário

econômico direto da publicidade é do anunciante. Nem em lucro indireto da empresa emissora de comunicação é possível falar, que apenas recebe o pagamento pelos serviços prestados.

O CDC obriga (responsabiliza) o fornecedor que veicula a publicidade, consoante arts. 30 e 35. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária (inversão ope legis*) cabe a quem as patrocina (art. 38). Não tem a empresa de comunicação a obrigação, às vezes nem condições, de controlar o teor da publicidade que veicula, devendo ainda ser ressaltado que o art. 13, inc. VI, do Decreto nº 2.181/97, que regulamentou o CDC, responsabiliza o anunciante até pela incorreção publicitária atribuível exclusivamente ao veículo de comunicação.*

Essas e outras razões servem de fundamento para uma segunda corrente, que nos parece mais correta, que entende ser do anunciante, fornecedores de bens e serviços, a responsabilidade pelos eventuais danos causados aos consumidores pela publicidade enganosa ou perigosa.

Fazendo coro com essa conclusão, afirma Zelmo Denari que: 'Quanto à responsabilidade civil e administrativa, somente os fornecedores de bens ou serviços, vale dizer, os operadores econômicos que contratam as respectivas mensagens podem ser responsabilizados por eventuais danos causados ou pela imposição de contrapropaganda' (Revista de Direito do Consumidor, v. 4, p. 133).

Luiz Antônio Rizzato Nunes é categórico: 'E o veículo, tem alguma responsabilidade pela propaganda enganosa ou abusiva? Em nossa opinião, não. Como o próprio nome diz, o veículo - jornal, rádio, TV etc. - é o meio, é o intermediário entre fornecedor/agência de publicidade e o consumidor. Não tem ele obrigação de controlar o teor dos anúncios que veicula. Esta obrigação tem o Estado através de seus órgãos, bem como é direito que o consumidor e os órgãos que o defendem devem exercer. Na verdade, o veículo é o útil elemento que permite o aparecimento da propaganda enganosa ou abusiva; nada além disso' (Revista Justiça, v. 160, p. 70)." (Programa de Direito do Consumidor. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp. 141-142)

No entanto, remanesce a legitimidade passiva da recorrente, posto que é seu dever manter condições mínimas para a identificação de cada um de seus anunciantes, justamente para coibir fraudes e evitar que os autores de ilícitos permaneçam no anonimato.

Já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão no qual figura a própria agravante, que a violação deste dever pode ensejar, conforme as circunstâncias do caso, a responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo. In verbis*:

CIVIL E COMERCIAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. SITE VOLTADO

Acesso ao Sumário

PARA A INTERMEDIAÇÃO DE VENDA E COMPRA DE PRODUTOS. VIOLAÇÃO DE MARCA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO EXAURIMENTO DA MARCA. APLICABILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO. PROVEDORIA DE CONTEÚDO. PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS PRODUTOS ANUNCIADOS. DESNECESSIDADE. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REMOÇÃO IMEDIATA DO ANÚNCIO. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER.

1. O art. 132, III, da Lei nº 9.279/96 consagra o princípio do exaurimento da marca, com base no qual fica o titular da marca impossibilitado de impedir a circulação (revenda) do produto, inclusive por meios virtuais, após este haver sido regularmente introduzido no mercado nacional.

2. O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos caracteriza uma espécie do gênero provedoria de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários.

3. Não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado.

4. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

5. Ao ser comunicado da existência de oferta de produtos com violação de propriedade industrial, deve o intermediador virtual de venda e compra agir de forma enérgica, removendo o anúncio do site imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço virtual por meio do qual se possibilita o anúncio para venda dos mais variados produtos, deve o intermediador ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um dos usuários, a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. Sob a ótica da diligência média que se espera desse intermediador virtual, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp nº 1.383.354, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 27.08.2013 - destacou-se)

Todas as demais questões, tais como o cumprimento satisfatório desta

Acesso ao Sumário

obrigação, a impossibilidade de fornecer o número completo do cartão de crédito utilizado para a compra do espaço publicitário - sequer alegada em Primeiro Grau, a culpa da vítima por não ter tomado as cautelas necessárias e indicadas pela própria agravante na celebração do negócio, extrapolam o presente momento processual e deverão ser apreciadas oportunamente, após regular instrução probatória.

Assim, na ausência de motivos que justifiquem a reforma da decisão apelada, imperiosa a manutenção do entendimento adotado em Primeiro Grau.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007351-77.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante R.S. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados M.I.R.S. e G.R.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª 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 SMO 28181)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), EROS PICELI e SÁ DUARTE.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - Cumprimento de sentença - Indenização - Ato ilícito - Obrigação de pensionamento - Imóvel penhorado adquirido durante o casamento - Comunhão parcial de bens - Obrigação decorrente do ato ilícito excluída da comunhão - Não reversão em proveito do casal - Cônjuge que não é parte no cumprimento de sentença - Bem imóvel indivisível - Prosseguimento dos atos expropriatórios pela totalidade - Reserva do produto da alienação - Inteligência do artigo 843 do Novo Código de Processo Civil - Meio de conferir eficácia e celeridade ao processo - Execução que deve ser realizada no interesse do credor - Bem de família -

Acesso ao Sumário

Defesa inoponível - Crédito alimentar - Aplicação da prescrição do artigo 3º, inciso III, da Lei nº 8.009/90 - Sentença mantida. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por R.S. (fls. 100/108) contra r. sentença de fls. 89/90, integrada pelos embargos de declaração de fls. 97, proferida pelo MM. Juiz da 12ª Vara Cível da Comarca de Santos, Dr. Rogério Márcio Teixeira, que julgou improcedentes os embargos de terceiro movidos contra M.I.R.S., G.R.S., R.S.J. e L.D.A.S., pois já era casado, sob o regime da comunhão parcial de bens, com L. ao tempo da aquisição do imóvel e um dos créditos é alimentar.

O apelante esclarece que L. é executada para pagamento de indenização e obrigação de alimentos. Afirma que o imóvel penhorado é sua única propriedade e ser de residência. Nega seja a dívida em proveito da família. Defende sua meação. Transcreve precedentes. Argui a nulidade da penhora. Requer a manutenção da posse e o provimento do recurso, a fim de que seus embargos sejam julgados procedentes.

Contrarrazões às fls. 111/114.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 120/123).

Transcurso do prazo sem oposição ao julgamento virtual, conforme Resolução nº 549/2011, com as modificações que lhe foram dadas pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, bem como Comunicado da E. Vice-Presidência nº 351/2017 (este último no DJe TJSP, Administrativo, 26/10/2017, p. 1).

É o relatório.

Recebo o recurso em seus regulares efeitos.

Não há arguição de intempestividade.

O apelante é beneficiário da gratuidade da justiça, razão pela qual é dispensado de preparo.

Assim, presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Trata-se de embargos de terceiro opostos à penhora ocorrida nos autos do cumprimento de sentença movido por M.I.R.S. e G.R.S. em face de R.S.J. e L.D.A.S.

O imóvel penhorado fora adquirido em 27.11.2013 (cf. escritura de fls. 45), quando o apelante já era casado com L. sob o regime da comunhão parcial de bens.

Portanto, é a apelada L. coproprietária, pois meeira (artigo 1.660, inciso

Acesso ao Sumário

I, do Código Civil).

Destaco que o apelante não responde pelo ato ilícito praticado por L., já que não se presume tenha sido a dívida contraída em proveito da família (artigo 1.659, inciso IV, do Código Civil).

Nesse contexto, adequada a reserva de sua meação, que recairá sobre o produto da alienação do bem, exatamente como prescreve o artigo 843 do Novo Código de Processo Civil: "*tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem*".

Essa a solução para resguardar o patrimônio do apelante, sua meação.

Ora, se apenas a parte ideal do imóvel fosse levada à praça, na prática, dificilmente seria arrematada por terceiro, pois a nova copropriedade acarretaria transtornos e, futuramente, maiores gastos para a dissolução desse novo condomínio.

Então, atendendo ao princípio da celeridade processual, adequado que a alienação se faça sobre a totalidade do bem, com reserva do produto da alienação em benefício do apelante.

A providência permitida pelo artigo 843 do Novo Código de Processo Civil visa à eficácia do processo, já que a execução deve ser realizada no interesse do exequente, conforme consta do artigo 797 do Novo Código de Processo Civil.

Anote-se, ainda, que o parágrafo 2° do artigo 843 do Novo Código de Processo Civil cuida de proteção específica quanto aos requisitos mínimos para a efetivação da expropriação.

No mais, a impenhorabilidade não pode ser oposta em face de execução de crédito de natureza alimentícia, exegese do artigo 3º, inciso III, da Lei nº 8.009/90.

Então, sem reparos à r. sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e, em aplicação ao prescrito pelo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios para R$ 3.000,00, observada a gratuidade da justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231669-63.2017.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que são agravantes RENATO PEREIRA DOS SANTOS e JUNIA GONÇALVES NASCIMENTO, é agravada DANIELA APARECIDA NEVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 23.430)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Acidente de Trânsito. Indenização por danos materiais. Cumprimento de sentença. Decisão que determinou o desbloqueio de valores depositados na conta bancária da agravada. Discussão acerca da impenhorabilidade dos valores penhorados. Alegação de impenhorabilidade, nos termos do art. 833, IV, do CPC/15. Verba bloqueada referente à pensão alimentícia paga ao filho da agravada. Impenhorabilidade devidamente comprovada. Ademais, verba bloqueada pertencente a terceiro incapaz, que não é parte no feito. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto Renato Pereira Dos Santos e Junia Gonçalves Nascimento contra a r. decisão aqui por cópia a fl. 29 - fl. 89 dos originais -- que, em autos de "ação de indenização por danos materiais", em fase de cumprimento de sentença, que movem em face de Daniela Aparecida Neves da Silva, determinou o levantamento do bloqueio de quantia depositada em conta corrente da executada, porquanto o montante bloqueado se trata de pagamento de pensão alimentícia, em favor de seu filho, além de pertencer a terceiro, incapaz, que não é parte no feito.

Em suas razões recursais, sustentam que a recorrida não comprovou de forma cristalina que o montante penhorado se refere ao pagamento da pensão alimentícia de seu filho. Aduzem que não restou demonstrado que a verba é destinada ao sustento da criança.

Requerem a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, a final, o seu provimento para reforma da decisão agravada.

Com a inicial vieram os docs. de fls. 7/30.

O despacho de minha relatoria indeferiu o pedido de liminar e considerou desnecessárias as informações, bem como a intimação da agravada para

Acesso ao Sumário

apresentar resposta.

É o relatório do necessário.

O recurso não comporta provimento.

É que no caso em tela, ao contrário do que afirmam os agravantes, restou incontroverso que a ordem de bloqueio atingiu valores provenientes de pensão alimentícia do filho da executada.

Há nos autos a juntada de cópia de ofício expedido para empregadora do genitor do filho da agravada, Zara do Brasil Ltda., conforme se verifica a fl. 27. E, dos extratos acostados a fl. 28, observa-se que os depósitos realizados na conta-corrente da executada foram feitos justamente pela empresa Zara do Brasil Ltda.

Dessa forma, não há que se falar em penhorabilidade do valor bloqueado, nos termos do disposto no inciso IV do art. 833 do CPC, posto que se refere à pensão percebida pelo filho da executada, absolutamente impenhorável, de forma a garantir a subsistência de sua família.

E assim decidiu recentemente esta C. Câmara no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2015457-53.2014.8.26.0000, rel. Des. LUIS FERNANDO NISHI:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Bloqueio de valores pelo sistema BacenJud. Quantia depositada em conta corrente. Natureza salarial demonstrada. Descabimento. Inteligência do artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil e 7º, X da Constituição Federal. Verba de caráter alimentar. Impenhorabilidade absoluta. Desbloqueio devido. Agravo provido.*" (j.8.5.2014).

E, ainda, também desta Câmara e do qual participei, AI nº 0220639-41.2012.8.26.0000, Relator Des. KIOITSI CHICUTA, j. 29.12.2012.

Ademais, como bem observou o d. magistrado, "*um outro elemento afigura-se fundamental: cuida-se de valores pertencentes a terceiro (o filho da devedora), que não é parte no processo. Portanto, afora a questão da impenhorabilidade (que poderia autorizar a manutenção de bloqueio sobre montante razoável, com interpretação flexível da regra do art. 833), a liberação é decorrente da constrição sobre verbas alimentares de titularidade de incapaz que não é parte no feito*."

Assim, inconsistentes as alegações dos recorrentes, a manutenção da decisão ora rebatida é medida de rigor.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2221342-59.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCIA MARIA DE QUEIROZ, é agravada SECID – SOCIEDADE EDUCACIONAL CIDADE DE SÃO PAULO S/C LTDA. – SECID.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª 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 33.032)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 15 de janeiro de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ATIVOS FINANCEIROS BLOQUEADOS NO SISTEMA BANCÁRIO – COMANDO QUE, REJEITANDO IMPUGNAÇÃO, DECLAROU SUBSISTENTE A PENHORA INCIDENTE SOBRE CONTAS BANCÁRIAS DA RECORRENTE, SOB OS FUNDAMENTOS DE QUE NÃO COMPROVADO QUE OS VALORES CONSTRITOS PROVÊM DE VENCIMENTOS E DE QUE, MESMO QUE DEMONSTRADO TIVESSE SIDO, CONCLUIR-SE-IA PELO SEU DESPRENDIMENTO DESSA NATUREZA, POR SE TRATAR DE SOBRA MANTIDA EM CONTA CORRENTE – IMPOSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ART. 833, INCISO X, DO CPC, POIS A IMPENHORABILIDADE DEVE ALCANÇAR RESERVAS DE CAPITAL DE ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS, INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE INVESTIMENTO, DO QUE SE EXTRAI A INUTILIDADE DE QUAISQUER PERQUIRIÇÕES ACERCA DA ORIGEM VERDADEIRAMENTE SALARIAL OU DA DESTINAÇÃO DE FATO ALIMENTAR DAS QUANTIAS, BEM COMO A

Acesso ao Sumário

IRRELEVÂNCIA DE SE CONSTATAR EVENTUAL DESCARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA DE CONTA-POUPANÇA – GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de inconformidade deduzida nos autos de ação de cobrança em fase satisfativa contra r. decisão exibida a fls. 14/16, objeto de embargos de declaração rejeitados, que julgou improcedente a impugnação de fls. 25/27, sob os fundamentos de que não comprovado que os valores constritos provêm de vencimentos e de que, mesmo que demonstrado tivesse sido, concluir-se-ia pelo seu desprendimento dessa natureza, por se tratar de sobra mantida em conta corrente.

Sustenta a inconformada, em síntese, a imperiosidade de reconhecimento da impenhorabilidade dos valores contidos em ambas as contas bancárias alvo de bloqueio, em razão de sua pretensão encontrar-se amparada por lei e por haver se consolidado entendimento pretoriano que veicula a impossibilidade de constrição dos depósitos até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos.

Devidamente intimada, a agravada deixou transcorrer ***in albis*** o prazo para se manifestar (fls. 58).

É o breve Relatório.

Da leitura do instrumento verifica-se que, iniciado o cumprimento de sentença e exaurido o prazo para adimplemento voluntário, procedeu-se em 13/07/2017 ao bloqueio dos numerários constantes em duas contas bancárias da executada (fls. 21/23), que totalizam R$ 688,60.

Sobreveio impugnação ao cumprimento de sentença de fls. 25/27, na qual, aduzindo a impenhorabilidade de tais depósitos, pugnou a insurgente pela invalidação da medida constritiva sobre eles incidente, o que foi rechaçado pelo i. Magistrado ***a quo*** na r. decisão combatida.

Entretanto, respeitado entendimento divergente, reputo que o comando vergastado atenta diretamente contra a norma trazida pelo art. 833, inciso X, do Código de Processo Civil, de cuja literalidade extrai-se ser defesa a penhora de valores até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, circunstância que torna inúteis quaisquer perquirições acerca da origem verdadeiramente salarial ou da destinação de fato alimentar das quantias em questão. ***In verbis***:

"Art. 833. São impenhoráveis:

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos";

Consigno, além disso, que, muito embora o dispositivo legal se refira

expressamente à intocabilidade de numerários depositados em cadernetas de poupança, o C. Superior Tribunal de Justiça, em paradigmático acórdão, acolhendo proliferadas críticas acerca da consagração de injustificável distinção quanto aos investimentos passíveis de guarida, decidiu que a impenhorabilidade aproveita a qualquer reserva financeira existente.

Noutros termos, realizando uma interpretação extensiva da previsão contida no art. 649, inciso X, do ***códex*** anterior, reproduzida praticamente em sua integralidade na codificação que o substituiu, aquela E. Corte alargou a garantia para que também passasse a alcançar pequenas reservas de capital poupadas em outros investimentos.

Na ocasião, a ministra Isabel Gallotti pontuou que o entendimento a respeito do dispositivo deve ser o de que é impenhorável a quantia poupada de até 40 (quarenta) salários mínimos, *"seja ela mantida em papel moeda, conta corrente ou aplicada em caderneta de poupança propriamente dita, CDB, RDB ou em fundo de investimentos, desde que seja a única reserva monetária em nome do recorrente, e ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude, a ser verificado caso a caso"* (STJ. 2ª Seção. REsp 1.230.060/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, d.j.: 13/08/2014).

Portanto, não se ignorando ser discutível o privilégio conferido pela legislação instrumental à executada, o fato é que, sendo o objetivo da regra assegurar-lhe uma reserva financeira, não faria sentido que se restringisse a proteção a uma particular modalidade de aplicação financeira. Destarte, mesmo que eventualmente descaracterizada no caso concreto a natureza da caderneta de poupança, tal fator mostra-se irrelevante ao embasamento da relativização da impenhorabilidade.

O escopo do inciso X do art. 649 não é estimular a aquisição de reservas em caderneta de poupança em detrimento do pagamento de dívidas, mas proteger devedores de execuções que comprometam o mínimo necessário para a sua subsistência e de sua família, finalidade para qual não tem influência alguma que a reserva esteja acumulada em papel moeda, conta corrente, caderneta de poupança propriamente dita ou outro tipo de aplicação financeira.

Acesso ao Sumário

Ademais, verifica-se ***in casu*** que a agravante é titular de duas contas bancárias, ambas alvo de penhora. Não obstante a ressalva contida no julgado transcrito, consistente em recair a proteção sobre a única reserva monetária em nome da recorrente, avulta na hipótese em apreço a patente impossibilidade de se manter a penhora em relação a quaisquer delas.

Isto porque o entendimento ora fixado deve ser tomado como orientação geral, a ser confrontada com as especificidades efetivamente presentes caso a caso, sempre tendo em vista que a exegese do dispositivo em comento deve sopesar a subsistência digna do devedor e a satisfação do credor, pondo a

prumo o fiel da balança, de modo a coibir excessos que, de um lado, ofendam a dignidade da pessoa humana e, de outro, frustrem o pagamento do débito.

Visando o benefício à proteção do pequeno investimento, da poupança modesta, voltada à garantia do titular e sua família contra imprevistos, como desemprego ou doença, e aferindo-se na situação em análise que a executada, muito embora possua duas contas bancárias, ostenta módico patrimônio, permanecendo a soma dos valores nelas contidos muito aquém do limite de 40 (quarenta) salários mínimos, atende à ***mens legis*** o reconhecimento da impenhorabilidade de ambas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247302-17.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são agravantes SAMIR FARES e SANA JAOUDAT FARES, é agravada RITA DE CÁSSIA DA SILVA PENEDO.

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 18120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual c/c pedidos de devolução de valores e de indenização. Decisão que, em cumprimento de sentença, deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, ora executada. Insurgência. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da executada com fundamento no art. 28, *caput* e § 5º, do Código de Proteção ao Consumidor. Agravo não provido.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão

(f. 78/80) proferida na ação de rescisão contratual c/c pedidos de devolução de valores e de indenização movida por **RITA DE CÁSSIA PENEDO**, em relação a **NOVA KRISTAL MÓVEIS E DECORAÇÕES LTDA.**, que, em cumprimento de sentença, deferiu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa ré, ora executada.

Inconformados, os sócios incluídos na execução requereram a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, o afastamento da decisão agravada.

O agravo é tempestivo e foi preparado (f. 107).

Os autos foram remetidos, inicialmente, a 33ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, tendo sido remetidos a esta C. 35ª Câmara em razão de sua prevenção.

O D. Desembargador Sá Duarte, que inicialmente recebeu o agravo, lhe negou a concessão de efeito suspensivo.

Foi apresentada contraminuta à f. 113/116.

É o relatório.

No presente caso, o contrato de compra e venda de móveis celebrado entre a agravada e a empresa executada foi rescindindo, sendo esta condenada a devolver valores à autora e a lhe pagar indenização por danos morais.

Consta da decisão agravada e se verifica no sistema SAJ que foram feitas diversas tentativas de localização e penhora de bens da executada, sendo elas infrutíferas.

Houve, outrossim, a extensão da responsabilidade da executada a outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

A tentativa de alienação judicial dos bens penhorados não foi bem sucedida.

Assim, a exequente requereu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, o que foi deferido após a instauração do respectivo incidente.

O agravo não prospera.

A autora adquiriu da ré móveis para sua residência.

Aplica-se ao presente caso, portanto, o Código de Proteção ao Consumidor.

O art. 28, *caput*, desse diploma permite, entre outras hipóteses, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando ela estiver em estado de insolvência.

Seu parágrafo quinto permite a desconsideração, também, sempre que a personalidade jurídica "for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores."

Os sócios, ora agravantes, afirmam que a executada é empresa consolidada, atua mais de uma década no comércio de móveis, possui grande número de

Acesso ao Sumário

filiais na Baixada Santista e emprega mais de 30 funcionários.

Afirmaram eles, também, que não foram esgotadas as tentativas de localização de bens, dispondo a empresa de vasto estoque de mercadorias.

Todavia, como narrado acima, a exequente não tem logrado êxito em receber a quantia devida da empresa executada, o que demonstra sua insolvência e que sua personalidade jurídica constituiu obstáculo ao ressarcimento dos danos.

Aliás, se a empresa executada tem bens penhoráveis, deveria tê-los indicado à penhora, a fim de, demonstrando sua lealdade processual, contribuir com a efetividade do processo.

Em razão disso, pode ser aplicado ao presente caso o art. 28, *caput* e § 5º, do Código de Proteção ao Consumidor.

Menciono, a propósito, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - INSCRIÇÃO INDEVIDA - DANO MORAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - ART. 28, § 5°, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA RÉ. 1. É possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária - acolhida em nosso ordenamento jurídico, excepcionalmente, no Direito do Consumidor - bastando, para tanto, a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, é o suficiente para se "levantar o véu da personalidade jurídica da sociedade empresária. Precedentes do STJ: REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12/9/2011; (Resp 279.273, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, 29.3.2004; REsp 1111153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 04/02/2013; REsp 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Rel. p/acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 20/11/2000. 2. "No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária" (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1106072/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 18/09/2014).

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos

Acesso ao Sumário

materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. - Recursos especiais não conhecidos. (REsp 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230).

Nego, pois, provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2245151-78.2017.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é agravante FINAMA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., é agravado RAUL

Acesso ao Sumário

MARCELO PERERIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.868)**

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Processual. Ação de busca e apreensão. Decisão que não concedeu liminar. Pretensão à reforma. Notificação extrajudicial enviada ao endereço informado pelo devedor fiduciante quando da celebração do contrato que não foi entregue a ninguém. Devedor fiduciante ausente nas três tentativas de entrega. A comprovação da mora constitui pressuposto de constituição de desenvolvimento válido e regular do processo de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente (Súmula 72 do C. Superior Tribunal de Justiça). Não comprovada a mora, o processo deve ser extinto com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil. RECURSO DESPROVIDO E, DE OFÍCIO, EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (art. 485, VI, § 3º, do CPC).

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Finama Administradora de Consórcio Ltda. contra a decisão digitalizada a fls. 49/50 que indeferiu liminar de busca e apreensão na ação movida em face de Raul Marcelo Pereira, sob o fundamento de que o autor não comprovou a mora.

Pugna pela reforma do *decisum* aduzindo que para comprovar a mora basta o envio da notificação extrajudicial ao endereço do réu (fls. 1/9).

Sem contraminuta por se tratar de decisão proferida *inaudita altera parte* e porque, no específico procedimento desta lei, só deve ser citado (e, portanto, também intimado) depois da execução da liminar de busca e apreensão.

II - Fundamentação.

Acesso ao Sumário

O agravante ajuizou ação de busca e apreensão em face do agravado aduzindo que o réu inadimpliu contrato de financiamento de veículo automotor (fls. 11/15).

Sobreveio a decisão agravada, que deixou de deferir a liminar de busca e apreensão, ao argumento de que "*o réu não foi regularmente constituído em mora, pois a certidão informa apenas que o carteiro não foi atendido*" (fls. 49/50).

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

É indubitável que a comprovação da mora é requisito da ação de busca e apreensão, por força do que dispõe o artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, com a redação dada pela Lei n. 13.043/2014, segundo a qual "**a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário**".

Por força desse dispositivo, o C. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 72, segundo a qual "**a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente**".

Não mais exige a lei a notificação por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título.

Aliás, sobre o tema, Arnaldo Rizzardo leciona que "**o que importa é a cientificação da mora**", não havendo óbice, "**desde que induvidosamente demonstrada, se proceda por outros meios, como através de carta ou confissão por escrito, mesmo com a finalidade de aforamento da busca e apreensão**" (Contratos. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. Página 1.323).

No caso concreto, como se vê a fls. 44 é certo que a notificação extrajudicial não se prestou a comprovar a mora, porque não foi entregue a ninguém, por isso que o devedor estava ausente nas três tentativas no endereço consignado no contrato de alienação fiduciária (fls. 32/34), cumprindo ressaltar que é imprescindível que seja recebida por alguém, não necessariamente o devedor.

Acesso ao Sumário

A propósito, nesse sentido se colhem recentes precedentes deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "***RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - BUSCA E APREENSÃO - CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR - TUTELA PROVISÓRIA. Insurgência contra a respeitável decisão que deixou de concedeu liminar de busca e apreensão de veículo automotor, sob o fundamento de que o protesto de título não mais se configura***

como meio de provar a mora. Notificação extrajudicial não recebida no endereço constante do contrato porque a devedora estava ausente. Ausência de constituição em mora (Súmula 72/STJ). A intimação via protesto do título é válida, desde que o devedor seja intimado pessoalmente pelo oficial do cartório, cuja declaração é dotada de fé pública, não sendo aceita a intimação por edital quando não esgotadas todas as tentativas de entrega pessoal da notificação, como ocorreu no caso vertente. Precedentes. Decisão mantida. Recurso de agravo não provido." (Agravo de Instrumento n. 2155957-67.2017.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcondes D'Angelo, j. em 21/09/2017).

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Ausência de comprovação prévia da mora do devedor. Não se exige o recebimento da notificação pelo próprio devedor, devendo-se, no entanto, demonstrar a efetiva entrega da notificação no endereço declinado no contrato, ainda que recebida por terceiro. Não preenchimento de requisito específico da petição inicial, consistente na comprovação da mora do devedor. RECURSO DA AUTORA NÃO PROVIDO.***" (Agravo de Instrumento n. 2027556-50.2017.8.26.0000, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Berenice Marcondes César, j. em 29/08/2017).

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - LIMINAR DEFERIDA - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA, PORÉM NÃO ENTREGUE - FALTA DE COMPROVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM MORA QUE IMPÕE A EXTINÇÃO DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, IV, DO C.P.C. Agravo de Instrumento provido.***" (Agravo de Instrumento n. 2126281-74.2017.8.26.0000, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Jayme Queiroz Lopes, j. em 23/08/2017).

No mais, impende deixar assentado que não há como ser emendada a petição inicial por meio de eventual regular notificação posterior ao ajuizamento e menos ainda que fique o processo indevidamente paralisado aguardando essa providência, tanto quanto não pode o processo ficar aguardando o vencimento de obrigação objeto de ação prematuramente ajuizada (antes do vencimento). E isso sem prejuízo da ordinária incompatibilidade dessa providência com o exíguo prazo para a emenda.

Destarte, não é caso apenas de indeferimento da liminar (mesmo porque antes da execução da ordem de busca não admite a lei de regência a citação do réu) e nem de emenda da petição inicial (como poderia se dar caso o autor tivesse alegado a satisfação do pressuposto processual, olvidando-se, porém, de apresentar a prova documental respectiva, **mas já existente**).

Acesso ao Sumário

Impõe-se, sim, a extinção do processo porque não satisfeito pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular.

III - Conclusão.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso** e, **de ofício, extingue-se o processo de busca e apreensão sem resolução do mérito** (artigo 485, inciso IV, § 3º, do Código de Processo Civil).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247457-20.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante DOUPAR PARTICIPAÇÕES S/A, é agravado GINO DELLA VOLPE.

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 20368)**

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

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer. Direito de vizinhança. Infiltrações no apartamento da agravante. Tutela de urgência. Controvérsia acerca da origem do vazamento. Partes que apresentaram laudos periciais unilaterais com conclusões opostas. A antecipação da tutela é providência excepcional. Requisitos autorizadores da medida pleiteada não vislumbrados em sede de cognição sumária. Hipótese que recomenda a prévia instrução do feito, em primeiro grau de jurisdição. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a respeitável decisão de fls. 162 dos autos principais que, em ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização, entre outros, indeferiu a tutela de urgência que pretendia compelir o agravado a reparar os vazamentos e infiltrações da unidade

imobiliária da agravante.

Sustenta a parte agravante que a origem do vazamento foi constatada pelo engenheiro que visitou o imóvel do agravado. Afirma que a situação impede o uso do imóvel da agravante e aumentam os seus danos materiais. Argumenta que a tutela antecipada não é irreversível, pois poderá ser convertida em perdas e danos.

Foi indeferido o pedido liminar (fls. 184), mas em razão da apreciação de embargos de declaração determinou-se ao agravado que tolerasse o ingresso da agravante e de profissionais contratados por ela no seu imóvel, com a ressalva de que ele deveria ser avisado com antecedência de cinco dias, a partir de 02/01/2018 (fls. 189/190).

Sobreveio manifestação da agravante informando que notificou o agravado extrajudicialmente por carta, Whatsapp e e-mail (em 26/12/2017 e 04/01/2018), e que desde o dia 02/01/2018 vem tentando sem êxito contatá-lo, embora ele não atenda as ligações e não responda às correspondências eletrônicas, impedindo o início à reforma de sua unidade. Alegou que vem sofrendo prejuízos, pois está impedida de alugar o imóvel pelo valor de R$1.000,00 por dia e, com base em tais fatos, requereu a imposição de multa diária ao agravado, no valor de R$1.000,00, para que ele cumpra a obrigação imposta (fls. 192/194).

O agravado interpôs agravo interno (fls. 217/222), requerendo a reconsideração da decisão de fls. 189/190, em razão de ameaças proferidas pelo agravante contra sua família. Afirmou, ademais, que a realização de obra no local impedirá o exame da culpa pelos vazamentos.

É como relato.

Inicialmente, recebe-se o agravo interno de fls. 217/222 como contrarrazões ao agravo de instrumento, procedendo-se ao imediato julgamento do recurso.

O recurso não merece provimento.

A decisão liminar de fls. 189/190 autorizou a entrada do agravante no imóvel do agravado para a realização de obras emergenciais necessárias para estancar os vazamentos discutidos neste processo.

Contudo, em resposta ao recurso, o agravado noticiou a existência de animosidade entre as partes, havendo, inclusive, representação do agravado contra o agravante pela prática, em tese, de crime de ameaça (fls. 212/215).

Nesse contexto, permitir que o agravante possa entrar no imóvel do agravado não é aconselhável, pois poderá exacerbar o conflito entre as partes, colocando em risco a segurança dos envolvidos e seus familiares.

Ademais, o processo de origem está em fase de instrução, sendo que a realização de obras no imóvel, neste momento do processo, poderá prejudicar eventual perícia técnica que possa ser necessária. Por outro lado, o atual estágio

Acesso ao Sumário

do processo denota que não haverá demora na apuração da responsabilidade das partes pelo vazamento.

Portanto, reconsidera-se a decisão de fls. 189/190, ficando revogada a autorização anteriormente concedida ao agravante.

A agravante ajuizou esta ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais e materiais, alegando que é proprietária da unidade 152 do condomínio edifício Antibes, em Guarujá.

Relata que em meados de março de 2017, notou a existência de vazamentos e infiltrações no teto e nas paredes de seu imóvel, provenientes do apartamento superior, a unidade 161, de propriedade do agravado.

Segundo a agravante, o agravado não permitiu o acesso em sua unidade, o que impediu a análise dos problemas.

A decisão de fls. 77/78 dos autos principais concedeu a tutela de urgência para o fim exclusivo de providenciar o acesso dos prepostos da agravante ao imóvel do agravado, visando apurar as origens do vazamento objeto da lide.

Em seguida, a agravante apresentou o laudo de fls. 108/123 dos autos principais, em que foi constatada a responsabilidade do agravado pelas avarias provocadas em seu imóvel.

Em defesa, o agravado alega que o vazamento decorre de um cano de uso comum, de modo que a responsabilidade seria do condomínio, conforme laudo de fls. 137/147. Ademais, em reconvenção, requereu a condenação da agravante ao pagamento de indenização por danos morais, diante das ameaças sofridas.

A agravante, então, reiterou o pedido de tutela de urgência para compelir o agravado a reparar os vazamentos e infiltrações da unidade 152 do edifício Antibes (fls. 161 dos autos principais).

A respeitável decisão agravada indeferiu o pedido, ao fundamento de que há dúvida concreta acerca da origem do vazamento, além de ser irreversível, o que motivou a interposição deste agravo de instrumento.

As razões do recurso não são suficientes para alterar a decisão agravada.

Acesso ao Sumário

O presente agravo foi interposto contra a decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência, de modo que, neste momento, somente é possível analisar a existência ou não dos requisitos legais que autorizam a medida, sob pena de se antecipar o julgamento de mérito, que depende de observância do devido processo legal, ou seja, do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, com a produção de todas as provas que se fizerem necessárias.

Em que pese o inconformismo, não restou evidenciada relevância na fundamentação da recorrente, a evidenciar a **probabilidade do direito**, já que os documentos apresentados, nessa sede de cognição sumária, não conferem sustento à tese narrada, de que os vazamentos e infiltrações são de

responsabilidade do agravado.

As fotografias de fls. 58/72 não deixam dúvida acerca da existência dos vazamentos e das infiltrações. Contudo, neste momento do processo, não restou cabalmente demonstrado se a responsabilidade pelos fatos é do agravado ou do condomínio.

Os laudos periciais de fls. 44/57, 108/123, 137/147 dos autos principais, foram elaborados pelas respectivas partes interessadas e, portanto, não permitem uma conclusão segura acerca da origem do vazamento.

Diante dessas circunstâncias, ainda que presente o **perigo de dano irreparável ou de difícil reparação**, não há como reconhecer a probabilidade do direito invocado pela agravante nesse momento processual, sendo necessária a instrução probatória para esclarecimento dos fatos.

Nesse sentido:

*VÍCIO DE CONSTRUÇÃO - **TUTELA ANTECIPADA** - **REPAROS COM VISTAS A SANAR O VAZAMENTO E INFILTRAÇÕES NO BANHEIRO DO APARTAMENTO DA AUTORA** - ANÁLISE POSTERGADA - Impossibilidade de acolhimento momentâneo - Necessidade de formação da relação processual, possibilitando maiores elementos informativos quanto ao fato em si - Decisão parcialmente mantida - Agravo provido em parte, não para indeferir propriamente a tutela antecipada, mas sim postergar à sua análise para momento seguinte ao contraditório.* (**TJSP, Agravo de Instrumento nº 2190963-38.2017.8.26.0000, Rel. Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 01/12/2017**).

Portanto, mesmo que a medida seja reversível, não estão presentes os demais requisitos necessários para o deferimento da liminar.

O pedido subsidiário para que seja realizada perícia técnica no prazo de 24 horas, nomeando-se perito de confiança do Juízo, não foi submetido ao Magistrado de primeiro grau. Por essa razão, não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

Observe-se, contudo, que a própria decisão agravada determinou que as partes especificassem as provas que pretendem produzir, de forma que a agravante deve formular seu relevante pedido subsidiário junto ao Juízo da causa, a fim de abreviar os danos suportados por sua unidade imobiliária.

E diante da revogação da liminar de fls. 189/190, fica prejudicado o pedido de cominação de multa ao agravado para eventual descumprimento da decisão, conforme requerido pela agravante às fls. 192/194.

Diante de tais considerações, na presente fase de cognição sumária, a concessão da liminar pretendida se mostra desaconselhável, devendo ser oportunizado o contraditório e a regular instrução do feito, sem prejuízo de ser

Acesso ao Sumário

requerida novamente a medida no curso da lide.

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

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2217385-50.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, são agravados PEDRO SARAIVA e VICENTINA SEIXEIRO SARAIVA.

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, com aplicação de multa. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21237)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO - INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS CAPAZES DE ALTERAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - PRETENSÃO DE REDISCUTIR A DECISÃO QUE LHE FORA DESFAVORÁVEL - INADMISSIBILIDADE - MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA ATUALIZADO DO AJUIZAMENTO - ARTIGO 1.021, § 4°, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno contra decisão a fls. 223 que indeferiu a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Pede a reconsideração da decisão, para conceder o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, por entender que falta interesse de agir aos agravados.

Invoca a tese firmada no julgamento do IRDR nº 2121567-08.2016.8.26.0000, que trata da impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas de forma genérica.

Dispensada manifestação do agravado, nos termos do artigo 1.021, §2º, Código de Processo Civil.

É o relatório.

A decisão contra a qual se insurge o agravante dispôs:

"O agravante insurge-se contra decisão a fls. 204 do instrumento, integrada por embargos de declaração a fls. 211, que julgou procedente pedido feito na primeira fase da ação de exigir contas, condenando-o a prestar as contas requeridas à inicial, no prazo de 15 dias, condenando-o ao pagamento de honorários de advogado em 10% do valor da causa.

Pede que o agravo seja conhecido, e, em caso de entendimento diverso, que seja aplicada a fungibilidade para recebê-lo como apelação.

Entende que houve inadequação da via eleita, uma vez que a pretensão dos autores estaria alicerçada em revisão de encargos e tarifas incidentes em conta corrente.

Invoca a ausência de interesse processual da parte autora, pela impossibilidade de prestação de contas em contrato de mútuo e formulação de pedido genérico.

Diz que a pretensão dos autores é abusiva, diante da violação da boa-fé objetiva.

Pede o afastamento da condenação em honorários, pois não se trataria de sentença de mérito, mas sim de decisão interlocutória.

Pleiteia a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Indefiro o pedido de efeito suspensivo, diante da falta de plausibilidade do direito invocado.

Dispensada contraminuta.

Int."

Agora, através do presente agravo interno, o agravante questiona a higidez da decisão com o nítido intuito de rediscutir a questão e reverter o resultado que lhe fora desfavorável, limitando-se a repetir as alegações lançadas na inicial do agravo, invocando a tese jurídica fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2121567-08.2016.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

Assim, ante a ausência de qualquer elemento novo capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, não há o que reconsiderar.

E por manifesta inadmissibilidade deste recurso, condeno o recorrente a pagar multa no valor de 1% do valor da causa atualizado do ajuizamento, nos termos do artigo 1.021, §4º, do Código de Processo Civil, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito prévio do valor dessa multa, na forma do artigo 1.021, §5º do mesmo estatuto.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso e aplico multa ao agravante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1005915-32.2016.8.26.0073/50000, da Comarca de Avaré, em que é agravante LAIZE HELENA DIAS ME, é agravado SILVEIRA & DUARTE AVARE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 42.487)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), SÉRGIO RUI e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2018.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO - INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIRA PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA E CONCEDERA PRAZO DE CINCO DIAS PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO, SOB PENA DE DESERÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 1.007, CAPUT, DO CPC/2015 - POSTERIOR DESCUMPRIMENTO - DESERÇÃO - CONFIGURADA - APELAÇÃO NÃO CONHECIDA - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno da decisão do relator, que indeferira concessão da justiça gratuita e concedera à apelante o prazo de cinco dias para realizar o recolhimento simples do preparo, sob pena de deserção, nos termos do art.

1.007, **caput**, do CPC/2015.

Insiste a agravante na concessão do benefício da justiça gratuita.

Mantida a decisão, dispensada intimação do agravado por falta de prejuízo, os autos foram à Mesa.

É o Relatório.

Decidira o relator:

"Cabe ao juiz avaliar as alegações da parte de que a situação econômica não lhe permite pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou da família, podendo, diante das circunstâncias concretas e havendo fundadas razões, indeferir ou revogar o benefício da assistência judiciária, ou condicionar a concessão à comprovação do estado de hipossuficiência financeira, nos termos do art. 5º da Lei nº 1.060/50 (RMS 20.590/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 08.05.06; AgRg nos EDcl no Ag 664.435/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.07.05; REsp 442.428/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.06.03; REsp 151.943/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 29.06.98; REsp 70.709/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 23.11.98; AgRg no Ag 691.366/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 17.10.05; RMS 1.243/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 22.06.92; REsp 178.244/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 09.11.98; REsp 649.579/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29.11.04; REsp 533.990/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 29.03.04; AgRg na MC 7.324/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 25.02.04; AgRg no Ag 365.537/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 27.08.01; RMS 11.747/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 05.06.00).

Tal entendimento foi mantido no novo Código de Processo Civil (art. 99, § 2º).

À luz do exame circunstanciado dos autos não prevalece a declaração de hipossuficiência, incompatível a expressão econômica dos títulos e documentos apresentados, a denotar movimentação desgarrada da alegada pobreza, não se encaixando a apelante, empresária em nome individual, no perfil do necessitado, sem demonstração cabal de alteração superveniente de fortuna (Theotônio Negrão, CPCLPV, art. 99:1, pág. 205, Saraiva, 47ª. Ed.).

Assim, indefiro a concessão da justiça gratuita, e concedo à apelante o prazo de cinco dias para realizar o recolhimento simples do preparo, sob pena de deserção, nos termos do art. 1.007, **caput**, do CPC/2015. Observo que a apelante fica dispensada do recolhimento do porte de remessa e retorno, pois o processo originário é eletrônico, de acordo com o disposto no art. 1.007, § 3º, do CPC/2015".

Posteriormente, não recolhidas as custas do preparo, decidiu o relator:

"O relator indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita e concedeu à apelante o prazo de cinco dias para realizar o recolhimento simples das custas

Acesso ao Sumário

do preparo, sob pena de deserção, nos termos do art. 1.007, **caput**, do CPC/2015 (fls. 109/110).

A decisão ficou disponível no Diário da Justiça Eletrônico de 21.11.2017 e foi publicada no primeiro dia útil seguinte (fls. 111).

O prazo decorreu **in albis**, sem que houvesse manifestação, em cumprimento ao decidido (fls. 112).

Dessa forma, a ausência de preparo implicou em deserção, pois a recorrente, intimada, não o supriu no quinquídio, o que torna a apelação manifestamente inadmissível.

Pelo exposto, não conheço do recurso nos termos do art. 1.007, **caput**, c.c. art. 932, III, ambos do CPC/2015".

As razões apresentadas não permitem modificar os fundamentos da decisão recorrida, que está em consonância com a prova dos autos e com texto expresso de lei, motivo pelo qual deve ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013545-16.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante LUCIANE RAMOS TELES DE MORAES, é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.420)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES E EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 8 de janeiro de 2018.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - Declaração de pobreza a que alude o art. 4º, da Lei nº 1060/50, que foi devidamente apresentada - Ausência de elementos que infirmem a presunção de veracidade que prevalece até prova em contrário - Concessão dos benefícios da gratuidade de justiça à autora apelante.

DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Ação julgada improcedente - Aplicação das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) - Admissibilidade - Partes que se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º da referida lei - ATRASO NA ENTREGA DA OBRA - Alegação de descumprimento contratual por parte da ré - Ocorrência - Dúbia interpretação quanto à data de entrega do bem - Aplicação da norma inserta no art. 47, do Código de Defesa do Consumidor - Prazo de entrega fixado em março de 2012, já computado o período de tolerância - Imóvel entregue em abril de 2014 - Não entrega do bem transacionado na data estipulada contratualmente - Inadimplemento caracterizado - CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA - Validade - Não pode ser desconsiderado o prazo de cento e oitenta dias previsto no contrato como tolerância para a conclusão da obra - Prazo, ademais, usual no segmento imobiliário - INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES - Cabimento - Perda financeira, suportada indevidamente pela consumidora - Aplicação da Súmula nº 162, do STF: "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" - Devida a indenização, no percentual de 0,5% sobre o valor do contrato (R$112.061,00), a ser calculado no período compreendido entre abril de 2012 (inclusive) e abril de 2014 - DANO MORAL - Inocorrência - Verba indevida - Hipótese de mero descumprimento contratual - DESPESAS COM IPTU - Correto o ressarcimento dos valores pagos antes da entrega do

Acesso ao Sumário

bem - Encargo inerente à posse e fruição do imóvel, que somente ocorreu em 03.04.2014 - Sentença reformada, com a procedência parcial da ação e a fixação da sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 222/238) interposto por Luciane Ramos Teles de Moraes contra a *r*. sentença de fls. 175/178, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação declaratória c/c repetição de indébito e indenização por danos morais e materiais ajuizada em face da empresa MRV Engenharia e Participações S.A., nos seguintes termos: "*Ante o exposto e do mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão de Luciane Ramos Teles de Moraes contra MRV Engenharia e Participações S.A. Engenharia e Participações S.A., condenando a autora sucumbente ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária da parte contrária, que fixo em 10% do valor da causa. Oportunamente, arquivem-se com as cautelas legais. P.R.I.C.*". Opostos embargos de declaração pela autora (fls. 179/187), foi o recurso rejeitado (cf. fls. 218/219).

Primeiramente, requer a apelante a reapreciação de seu pedido de concessão dos benefícios da gratuidade de justiça.

Busca a apelante a reforma da *r.* sentença, com a procedência da ação, aduzindo, em suma, ser aplicável ao presente caso as regras insertas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), por se tratar de contrato de adesão, insistindo na declaração de nulidade da cláusula contratual referente à tolerância de cento e oitenta dias para a conclusão da obra, pois somente poderia incidir no caso de justificado motivo de força maior, o que em nenhum momento foi comprovado.

Assevera que o prazo de vinte e oito meses, contados da data da assinatura do financiamento e estipulado como segunda data para a entrega do imóvel é abusivo, além do que deixa o consumidor em grande desvantagem, diante da incerteza gerada.

Ressalta que indevidamente pagou valores referentes a taxa de IPTU e, ainda, precisou arcar com o pagamento de aluguel de imóvel para lhe servir de moradia, no período de fevereiro de 2013 a janeiro de 2014, diante da indisponibilidade do bem.

Também entende cabível o recebimento da multa contratual na mesma proporção daquela estabelecida no item 4.2b, na quarta cláusula contratual, que determina que, no caso de atraso no pagamento, as parcelas vencidas ficam sujeitas a aplicação de multa de 2% (dois por cento), acrescidas de juros de mora

Acesso ao Sumário

de 1% (um por cento) ao mês, além de indenização por danos materiais, a título de lucros cessantes, no importe de 1% sobre o valor de mercado do imóvel, e danos morais, estes em valor não inferior a R$20.000,00.

Recurso tempestivo e recebido em seus regulares efeitos (art. 1.012, *caput*, do NCPC). Às fls. 250/267, foram apresentadas contrarrazões. Oportunizada a manifestação acerca do julgamento virtual, não houve oposição (fls. 272).

É o relatório.

Necessário, em primeiro lugar, apreciar o pedido de gratuidade de justiça formulado pelo apelante também em Segundo Grau. Anoto que a solicitação veio acompanhada dos documentos de fls. 240/247, estando a necessária declaração de hipossuficiência acostada às fls. 16.

Neste ponto, registro que a Lei da Assistência Judiciária garante o benefício a todo aquele que afirmar não possuir condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento, declaração esta que goza de presunção de veracidade até prova em contrário, não exigindo a lei a condição de miserabilidade da parte requerente. Assim, ficam deferidos à apelante os benefícios da gratuidade de justiça.

Dirimida tal questão, passo à análise do mérito.

Primeiramente, cumpre anotar que com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a estrita aplicação do princípio da *pacta sunt servanda* foi mitigado. As partes se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor e a aplicação de tal legislação tem cunho protetivo. Assim, caracterizada a relação de consumo, é de se analisar as cláusulas estatutárias sob a ótica de eventual abusividade, nos termos da Lei nº 8.078/90.

As partes entabularam "Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda" em 05.12.2010, tendo por objeto uma unidade habitacional localizada no empreendimento denominado "Turquesa Ville", localizado em Campinas/SP, conforme preço e condições discriminadas no quadro resumo de fls. 17/19 e nas demais cláusulas contratuais (fls. 20/29).

Conforme se verifica pelas informações trazidas no quadro resumo, no item 5, de fls. 18, no que se refere a data prevista para a entrega da obra, constou que: "***Entrega: 09/2012*** *(setembro de 2012). *O(A) PROMITENTE COMPRADOR(A) declara ter conhecimento de que a entrega de chaves retro mencionada é estimativa e que poderá variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal.* ***Prevalecerá como data de entrega de chaves, para quaisquer fins de direito, 28 (Vinte e Oito) meses após a assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro*****"** (destaquei e grifei).

Na cláusula quinta do contrato (fls. 25), ficou avençado que: "*A*

Acesso ao Sumário

*PROMITENTE VENDEDORA se compromete a concluir as obras do imóvel objeto deste contrato **até o último dia útil do mês mencionado no item 5 do Quadro Resumo, salvo se outra for estabelecida no contrato de financiamento com a instituição financeira. Nesta hipótese, deverá prevalecer, para fins de entrega das chaves, a data estabelecida no contrato de financiamento***". Além disso, foi estabelecido que: "*Independentemente do prazo acima previsto, **a conclusão da obra poderá ser prorrogada por até 180 (cento e oitenta) dias corridos**. **Na superveniência de caso fortuito ou força maior, de acordo com o Código Civil, esta tolerância ficará prorrogada por tempo indeterminado***" (destaquei e grifei).

Em análise do quanto supramencionado, verifica-se a incerteza quanto à data da entrega do bem. Assim, diante da dúbia interpretação quanto à efetiva data para a entrega do bem imóvel à adquirente, e em observância às normas insertas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em especial o quanto disposto em seu art. 47, de se considerar válida aquela primeiramente estipulada (setembro de 2012 - conforme item 5, do quadro resumo), observada a tolerância de cento e oitenta dias, o que prorrogou a entrega para março de 2013.

Confira-se jurisprudência nesse sentido, inclusive onde é parte a aqui apelada:

> *COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. É abusiva a cláusula contratual que amplia o prazo previsto para a entrega das chaves em prejuízo do consumidor, estabelecendo que a imissão na posse somente ocorrerá **vinte meses após a assinatura do contrato de financiamento**. **Circunstância que coloca o consumidor em situação de desvantagem exagerada**, especialmente porque, no caso concreto, as vendedoras receberam a integralidade do preço de venda do agente financiador meses antes do prazo estimado para a conclusão das obras. É licita a tolerância de 180 dias. Verificada a mora na entrega do imóvel é devida a indenização por danos materiais, porquanto presumidos os prejuízos do promitente comprador. Multa moratória. Disposição que deve ser aplicada também à vendedora, por força das disposições do CDC. Danos morais não caracterizados. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 4008358-47.2013.8.26.0577 - Comarca: São José dos Campos - 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Milton Carvalho - j. 27.11.2014 - v.u.) - destaquei;
>
> *COMPRA E VENDA - Imóvel - Atraso na conclusão das obras - Merece prestígio o prazo de término oferecido quando da contratação - Variação a **partir da assinatura do financiamento que é ilegal, nula de pleno direito** - Arts. 39, XII, e 51, IV e XV, do CDC - Multa compensatória bem aplicada - Necessária simetria que decorre do indeclinável equilíbrio imposto por norma constitucional - Viabilidade em*

Acesso ao Sumário

benefício do consumidor - Encargo único - Precedentes do STJ e desta Corte - Se a indevida fruição do comprador é penalizada, a abusiva não fruição a ele imposta também deve ser - Referência da contraprestação que se ajusta para 0,5% do valor do contrato, atualizado mês a mês - Despesas com escritura e registro relegadas ao adquirente - Cabimento - Art. 490 do CC - Possível repetição dobrada do excesso - Petição inicial que não versou sobre diferenças de correção monetária - Resíduos inflacionários devidos - Sucumbência recíproca - Litigância de má-fé que não se identifica na espécie - Apelo provido em parte, desprovido o adesivo. (ApCív nº 0014507-80.2013.8.26.0625 - Comarca: Taubaté - 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Ferreira da Cruz - j. 26.11.2014 - v.u.) - destaquei;

*CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - Relação de consumo configurada - A ocorrência de caso fortuito e força maior por embargo da obra pela municipalidade não pode ser aceita, por se revelar como risco inerente ao negócio, à luz da Teoria do Risco Profissional - Atraso no financiamento provocado pela inadimplência da ré, não podendo os autores arcar com as consequências desta circunstância - **É abusiva e potestativa a cláusula do contrato na parte que estipula que a data da entrega das chaves é estimativa e que poderá variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento** - Dano moral - Inocorrência - Descumprimento de cláusula contratual - Mero dissabor - O ônus de arcar com as verbas sucumbenciais pertence à parte que deu causa ao ajuizamento da ação, devendo, por isso, ser mantida a sucumbência - Sentença parcialmente modificada - Recurso a que se dá parcial provimento.* (ApCív nº 4013938-89.2013.8.26.0114 - Comarca: Campinas - 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Luis Mário Galbetti - j. 14.11.2014) - destaquei.

Quanto à tolerância de cento e oitenta dias para a entrega do imóvel, ressalto que tal cláusula não é abusiva. Isto porque está redigida de forma clara, permitindo aos contratantes o conhecimento prévio sobre sua incidência, o que não se permite, porém, é o extravasamento deste prazo.

Confira-se:

*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Imóvel. Pretendida indenização por danos materiais. Atraso na entrega das obras por culpa da demandada bem caracterizado. Necessidade de indenização do dano material correspondente ao valor locatício mensal pelo período de atraso, **a considerar a cláusula de tolerância de 180 dias, válida e que não traduz abusividade**. Valor mensal de referência que deve ser ajustado para o parâmetro usual de 0,5% sobre o valor de mercado do imóvel. Quantia que deve incidir desde a data em que findo o prazo de tolerância estipulado no contrato até a concessão do habite-se. Dano moral bem afastado. Inaplicabilidade, todavia, da multa. Ação julgada parcialmente*

Acesso ao Sumário

procedente. Sentença reformada. Sucumbência repartida. Recurso da ré parcialmente provido, improvido o apelo do autor. (ApCiv nº 0140595-26.2012.8.26.0100 - Comarca: São Paulo - Rel. Des. Vito Guglielmi - j. 11.10.2013 - v.u. - destaquei);

*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. **Cláusula de tolerância. Validade**. Atraso injustificado na entrega das chaves. Inadimplemento da ré. Demora na regularização da documentação. Danos materiais. Despesas condominiais, IPTU, "Kit implantação". Alugueres. Termo inicial. Danos morais não configurados. Apelações parcialmente providas.* (ApCív nº 0061569-51.2013.8.26.0000 - Comarca: Sumaré - Rel. Des. Alexandre Lazzarini - j. 03.10.13 - v.u. - destaquei);

*COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. Autores que, na condição de promitentes compradores, obtiveram indenização pelo atraso na entrega das chaves. **Período de carência, de 180 dias, que não pode ser computado como prejuízo, até porque usual no segmento da incorporação imobiliária**. (...). Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 0049401-37.2001.8.26.0000 (994.01.049401-0) - Comarca: Ribeirão Preto - Rel. Des. José Joaquim dos Santos - j. 10.06.2010 - v.u. - destaquei).

Segundo informação da autora, não contestada pela ré, o imóvel somente foi entregue em 03.04.2014. Destarte, de se concluir que entre o vencimento da derradeira data aprazada (março de 2012) e aquela da efetiva entrega do bem à recorrente (abril de 2014), transcorreu o lapso temporal de vinte e cinco meses.

Portanto, cabível a fixação da indenização a título de lucros cessantes, atento à redação dada pelo **STF** para regularização da matéria, nos seguintes termos: "***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*".

Assim, determinada a indenização, o percentual mensal deverá corresponder a 0,5% (meio por cento) sobre o valor do contrato (R$112.061,00 - cf. item 3, do quadro resumo - fls. 17), corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, a ser calculado a partir do inadimplemento (abril de 2012, inclusive) e estendido até a data da entrega do bem à adquirente (abril de 2014), pouco importando se o imóvel serviria para uso próprio ou para investimento, pois o resultado fático do descumprimento contratual representa perda financeira, suportada indevidamente pela consumidora. Confira-se jurisprudência nesse sentido, onde, também, é parte a aqui apelada:

Apelação. Ação de indenização. Compromisso de compra e venda de imóvel. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da autora. Cabimento parcial. Aplicabilidade do CDC. Atraso na entrega da obra.

Acesso ao Sumário

Culpa exclusiva da vendedora. Validade do prazo de tolerância de 180 dias. Abusividade da estipulação que autoriza a entrega do imóvel após a assinatura do contrato de financiamento. Desvantagem exagerada ao consumidor. ***Lucros cessantes devidos sobre os meses de atraso, a partir do fim do prazo de tolerância até a efetiva entrega das chaves.*** *Taxa mensal de 0,5%, calculada sobre o valor atualizado do contrato. Dano moral não configurado. Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 4024310-97.2013.8.26.0114 - Comarca: Campinas - 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho - j. 14.12.2016 - v.u. - destaquei);

Compra e venda de imóvel em construção. Atraso comprovado na entrega da obra. Cláusula que vincula a data da entrega do imóvel à assinatura do contrato de financiamento, ignorando o prazo anteriormente previsto, que é abusiva. Legalidade, apenas, da cláusula que prevê prazo de tolerância de 180 dias. ***Lucros cessantes devidos, independentemente de o imóvel ser destinado ao uso próprio ou à locação. Indenização bem arbitrada****. Considerações acerca da legalidade da correção monetária das prestações, que deve seguir os ditames contratuais. Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 0018746-45.2012.8.26.0114 - Comarca: Campinas - 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Maia da Cunha - j. 13.12.2016 - v.u. - destaquei);

COMPRA E VENDA. ATRASO DE ENTREGA DE IMÓVEL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMISSÃO DE CORRETAGEM. MULTA COMINATÓRIA PARA ENTREGA DO IMÓVEL. Sentença de improcedência. 1. Inépcia da apelação. Não caracterização. Impugnação da sentença. Preenchimento dos requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil/2015. 2. Cerceamento de defesa. Não configuração. Desnecessidade de produção de prova testemunhal. Possibilidade de indeferimento pelo juízo (art. 370, CPC/2015). Prova pericial não requerida pelo autor. Preclusão. Cerceamento não caracterizado. 3. Atraso na entrega do imóvel. Mora da ré. Previsão, no quadro resumo do contrato, de entrega do imóvel em janeiro de 2011. Observação de simples estimativa e variável segundo data de assinatura do contrato de financiamento com instituição financeira. Ausência de destaque (art. 54, §4º, CDC). Abusividade. Previsão inadequadamente informada ao consumidor. Abusividade de contagem do prazo de entrega do imóvel a partir de assinatura de financiamento imobiliário. Transferência de responsabilidade a terceiro (art. 51, inciso III, CDC). Termo inicial da mora em julho de 2011, por ausência de abusividade da tolerância contratual de 180 (cento e oitenta) dias. Cláusula contratual expressa. Entendimento da Súmula 164 do TJ-SP. Alegação do autor de recebimento das chaves em janeiro de 2012. Não comprovação, pela ré (art. 373, inciso II, CPC/2015 c/c art. 6º, inciso VIII, CDC), de entrega em data anterior. Documentos unilateralmente produzidos pela ré. Não apresentação de

Acesso ao Sumário

termo de recebimento de chaves assinado pelo autor. Mora da ré entre julho de 2011 e janeiro de 2012. 4. Danos materiais. ***Danos materiais presumidos pelo simples atraso. Precedentes do STJ. Súmula 162 do TJ-SP****. Pretensão à incidência para a vendedora de penalidade prevista no contrato apenas contra o comprador. Inadmissibilidade. Analogia inaplicável. Cláusula supostamente abusiva para o consumidor implica nulidade e não reversão contra a parte contrária. Súmula 159 do TJSP.* ***Indenização de lucros cessantes. Arbitramento em 0,5% (meio por cento) do valor de mercado do imóvel na data de entrega das chaves, apurado em liquidação de sentença, por mês de mora****. Incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, da citação (art. 240, CPC/2015). 5. Devolução de assessoria imobiliária. Preliminar. Legitimidade passiva. Responsabilidade da cadeia de fornecedores (arts. 7º, único, 12 e 14, CDC). Manutenção da legitimidade da vendedora. Orientações fixadas em julgamento de recurso especial repetitivo (tema 939 - STJ). Prescrição. Prazo prescricional trienal, na forma do artigo 206, §3º, inciso IV, do Código Civil. Orientações fixadas em julgamento de recurso especial repetitivo (tema 938 STJ). Termo inicial na data do pagamento. Pagamento realizado mais de três anos antes do ajuizamento da demanda. Prescrição reconhecida. 6. Danos morais. Não cabimento. Simples inadimplemento contratual que não configura abalo psicológico e emocional para indenização moral. Precedentes. Não comprovação, pelo autor, de entrega de imóvel diverso do comprado. Ônus probatório (art. 333, inciso I, CPC). 7. Juros de obra. Cobrança pela financiadora. Pedido não formulado pelo autor, na inicial. Impossibilidade de julgamento. Inteligência dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Sentença reformada em parte, para: (i) reconhecer a mora da ré na entrega do imóvel ao autor, entre julho de 2011 e janeiro de 2012, em razão da tolerância contratual de 180 (cento e oitenta) dias; (ii) condenar a ré a indenizar os lucros cessantes do autor, no período da mora, calculados na razão de 0,5% (meio por cento) do valor de mercado do imóvel, calculado na data de entrega das chaves, por mês de mora, com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, da citação (art. 240, CPC/2015); e (iii) reconhecer a legitimidade passiva da ré quanto ao pedido de devolução da comissão de corretagem e taxas de intermediação, mas declarar a prescrição da pretensão de devolução da corretagem. Mantida improcedência de indenização por danos morais e de reparação de cobrança de juros de obra. Sucumbência recíproca (art. 86,* caput*, CPC/2015). Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 4001433-17.2013.8.26.0292 - Comarca: Jacareí - 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Carlos Alberto de Salles - j. 14.12.2016 - v.u. - destaquei);

Apelação cível. Compra e venda de bem imóvel. Parcial procedência da ação. Recursos de ambas as partes. Reconhecimento da prescrição da trienal para repetição dos valores a título de corretagem

Acesso ao Sumário

e SATI (REsp.repetitivo n. 1.551.956/SP). Mora reconhecida. Ausente hipótese excludente. Impossibilidade de se aplicar por analogia cláusula penal fixada apenas em favor do vendedor, como pleiteou a autora. ***Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes.*** *Cabível a indenização, desde o fim do prazo de tolerância de 180 dias, até a efetiva entrega dos bens. Súmula 159, 161, 162 e 164 do TJSP. Danos morais inexistentes, ausente hipótese excepcional. Prejudicado o pedido de majoração. Taxa de evolução de obra que deve ser ressarcida após a mora. Recurso da autora desprovido. Recurso da ré parcialmente provido para afastar indenização por danos morais, reconhecer a validade do prazo de tolerância e reconhecer a prescrição da cobrança da corretagem.* (ApCív nº 1006244-49.2015.8.26.0309 - Comarca: Jundiaí - 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Silvério da silva - j. 29.11.2016 - v.u. - destaquei).

Com relação aos valores pagos a título de IPTU, mister a devolução daqueles comprovadamente pagos antes da entrega do bem, corrigidos monetariamente desde os desembolsos e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, uma vez que tal encargo é inerente à posse e fruição do imóvel, que somente ocorreu em 03.04.2014.

Quanto ao pedido de aplicação reversa com relação ao pagamento de multa contratual, cumpre assinalar que conforme noticiado pelo Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos, vinculado à Presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (NURER/Privado), foi prolatada decisão pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Repetitivo nº 1.614.721/DF (tema 971), nos seguintes termos: "*A Segunda Seção, por unanimidade, acolheu a proposta de afetação ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com o REsp nº 1.631.785/DF e, por maioria, decidiu pela* ***suspensão do processamento de todos os processos pendentes****, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão e que tramitem no território nacional, nos termos sugeridos pelo Sr. Ministro Relator, para delimitação da seguinte tese controvertida: definir* ***acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda***" - destaquei.

Assim, a análise de tal matéria resta prejudicada até o julgamento definitivo do aludido recurso repetitivo, diante da suspensão supramencionada.

No que tange ao dano moral, observo que a questão tem recebido intenso debate, especialmente depois da vigência da atual Constituição Federal.

De toda sorte, caminha-se, sem maior controvérsia, para a possibilidade

Acesso ao Sumário

de seu reconhecimento e caracterização nos mesmos moldes da responsabilidade civil comum.

Em outras palavras o dano moral indenizável exige a conjugação de três fatores: dano, ilicitude e nexo causal.

No dizer de Humberto Theodoro Júnior *in* "Dano Moral", 4ª Ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 31:

> *"Mais do que qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa a criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa".*

Posta assim a questão, cumpre consignar que nenhum dos fatores acima elencados se verificou, anotando que o descumprimento contratual se insere nos limites do risco do negócio, pelo que não há que se falar em indenização por danos morais.

Portanto, pelo exposto, meu voto é pelo **provimento parcial do recurso de apelação para, reformando a sentença, julgar a ação parcialmente procedente, condenando a ré no pagamento de indenização à autora, a título de lucros cessantes, no percentual correspondente a 0,5% sobre o valor do contrato (R$112.061,00), corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, a ser calculado a partir do inadimplemento (abril de 2012, inclusive) e estendido até a data da entrega do bem à adquirente (abril de 2014), além da devolução, de forma simples, dos valores dos valores pagos a título de IPTU, corrigidos monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação. Em razão da sucumbência recíproca, condeno a autora no pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios no valor de R$1.000,00, atento à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, devendo a ré pagar 50% das custas processuais e honorários advocatícios na proporção de 10% sobre o valor da condenação.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1046936-20.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes SÍTIO FORTALEZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e SCOPEL SP - 20 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são apelados MARCONDES ZELIO MORAIS PINHEIRO e MARIA HELENA SANTANA BEZERRA PINHEIRO.

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 das rés e não conheceram o recurso adesivo dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41105)**

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

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Apelação. Recurso. Ação de rescisão contratual por inadimplemento contratual c.c. indenização por danos materiais, morais e por não fruição de imóvel com pedido de tutela de urgência. Recurso adesivo não conhecido, pois deveria ter sido interposto recurso autônomo e não de forma adesiva que não se contrapõe ao principal. Atraso na entrega. Inadimplemento das vendedoras. Cláusula de alienação fiduciária que não retira o direito dos compradores pedirem a rescisão contratual diante da culpa exclusiva das vendedoras. Restituição integral (Súmula 543 do STJ). Honorários advocatícios sucumbenciais majorados para o importe correspondente a 12% do valor da condenação. Sentença mantida. RECURSO DAS RÉS DESPROVIDO E NÃO CONHECIDO O RECURSO ADESIVO DOS AUTORES, com majoração dos honorários arbitrados em Primeiro Grau.

VOTO

Trata-se de ação de rescisão contratual por inadimplemento contratual c.c. indenização por danos materiais, morais e por não fruição de imóvel com pedido de tutela de urgência, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. da lavra do i. Magistrado Dr. Alexandre Andreta dos Santos, de relatório adotado.

Apelam as rés, alegando em síntese que no caso de alienação fiduciária é inviável o desfazimento do contrato de compra e venda, porque ele se encontra perfeito e acabado com efetivação da transferência aos autores, ora apelados do respectivo domínio do imóvel. Assim, impõe-se a observância do procedimento previsto nos artigos 26 e 27 da Lei 9.514/97, cujos dispositivos prevalecem

Acesso ao Sumário

sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Apelo adesivo dos autores, alegando que a intensidade e duração da angustia provocada pelos acontecimentos no espírito dos apelantes privados de seu patrimônio sem que tivesse responsabilidade por isso, gerou intranquilidade em seu espirito. Tal situação é geradora de estresse e provoca alteração no metabolismo humano, revelando-se a presença de dano.

Contrarrazões (fls. 363/373 e 385/394), requerendo as corrés o não conhecimento do recurso adesivo.

É o relatório.

Cuida-se de ação de rescisão contratual por inadimplemento contratual c.c. indenização por danos materiais, morais e por não fruição de imóvel com pedido de tutela de urgência, movida por Sitio Fortaleza Empreendimentos Imobiliários e Participações Ltda. e Scopel SP - 20 Empreendimentos Imobiliários Ltda., objetivando rescindir o instrumento particular de promessa de venda e compra de bem imóvel, tendo como objeto aquisição de dois lotes de empreendimento denominado Parque Nova Guarulhos, com a condenação da requerida a devolução total do montante pago à requerida, além de comissão de corretagem, pois deu causa a rescisão, condenando, ainda a indenização por danos morais.

A r. sentença de fls. 317/321, julgou procedente os pedidos, condenando a ré a restituir aos autores os valores por eles pagos, descontando a comissão de corretagem, corrigido e atualizado pela Tabela Prática do TJSP à contar do desembolso, e mais juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Embargos de declaração rejeitados (fls. 324/327 e 328/330).

O recurso não merece acolhimento.

O recurso adesivo dos requerentes não comporta conhecimento. A matéria deduzida na referida insurgência, à luz do disposto no art. 997 do NCPC, deveria ser alvo de recurso autônomo, já que o recurso principal diz respeito a matéria apenas a questão do contrato com pacto de alienação fiduciária em garantia de pagamento e de que não houve atraso na entrega da obra. Como já se decidiu: "Não cabe recurso adesivo que não seja contraposto ao do recorrente principal" (RJTESP 131/247). Nesse sentido: Apel. 0498973-76.2010.8.26.0000, de Ribeirão Preto, Terceira Câmara de Direito Privado, rel. Des. Donegá Morandini.

As partes celebraram um contrato particular de compromisso de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia em 28 de abril de 2012, para aquisição do empreendimento denominado Parque Nova Guarulhos, Jardim Nazaré I, sendo os lotes número 04 e 05 da Quadra 2.

Constou do contrato que o prazo estimado para execução das obras de infraestrutura seria de 48 (quarenta e oito) meses, de acordo com a Lei nº 6.766/79), consoante cronograma aprovado pela Prefeitura Municipal, mas

Acesso ao Sumário

alegam os autores na inicial que no *stand* de vendas o prazo que informado era de dois anos, conforme consta do sítio eletrônico (endereço eletrônico constante no texto original).

A relação jurídica estabelecida entre as partes submete-se, inegavelmente, ao sistema do Código de Defesa do Consumidor.

Dispõe esse Diploma Legal em seu artigo 30, que:

"*Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*"

O vídeo no momento está indisponível no *site*, mas conforme consta da decisão recorrida: "*Os autores copiaram à sua inicial o sítio eletrônico da requerida onde é reproduzido anuncio publicitário. Nele são entrevistados diversos interessados na aquisição de lotes. Um deles, um casal, afirma que se trata de investimento à longo prazo, considerando a promessa de que o empreendimento será entregue em até dois anos*" (fls. 317).

Portanto, todo o conteúdo da publicidade promovida pelas apelantes para divulgar o seu empreendimento imobiliário, compreendendo todos os veículos de comunicação utilizados, inclusive a distribuição de *folders*, por força do citado dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, integra o contrato firmado pelos litigantes, estando configurada a mora decorrido o prazo de 24 meses.

Sem razão, as apelantes alegarem que o contrato deve ser resolvido nas formas previstas na Lei 9.514/97, que estabelece normas específicas.

O fato de o contrato celebrado prever cláusula de alienação fiduciária em garantia não impede a resolução do contrato, porque o imóvel ainda não foi entregue.

Nesse sentido:

"*Apelação. Ação de rescisão contratual c.c. devolução de valores pagos. Contrato Particular de Compromisso e venda de imóvel com pacto de alienação fiduciária em garantia e outras avenças. Pretensão de resolução do contrato entabulado entre as partes e restituição da integralidade das prestações pagas. Sentença de procedência, para declarar a rescisão do contrato e condenar a ré à devolução integral dos valores pagos. Inconformismo da ré. Alegação de culpa exclusiva do autor e de que a restituição dos calores pagos deve ser feita com retenção de 25% dos valores pagos, a fim de obedecer a forma contratada. Descabimento. Resolução contratual que decorre exclusivamente da mora das compromitentes vendedoras, por comprovado atraso na entrega da obra. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Devolução do montante que deve ser integral de uma só vez. Recurso Desprovido, com*

Acesso ao Sumário

observação". (Apelação nº 1013929-21.2016.8.26.0100 - 9ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. José Aparício coelho Prado Neto).

"APELAÇÃO CÍVEL. Compromisso de compra venda Ação de rescisão contratual. Circunstância de o contrato estar garantido por cláusula de alienação fiduciária que não afasta o direito de o compromissário comprador buscar a rescisão contratual, notadamente quando se está diante de inadimplemento exclusivo das promitentes vendedoras. Culpa exclusiva das vendedoras. Atraso na entrega do bem que já suplantou, e muito, o prazo previsto no contrato. Possibilidade de prorrogação da entrega das obras prevista na Lei 6.766/79 que não afasta a aplicação das normas protetivas do direito do consumidor. Restituição integral que decorre do inadimplemento exclusivo das vendedoras (Súmula 543 o C. STJ). Responsabilidade pelas despesas incidentes sobre o imóvel que decorre da obrigação de as partes serem reconduzidas ao status quo anterior. Sentença de procedência mantida Recurso desprovido." (Des. José Carlos Ferreira Alves - Apelação nº 1028533-03.2016.8.26.0224).

Cumpre anotar que a rescisão em questão deve conduzir as partes ao *status quo ante*, de modo que nenhuma delas experimente enriquecimento indevido em detrimento da outra.

Nesse sentido, se mostra a Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça: "*Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer à 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*".

Idêntico o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

Súmula 1: "*O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem*".

Acesso ao Sumário

Súmula 2: "*A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição*".

Súmula 3: "*Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção*".

Correto, portanto, ordenar-se a devolução das quantias, devidamente corrigidas, a partir do desembolso, pela Tabela Prática desta Corte, e com juros de mora de 1% ao mês (artigo 406, CC c.c. artigo 161, §1º, CTN), a contar da data da citação (artigo 405, CC).

Em respeito ao artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais fixados na Primeira Instância para o importe correspondente a 12% do valor da condenação.

Ante o exposto **NEGA-SE**, provimento ao recurso das rés e **NÃO SE CONHECE** do recurso dos autores, com majoração dos horários fixados em primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012464-62.2016.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.P.E.S.P., é apelado J.B.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.581)**

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

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ALEGADA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. HIPÓTESE, CONTUDO, EM QUE ELA SE MOSTRAVA DESNECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA CAUSA. PROVA QUE SE DESTINA À FORMAÇÃO DE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO, A QUEM CABE A ANÁLISE DE SUA PERTINÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO QUE SE MOSTROU ACERTADO. NULIDADE QUE NÃO SE VERIFICA. PRELIMINAR REJEITADA.

SENTENÇA. NULIDADE. DECISÃO-SUPRESA. INOCORRÊNCIA. CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E ÚTIL. JULGAMENTO ANTECIDADO DA LIDE. DESNECESSIDADE DA PROVA PERICIAL. PERTINÊNCIA DA PROVA A

Acesso ao Sumário

SER AVERIGUADA PELO JUIZ. NULIDADE QUE NÃO SE VERIFICA. PRELIMINAR REJEITADA.

SENTENÇA. NULIDADE. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DESCABIMENTO. MENOR REPRESENTADO POR SUA GENITORA. AUSÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES. PRELIMINAR REJEITADA.

PATERNIDADE. NEGATÓRIA. PROVA. EXAME DE DNA EXTRAJUDICIAL. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE QUE RESTOU COMPROVADA. PRETENDIDA REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME, SOB O CRIVO JUDICIAL. INADMISSIBILIDADE. EXAME DE DNA QUE É DE CONFIABILIDADE. AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA, AINDA QUE INDICIÁRIA, DE FRAUDE NO EXAME OU DE FALTA DE IDONEIDADE DO LABORATÓRIO QUE O REALIZOU. PATERNIDADE AFASTADA. PROVA ADMISSÍVEL, A JUSTIFICAR A DISPENSA DA PERÍCIA, NOS TERMOS DO ARTIGO 472, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou procedente ação negatória de paternidade cumulada com retificação de assento proposta por J.B.S. em face do menor J.O.S., representado por sua genitora F.O.P.

O Juízo, considerando o exame hematológico de DNA realizado pelas partes em laboratório particular que afastou a paternidade aqui tratada, concluiu pela procedência da ação. Ressaltou que o réu se mudou de endereço e não se sabe de seu novo paradeiro, o que impossibilita a realização de novo exame no bojo dos autos. Pontuou que inexiste impedimento ao acolhimento da prova previamente produzida (fls. 93/94).

Inconformado, apela o Ministério Público (fls. 100/114). Alega que a sentença é nula, porque viola o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Argumenta que a ação negatória de paternidade trata de direito indisponível, nela não se aplicando os efeitos da revelia, conforme artigo 345, II, do Código de Processo Civil. Sustenta que a ausência de contestação indica que há conflito de interesse entre o menor e sua genitora, tornando imprescindível a

Acesso ao Sumário

nomeação de curador especial, na trilha do artigo 72, I, do Estatuto Processual Civil. Diz que, ao entender desnecessária a perícia médica sem abrir oportunidade de manifestação das partes a respeito, o magistrado violou o artigo 10, do Código Processual Civil. Assevera que o princípio constitucional da prioridade absoluta ao interesse da filiação encontra amparo no artigo 227, da Constituição da República. Argumenta que o direito à filiação possui caráter fundamental. Aduz que o requerido possui nove anos de idade, de forma que é possível que tenha construído com o pai registral vínculo de afinidade e afeto. Pontua que o reconhecimento da paternidade foi voluntário, não havendo qualquer vício de consentimento ou falsidade no registro. Menciona jurisprudência a seu favor. Conclui pela reforma.

Processado o recurso (fl. 115), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 120/129).

A Douta Procuradoria de Justiça (fls. 141/143), opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2. Cuida-se de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral em face de menor, sob a alegação de ausência de vínculo biológico entre as partes.

Julgada procedente a ação, sobreveio o presente recurso de apelo, que não está a merecer acolhida.

Não prosperam as preliminares suscitadas.

Não se há que falar na ocorrência de cerceamento de defesa. Primeiro, porque as provas são produzidas para o convencimento do Magistrado. Segundo, porque determinar a produção de prova técnica é faculdade do juiz. Isso se insere dentro de seus poderes, em decorrência da previsão do artigo 480, do Código de Processo Civil.

Não é só. Destinatário da prova é o juiz. Ele, portanto, é que deve aferir sobre sua necessidade ou não. Se entende suficiente à formação de sua convicção a prova documental produzida nos autos, pode o magistrado dispensar a produção de prova que entende inútil, prestigiando a economia e celeridade processual.

Demais disso, tratando-se o requerido de menor, está-se diante de hipótese de legitimação extraordinária, sendo, pois, escorreita a representação realizada por sua genitora.

Assim, ausente a demonstração efetiva de conflito de interesse entre o requerido e a sua representante, sem fundamento a alegação de necessidade de nomeação de curador especial, na esteira do artigo 72, I, do Estatuto Processual Civil.

Ademais, descabida a assertiva do recorrente acerca da vedação à decisão

Acesso ao Sumário

surpresa, positivada nos artigos 10 e 933, do Código de Processo Civil de 2015.

Os referidos enunciados normativos possuem por escopo o princípio do contraditório, em seu aspecto substancial, mediante o qual é necessário assegurar às partes o poder de participação e influência na condução e resultado da relação jurídico processual.

Nesse sentido, a lição de Fredie Didier Junior:

"***Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do 'poder de influência'. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional***". ("Curso de Direito Processual Civil". v. 1. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 79)

Verifica-se, pois, que a finalidade das dicções normativas é possibilitar à parte o poder de participação de forma influenciar no conteúdo da deliberação jurisdicional.

No caso em apreço, ainda que fosse possibilitada a manifestação do apelante acerca da desnecessidade da prova pericial, as normas não encontrariam sua finalidade, porquanto em nada poderia influenciar a decisão judicial, uma vez que, repita-se, compete ao magistrado a análise da pertinência da produção da prova.

De conseguinte, a obviar eventual alegação de malferimento aos artigos 10 e 933 do Código de Processo Civil, saliente-se que o contraditório pretensamente por elas acautelado é o contraditório útil, jamais aquele ocioso, de maneira que as normas aí contidas hão de ser interpretadas na perspectiva do primado constitucional da celeridade do processo. Bem por isso, saliente-se, "*é desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa*" (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM: Enunciado 3 ao novo Código de Processo Civil).

De conseguinte, é o caso de se rechaçar a alegação de nulidade de sentença por suposta violação a regra da vedação à decisão-surpresa.

A outro giro, deve-se frisar ser absolutamente desnecessária a realização de novo exame pericial para averiguação da paternidade biológica do autor em relação ao demandado.

No atual desenvolvimento da ciência genética, pretender-se seja realizada perícia judicial, quando prova técnica realizada pelo sistema do DNA já concluiu pela exclusão da paternidade do requerente (fls. 10/11), é na verdade, verdadeiro retrocesso.

Lembre-se que nenhum exame atualmente conhecido para verificação de paternidade atinge certeza. Só a prova que exclui a paternidade é absoluta, como

Acesso ao Sumário

no caso.

E não se pode olvidar que a probabilidade de ser reconhecida a paternidade com base nesse exame é elevadíssima, tornando despicienda, à falta de elementos apontando de forma contundente em sentido contrário, a realização de quaisquer outras diligências probatórias, que só retardariam a solução do feito, em prejuízo à celeridade processual.

Acerca do tema, esta Corte, aliás, em tema semelhante, já decidiu:

"***INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Cumulação com pedido de alimentos - Exame médico pericial realizado pelo sistema D.N.A - Exclusão da paternidade - Valor absoluto - Pretensão à produção de prova testemunhal - Prova que por sua natureza leiga é inidônea para infirmar a conclusão de laudo pericial elaborado por médico - Ausência de prova da alegada precariedade e imprecisão técnica da conclusão do laudo pericial - Improcedência mantida - Recurso Improvido.***" (TJSP - Ap. Cível nº 416.997-4/1-00 - Itaporanga - 3ª Câmara de Direito Privado - Rel. Antonio Maria - j. 09.05.06).

"***NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - Prova hematológica - Exame de DNA - Caráter absoluto da exclusão da paternidade - Retificação do assento de nascimento - Busca da verdade real - Recurso Improvido.***" (TJSP - Ap. Cível nº 370.914-4/0-00 - Presidente Prudente - 7ª Câmara de Direito Privado Rel. Américo Izidoro Angélico - j. 09.07.06).

"***PROVA - Perícia - Investigação de paternidade - Exames que concluíram pela exclusão absoluta da paternidade do réu - Desnecessidade da produção de prova pelo método DNA - Ação improcedente - Recurso não provido.***" (JTJ 130/52).

Mais. No caso em apreço, não se levantaram dúvidas acerca da coleta do material e da idoneidade do laboratório que realizou o exame, de maneira que o mero inconformismo genérico do apelante, desprovido de fundamentos relevantes a rechaçar o resultado negativo da prova, não enseja a repetição do exame.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - JULGAMENTO DO APELO ADIADO PARA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DO ART. 942 DO CPC - AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES - NULIDADE NÃO CONFIGURADA - PRECEDENTES DO STJ - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS COM PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - EXAME DE DNA - PROVA TÉCNICA IMPRESCINDÍVEL - PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL - DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE

Acesso ao Sumário

NOVO EXAME DE DNA - DESNECESSIDADE - LABORATÓRIO IDÔNEO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIO, ERRO, DOLO OU FRAUDE NO EXAME - MATÉRIA JÁ JULGADA POR ESTE TRIBUNAL EM SEDE DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - SENTENÇA QUE DECLARA A PATERNIDADE INVESTIGADA COM FUNDAMENTO NA RECUSA DO SUPOSTO PAI EM SE SUBMETER DE NOVO EXAME DE DNA - DECISÃO REFORMADA - REDISCUSSÃO DA MATÉRIA - INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO CONHECIDO E REJEITADO.

"Pacificou-se o entendimento na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é necessária nova publicação dos processos adiados na pauta, desde que o julgamento ocorra em tempo razoável." (EDcl no AgRg no AgRg nos EREsp 884083 / PR, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, DJe 01/08/2011).

Essencialmente por meio do laudo pericial pode-se verificar com margem de segurança a paternidade imputada, pois se trata de prova especializada por excelência e que visa suprir os conhecimentos técnicos que o julgador não possui, privilegiando-se o princípio da verdade real. Embora o magistrado não esteja adstrito à prova pericial, não se pode olvidar do relevo que a conclusão médica assume em sítio de processo investigatório.

Em ação de investigação de paternidade, sendo idôneo o laboratório responsável pelo exame de DNA, inexistentes irregularidades na coleta do material ou no exame realizado, não subsistem razões jurídicas a autorizar o deferimento da pretensão do demandante em ver renovada a prova que foi contrária aos seus interesses.

O teste de paternidade por análise de DNA só pode ser contestado caso haja prova satisfatória de que ele possui vício, erro, dolo, ou fraude em sua elaboração, circunstâncias não encontradas no presente feito.

Realizado adequadamente o exame de DNA e tendo sido excluída a paternidade do suposto pai para com o autor no laudo formado, imperiosa é a improcedência da ação com a fixação do ônus sucumbencial a favor do patrono do investigado.

Na forma do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são viáveis quando presente omissão, obscuridade ou contradição ou erro material na decisão recorrida, circunstâncias não evidenciadas no caso.

Ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento para viabilizar a abertura da via extraordinária, não podem ser acolhidos embargos

Acesso ao Sumário

quando inexistentes vícios que reclamem correção. (TJ-MT; ED 142594/2016, DES. DIRCEU DOS SANTOS, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 08/03/2017, Publicado no DJE 15/03/2017)

O exame concluiu que "*o suposto pai está excluído de ser pai biológico do filho*", ressaltando que "*os resultados do teste de DNA indicam que o número de alelos compartilhados entre as amostras é inferior ao necessário para confirmar a paternidade biológica. Essa conclusão foi inferida a partir da análise estatísticas dos resultados obtidos representados no presente exame*".

Nem se fez no laudo pericial qualquer ressalva acerca de eventual falibilidade do exame, que se afiançou ser de elevadíssima confiabilidade.

Assim, possível o acolhimento do exame de DNA extrajudicial para amparar as alegações do requerente, com a dispensa da perícia, nos termos do artigo 472, do Código de Processo Civil.

A par da cabal comprovação da ausência de vínculo de filiação genético, a refletir mesmo a verdade biológica e caracterizar a erronia do assento de nascimento, os demais elementos dos autos não são suficientes a comprovar a existência de vínculo socioafetivo entre os litigantes.

Importante se considerar, no caso, que a demanda foi proposta quando o réu contava com apenas 08 anos de idade (fl. 12).

Demais disso, o requerente alega que conviveu com o menor durante um ano apenas.

Citado, o requerido não contestou a pretensão inaugural, o que evidencia a inexistência de vínculo afetivo entre as partes a justificar a mantença da falsidade registral.

E como bem consignou o Superior Tribunal de Justiça, sequer a absoluta prevalência do melhor interesse da criança justifica a manutenção de uma paternidade fictícia, quando presente, de outra banda, a comprovação científica acerca da inexistência do laço biológico em que se escora a alegada relação afetiva. Nesse sentido:

"***Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA. E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação***

Acesso ao Sumário

e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas." (STJ - REsp 878.954/RS - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. 07.05.2007)

Em resumo, ainda que houvesse comprovação de relação socioafetiva entre as partes, a verdade real revelada pela prova produzida haveria de prevalecer. Já tive, aliás, a oportunidade de sustentar esse entendimento no julgamento da Apelação Cível nº. 315.287.4/5-00 da Comarca de Cotia, no qual ponderei:

"***Exatamente a jurisprudência recente, em homenagem à verdade real, seja do registro, seja da própria paternidade, acabou por orientar decisões no sentido de que pouco importa a ocorrência ou não do vício na manifestação de vontade; presente a exclusão biológica da paternidade, deve o registro ser desconstituído parcialmente.***"

E concluí:

"***Ainda que os menores mereçam a total proteção - o que, em tempo algum, não se nega - não deve essa mesma proteção se transformar num mal maior. Examinado, pois, sob a ótica do menor (aqui ora réu), cumpre salientar que menor não será para o resto da vida. Ademais, e ainda que não se desconheça a possível existência de laços afetivos, certamente, nessas circunstâncias (e especialmente depois da propositura da presente ação!) estarão ou comprometidos, ou deteriorados. Será mesmo que traduz proteção ao réu a manutenção da paternidade não biológica indesejada? A resposta é negativa.***"

Destarte, em resumo, de rigor a procedência da ação, com a exclusão do estado de filiação entre as partes e a consequente retificação parcial do registro de nascimento do requerido.

A sentença de procedência do pedido autoral não merece, pois, qualquer reparo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030443-37.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PETROFORTE BRASILEIRO DE PETRÓLEO LTDA. (MASSA FALIDA).

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 16.246)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO LOUREIRO (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 10 de janeiro de 2018.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Falência. Habilitação de crédito trabalhista. Extensão dos efeitos da quebra a outras empresas. Créditos resultantes da rescisão dos contratos laborais então havida devem ser trazidos à mesma data da falência originária, sujeitando-se aos acréscimos nas mesmas condições dos demais credores, que, igualmente tratados, concorrem, todos, a um único patrimônio arrecadado. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 40/42) que julgou improcedente pedido de impugnação de crédito, nos autos da falência da Petroforte Brasileiro Petróleo Ltda., mantendo, assim, o valor e a classificação do crédito apontado na relação de credores atualizada. Condenou-se o autor, ainda, ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00, observada a gratuidade concedida.

Sustenta o Ministério Público, em sua irresignação, a impossibilidade, sob pena de enriquecimento ilícito, de se considerar a data da decretação da falência da Petroforte como sendo a mesma data da quebra da AGREST - Agrícola Rio Turvo Ltda., que apenas foi atingida por meio da extensão dos efeitos daquela falência. Aduz, no mais, que uma massa não pode ser responsável pelo pagamento do débito da outra massa falida. Defende, assim, que o valor a ser incluído no quadro geral de credores, nos termos do art. 26 do DL 7.661/45, deve ser livre de juros após a data da quebra e que a correção monetária deve ser analisada na época do pagamento.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 66/82).

A Procuradoria de Justiça foi pelo desprovimento (fls. 115/116).

É o relatório.

Em primeiro lugar, certo que, "*transitada em julgado a decisão proferida na Justiça especializada que deu origem ao crédito habilitado, não é mais possível alterá-la*" (**REsp 705197/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 20/04/2006, DJ 07/08/2006, p. 220**).

Acesso ao Sumário

Mas algo diverso é ajustar o valor apurado na Justiça Trabalhista, respeitada sua composição, à data da quebra, para o fim de atender ao princípio básico da igualdade dos credores, e mesmo conforme exigência da lei falimentar, por exemplo a respeito dos juros, como está no artigo 26 do Dec.lei 7.665, que rege a espécie.

De resto, o caso em tela envolve desate que não é simples, porque se tem extensão dos efeitos da quebra a outras empresas, com a qual o empregado - discutindo-se crédito trabalhista - mantinha relação laboral que se extinguiu após a decretação da quebra da empresa originariamente falida. A extensão e, por força dela, a extinção do vínculo laboral ocorreu apenas anos depois, razão de se pretender a habilitação pelo valor então apurado.

E, com efeito, deve-se reconhecer, não faltam razões a amparar este pleito. De maneira expressa, por exemplo, sustenta Manoel Justino Bezerra Filho que, "*com os conglomerados empresariais cada vez mais comuns, torna-se também comum a extensão dos efeitos da falência a outras sociedades empresariais componentes do mesmo grupo. Nestes casos, os juros e a correção devem ser contados até a decisão em que houve tal extensão, não havendo razão para se pretender limitar tais acréscimos ao dia da falência da 'empresa mãe'. A massa falida das empresas que foram incluídas passa a existir apenas após a extensão, daí ser a data limite." (**Lei de Recuperação de Empresas e Falência comentada.* RT. 11ª ed., p. 101-102*)*.

Certo já se haver argumentado com alegada unicidade do ato declaratório da extensão e com seu efeito retroativo à data da quebra original, objeto inclusive de decisão desta Corte, no sentido da orientação adotada, assim de tornar a 2003 o crédito posteriormente constituído, apenas que de natureza tributária (**TJSP, Ap. civ. n. 0004516-47.2013.8.26.0539, rel. Des. Coimbra Schmidt, j. 17.12.2016**). Mas convém igualmente não deslembrar que os termos legais de falência não são necessariamente unos, o que, desde o artigo 5º da do Dec. lei 7.665, já se admitia para caso de sócios de responsabilidade ilimitada que comerciassem. Na lição clássica de Trajano de Miranda Valverde, "*na falência das sociedades, com sócios de responsabilidade ilimitada, a fixação do termo legal vale tanto para a sociedade quanto para esses sócios. Se eles, porém, exerciam também individualmente o comércio, o termo legal, conforme as circunstâncias, pode ir além, mas nunca ficar aquém da data fixada para o termo legal da falência da sociedade." (**Comentários à Lei de Falências.* Forense. 1.948. v. I. p. 130. n. 117*)*.

Todavia, igualmente ressalvava o autor o caso, justamente, de desconto ou de abatimento de benefícios ou interesses advindos do termo que, com a falência, se antecipava. E isto porque, na sua advertência, "*a eliminação do benefício do termo, de que gozava o devedor, provocaria um tratamento desigual entre os credores, se não acudisse a lei com o necessário corretivo.*" (***Op. cit.*, p.**

Acesso ao Sumário

174). Daí a regra do artigo 25 da lei anterior.

De outro lado, cabe o acréscimo de que termos legais desiguais, como antes se referiu para o caso, exemplificativo, de sócios de responsabilidade ilimitada, têm em vista os patrimônios distintos, da sociedade e dos sócios (cf. **João Pedro Scalzilli *et al*, Recuperação de empresas e falência. Almedina, 2016. p. 698**, remetendo à lição de **Sérgio Campinho**).

Pois aí os dois dados relevantes a mencionar, indissociavelmente interligados. A decisão recorrida tendeu a equiparar os credores, trazendo seus créditos para a mesma data a fim de concorrerem, igualmente, ao um só patrimônio, unificado com a extensão. Se de um lado eram créditos formados em momento distintos, de outro tendem a ser satisfeitos com bens arrecadados em uma só massa. Por isso a homogeneização. Credores posteriores, posto que com créditos formados anos depois, concorrem com patrimônio desde antes arrecadado, tanto quanto credores anteriores se beneficiam de bens acrescidos à massa. E, se lhes acode, a todos, um mesmo patrimônio, razoável assumir que concorram em igualdade de condições, isto é, todos os créditos trazidos para uma só data. E a da falência originária, depois dela não vencendo juros, senão havendo sobra, na forma do artigo 26.

A rigor, formado grupo e, diante do desvio de finalidade e de confusão patrimonial, a extensão decretada ganha relevo enquanto medida de efetiva arrecadação de um único patrimônio que se forma e que serve à satisfação de todos os credores, assim de todas as empresas (**Sérgio e Osmar Correa Lima. A extensão dos efeitos da quebra. *In*: *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial.* Coord.: Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha de Lima e Marcelo Guedes Nunes. Saraiva. p. 667**). Consideram-se as pessoas jurídicas como uma só (**STJ, Resp. n. 63.652-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 13.06.2000**), pelo que do mesmo modo devem ser tratados todos os seus credores.

E, no caso, foi exatamente o que se deu já quando a extensão se decretou, conforme acentuado em precedente anterior, desta relatoria, examinando todas as decisões precedentemente proferidas a respeito (**AIs ns. 2108172-80.2015.8.26.0000 e 2100835-16.2015.8.26.00000**). A precisa determinação inclusive da Corte Superior, como então se assentou, foi, diante da fraude constatada, de desvio de patrimônio, mediante utilização de formas societárias complexas, para alcance do "*patrimônio de todos os envolvidos.*" (**STJ, Resp. n. 1.259.018, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2011**).

Por isso a providência de calcular todos os créditos, vencidos antes ou depois da quebra, ou mesmo depois constituídos, para um mesmo valor real à data da quebra da Petroforte, mediante sua deflação. Não se altera o valor real de sua expressão para uma mesma data, igualando os credores que, nesta

Acesso ao Sumário

mesma condição, concorrem a um mesmo único patrimônio arrecadado. Todos se beneficiam, identicamente, conforme suas classes, da mesma massa, com iguais acréscimos contados juros e correção, havendo sobra incidentes a partir da mesma data. Se créditos depois constituídos sofrem deflação e afastamento de juros que não incidem para nenhum credor depois da quebra, desde que a ela sujeitos, receberão juros e correção desde data anterior à constituição, só que, e aí a diferença, mediante as mesmas vicissitudes afetas a todos os demais credores. Ou seja, não há enriquecimento indevido da massa e, ao mesmo tempo, submetem-se todos os credores à mesma condição de suficiência de recursos, como esta Câmara já decidiu, para incidência de juros e a correção (**TJSP, Ap. civ. n. 9000363-88.2001.8.26.0100, rel. Des. Elliot Akel, j. 19.02.2013**).

Finalmente, observe-se que mais não fosse e, a bem dizer, toda esta matéria já havia sido apreciada nos autos da falência e determinado a própria elaboração do quadro geral. Como constou de fls. 197.090-197.093, o MM. Juízo, em julho de 2015, a requerimento de advogado que representava cerca de mil e quinhentos credores trabalhistas, decorrentes da rescisão de idênticos contratos mantidos com a Agrícola Rio Turvo, decidiu que, "*embora os créditos sequer existissem à época, como sustenta o patrono, os cálculos devem efetivamente retroagir à quebra. Isso porque, para garantir-se a pars conditio creditorum, deve-se possuir data única, em que todos os créditos possam ser mensurados nas mesmas condições. Nesses termos, ainda que o cálculo trabalhista seja proferido em data futura, sua correção* (e que não determina acréscimo ou decréscimo a seu valor real, acrescenta-se, por se cuidar de fato neutro, por excelência) *deve ser aplicada a ponto de retroagi-lo à data da falência.*"

Daí impor-se manter esta orientação, há muito fixada e, repita-se, que determinou a própria organização do quadro geral de credores.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002882-80.2014.8.26.0533, da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, em que é apelante JOELDISON DO CARMO FERREIRA, são apelados RUBENS FORNASARI JUNIOR, BRASIL EMISSORAS ALIADAS SOCIEDADE LTDA. e JAIRO CAMARGO NEVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos agravos de instrumento e à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.585)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), ROSANGELA TELLES E HERTHA HELENA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 10 de janeiro de 2018.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, Relator

EMENTA: DESERÇÃO - Não ocorrência - Preparo efetuado na data da interposição da apelação, ainda que juntado posteriormente - Agravos retidos conhecidos, mas desprovidos.

RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Não caracterização - Programa jornalístico de rádio - Inexistência de dano moral pela matéria em si, quanto às críticas relacionadas ao mau atendimento atribuídas à Administração Pública - Direito de Crítica da Imprensa - Prerrogativa político-jurídica de índole constitucional, e, havendo o interesse coletivo, ainda que irrogada de forma mordaz e incisiva, não caracteriza o "animus injuriandi vel diffamandi", excluindo a intenção de ofender - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de reparação de dano moral, alegando o autor que na qualidade de Chefe do Setor de Manutenção de Água e Esgoto do DAE se viu obrigado a fazer um conserto provisório (gambiarra) para tentar restabelecer o fornecimento de água na cidade, todavia foi realizado precariamente com emprego de poucos recursos disponíveis, uma vez que a Autarquia Municipal se encontrava sucateada, o que acabou gerando sucessivos rompimentos e falta de fornecimento de água para setenta mil moradores por alguns dias, ocorrendo que no dia 28/10/2012, o primeiro requerido (Rubens) participou do programa de rádio "Nave Espacial" veiculado na Rádio Brasil AM, segunda ré, e juntamente com o terceiro réu, lançou expressões injuriosas e caluniosas contra sua pessoa, difamando-o e gerando repercussão em toda a cidade, requerendo a compensação do dano moral causado, no valor estimado de R$ 30.000,00.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou extinto o processo sem resolução do mérito em relação ao requerido Rubens Fornasari Junior, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73 (ilegitimidade de parte) e improcedente a ação em relação aos corréus Jairo Camargo Neves e Brasil Emissoras Aliadas Sociedade Ltda., condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 6.000,00, a serem repartidos de forma

Acesso ao Sumário

equânime entre os vencedores, nos termos do art. 23 do CPC/73 (fls. 142/145).

O requerente apelou afirmando que sofreu linchamento moral por conta de disputa política, pretendendo ser indenizado pela patente humilhação, sendo que o primeiro e o terceiro requeridos o difamaram e injuriaram publicamente, pouco se importando com os danos causados à imagem ou riscos à sua integridade física, uma vez que a população estava revoltada com a falta de água, sendo as acusações feitas no programa de rádio repetidas pelo primeiro apelado nas ruas da cidade, fazendo que fosse hostilizado por conhecidos, chegando os jornais da cidade a sugerir que o requerente teria praticado sabotagem, requerendo a reforma para que seja julgada procedente a ação (fls. 151/165).

Foram apresentadas contrarrazões pelos requeridos, requerendo-se a apreciação dos agravos retidos, arguindo-se preliminarmente a deserção do recurso, pela ausência de comprovação do recolhimento das custas de preparo quando da interposição, não cabendo a concessão de prazo para tal, como feito pelo Magistrado, pretendendo, ainda, a manutenção da sentença (fls. 192/198, 199/205 e 221/228).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual (fls. 234).

É o Relatório.

A data da decisão é que estabelece a legislação processual a ser aplicada ao recurso, no caso o CPC/1973, por ter sido prolatada a sentença em 10/06/2015 (fls. 145).

É regra de direito intertemporal, em observância ao ato jurídico processual perfeito, como deflui da interpretação do art. 14 do CPC/2015.

Como acentuam Marinoni-Arenhart-Mitidiero[1]: "a lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão".

No tocante aos agravos retidos, ainda que devam ser conhecidos, posto que tempestivos, devem ser improvidos, por não haver deserção, uma vez que o preparo foi efetuado tempestivamente juntamente com a interposição da apelação que não acompanhou, apenas sendo anexado posteriormente.

Acesso ao Sumário

No mais, na liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º CF), satisfaz-se o direito coletivo de informação (art. 5º, XIV, CF). A imprensa livre e independente é imprescindível à sustentação do regime democrático. A transmissão de informações, a difusão de ideias, o amplo debate sobre as questões públicas, possibilita que as pessoas, destinatárias da informação, desenvolvam juízo crítico e formem livremente sua opinião.

No julgamento da Reclamação n. 15243/RJ, o Min. Celso de Mello, rememorou a adoção pela Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão, realizada em 11/03/1994, da Declaração de Chapultepec, carta de

1 MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni e al. 1ª ed. São Paulo: RT, 2015, p.113.

princípios que consolidou que "uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade" e que "não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação"[2].

Extrai-se dessa Carta de Princípios que: "I - Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo. II - Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos. V - A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa. VI - Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam. IX - A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga. X - Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público."

A plena liberdade de informação jornalística é impediente de qualquer espécie de censura prévia, porém, como ficou assentado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130: "o pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna", e não obstante os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa serem "bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos", prevalecendo, num primeiro momento, as relações de imprensa sobre as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra, "como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado", não se afasta, a posteriori, o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020).

Acerca do direito de crítica destaca o Ministro CELSO DE MELLO que: "a liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de

2 (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em 1º/04/2013.

Acesso ao Sumário

opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender" (AI 690841 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011 EMENT VOL-02560-03 PP-00295).

No caso em questão, cuida-se de programa jornalístico por radiodifusão em que se retratava a grave situação do sucessivo rompimento da adutora de água da cidade de Santa Bárbara D'Oeste, atingindo cerca de setenta mil consumidores, sendo o autor o encarregado de manutenção do DAE, Autarquia Municipal que realizou o reparo, que segundo o próprio requerente, diante das dificuldades financeiras à época, consistiram em "gambiarra", termo que se relaciona a serviço "precário", "feio", "tosco", "mal acabado", no sentido de improvisação, tendo os interlocutores feito críticas ao serviço prestado, sendo a seguinte a transcrição:

> "é Joeldison, foi pra ele que o senhor ligou antes e ele não atendeu... ele é concursado se não tô desinformado, mas ele é concursado como operador de rádio... ele fez um desses cursos de engenharia por aí e, agora ele está ocupando o cargo de engenheiro, mas eu gostaria que tivesse o que o comprometimento com a população.
>
> Se fosse eu o Diretor do DAE eu ia até jogar sujo, pra botar esses caras na rua, porque se você quer botar um funcionário na rua você consegue. Basta ser tão ordinário e ardiloso que nem eles. Arruma uma briga, pega um cara bota ele pra brigar com aquele malandro, já mete-lhe uma punição de tantos dias, mais 15 dias, em um mês eu mando um vagabundo pra fora..."

Quanto à primeira parte transcrita, tal afirmação teria sido dita pelo primeiro requerido, cuja ilegitimidade passiva foi reconhecida na sentença, pois teria participado do programa de rádio na qualidade de servidor representante

Acesso ao Sumário

da Autarquia Municipal de Água e Esgoto, ou seja, desempenhando a função de assessor de imprensa, e, desse modo, se algum excesso houve decorreu da própria função, e eventuais danos devem ser imputados à Autarquia, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, não tendo se insurgido expressamente o apelante contra a extinção do feito em relação a este réu.

Os comentários feitos pelo apresentador não se referem ao comportamento do autor especificamente, mas refletem o descontentamento generalizado da população em relação a falta de estrutura do DAE, que não conseguiu lidar de maneira satisfatória com o problema do conserto da adutora rompida, não se podendo concluir, do diálogo descrito, que houve imputação de sabotagem ao apelante.

O direito de crítica da imprensa é prerrogativa político-jurídica de índole constitucional, e, havendo o interesse coletivo, ainda que irrogada de forma mordaz e incisiva, não caracteriza o "animus injuriandi vel diffamandi", excluindo a intenção de ofender.

Deve, assim, ser mantida a r. sentença por seus judiciosos fundamentos.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos de instrumento e à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009754-06.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado HOSPITAL E PRONTO SOCORRO COMUNITÁRIO VILA IOLANDA S/C LTDA., é apelado/apelante BRUNO ALEXANDRE DALLACQUA e Apelado PORTO SEGURO - SEGURO SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.762)**

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, 11 de janeiro de 2018.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Acesso ao Sumário

- Procedência parcial corretamente decretada - Autora que busca receber indenização atribuindo aos réus, mau procedimento médico, pois não recebeu o necessário tratamento cirúrgico em tempo hábil, para implante de seu dedo cortado em uma máquina, durante seu expediente de trabalho - Perícia realizada - Laudo encartado ao processo - Culpa verificada - Nexo causal estabelecido - Obrigação reparatória - Danos morais - Cabimento, diante do resultado insatisfatório do procedimento realizado pelo réu e a evidente frustração da requerente com o insucesso do tratamento - Inegável o sofrimento, em virtude das sequelas sofridas e o caráter irreversível - Fixação no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) que não se afigura excessiva - Precedentes - Sentença confirmada - Recursos improvidos.

VOTO

Cuidam-se de Apelações interpostas contra r. sentença (fls. 445/449) proferida pela Meritíssima Juíza de Direito, Doutora *Andrea de Abreu e Braga*, em autos de ação de Indenização por Danos Materiais e Morais que, decidindo pelo mérito os pedidos formulados na petição inicial, acabou por decretar a parcial procedência dos pedidos em face do corréu Hospital para condená-lo a pagar ao autor a quantia de 50.000,00 (cinquenta mil reais), monetariamente corrigida desde a publicação da presente sentença, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, incidindo-se juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, bem como, para julgar improcedentes os pedidos em relação à PORTO, nos termos do artigo 487, I, do CPC. Em virtude da sucumbência, o autor arcará com honorários advocatícios em favor da PORTO, no valor de 10% do valor da causa. suspendo a exigibilidade desta obrigação, por ser a parte beneficiária da Justiça Gratuita. Considerando o réu HOSPITAL, tendo o autor decaído minimamente de sua pretensão, este requerido arcará com a totalidade das custas e com honorários advocatícios, que arbitro em 15% da condenação.

Inconformado apelou o corréu HOSPITAL E PRONTO SOCORRO COMUNITÁRIO VILA IOLANDA LTDA. (fls. 452/461). Argumenta que o evento ocorrido com a apelada não possui vinculação com a atuação profissional, mas com relação/nexo de causalidade com a gravidade da fratura sofrida ou com a pele necrosada, como consequência do acidente, situação esta que segundo alega não aponta, em absoluto, para qualquer conduta imperita do médico que realizou o procedimento. Assim, não se pode concluir pela responsabilidade da

Acesso ao Sumário

requerida por conta do resultado inesperado que não decorreu de ato imperito, mas de circunstância outras não atribuíveis à conduta profissional.

Por fim, pugna pelo provimento recursal, batendo-se pela improcedência dos pedidos.

De igual modo, apelou o autor (fls. 464/466). Sustenta em breve síntese, que houve um equívoco em não responsabilizar o convênio médico, ora segunda apelada no dano sofrido pelo apelante.

Prossegue dizendo que ao oferecer o serviço plano saúde médico hospitalar com o objetivo de auferir lucros, portanto, sujeita-se a sociedade Apelada Porto Seguro à responsabilidade pelos danos possivelmente decorrentes da atividade.

Pugna pelo provimento do recurso, batendo-se pela procedência integral dos pedidos para condenar os réus solidariamente em relação a verba indenizatória.

Contrarrazões apresentadas às fls. 469/495.

É o relatório.

Inicialmente, recebo os recursos de apelações no duplo efeito, à luz do disposto no artigo 1.012, *caput*, do Novo CPC, passando ao seu julgamento, em atenção ao inciso II do artigo 1.011 do mesmo diploma legal.

Passo à análise do mérito.

A r. sentença guerreada avaliou corretamente o conjunto probatório. Fê-lo inicialmente observando que, segundo a narrativa dos fatos deduzidos na petição inicial, que teve seu dedo parcialmente cortado, no exercício de sua profissão. Afirma que foi encaminhado à primeira ré, onde recebeu os primeiros socorros e permaneceu aguardando a liberação da sala de cirurgia para realização do implante. Entretanto, em face da demora, tomou conhecimento de que seria necessária a autorização do convênio médico. Alega que a autorização foi emitida com erro e que foi necessária a emissão de nova senha. Afirma que passou por dores e nervosismo durante a espera e que, a mesmo após a liberação do convênio, ainda teve de aguardar a realização de exames. Realizada a cirurgia, não foi obtido o resultado esperado, ocasião em que o médico informou ao autor que deveria ser realizado novo procedimento. Diz que não recebeu seu prontuário, que foi supostamente roubado. Afirma que sofreu danos morais e estéticos. Pede a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos no valor equivalente a 1000 (mil) salários mínimos

Citados, os réus ofertaram defesa negando os fatos na forma como narrada. Sustentam que não agiram com culpa e se não houve falha médica não há que se falar em indenização.

Decidindo pelo mérito a pretensão inicial, a r. sentença decretou a procedência em parte dos pedidos, o que em sede de recurso de apelação, deve

Acesso ao Sumário

prevalecer.

De rigor anotar que a ação foi ajuizada em face do Centro Hospitalar aonde transcorreu os fatos narrados na inicial, bem como do plano de saúde conveniado do autor.

A responsabilidade é, portanto, objetiva (ou seja, independe da demonstração da culpa, mas apenas do dano), conforme preleciona o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse passo, o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu ou então, que a culpa foi do consumidor ou de terceiro (artigo 14, § 3º). De tal isenção o Centro Hospitalar não se desincumbiu.

Com efeito, a invocação da responsabilidade objetiva não dispensa seja provada a culpa dos prepostos (profissionais que assistiram o autor) na prática do ato danoso. Vale dizer, o Hospital só responde objetivamente se primeiramente restar comprovada a culpa de seus prepostos, o que nos autos se verificou.

Nesse sentido, julgado do Agravo de Instrumento n. 287.281-4/0-00, da 4ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, que teve como Relator o Desembargador OLAVO SILVEIRA, que, citando ensinamentos do Professor CARLOS ROBERTO GONÇALVES (*in* Responsabilidade Civil, 8ª edição, Editora Saraiva, 2003, pág. 372), assim consignou:

"**Não vale a invocação da responsabilidade objetiva, Súmula 341, do STF, porque tal alegação 'não dispensa que se prove a culpa do servidor, na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros (TJSP.AI 179.184-1 5ª Câm. Civ.), pois é preciso provar a culpa deste, para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.**'"

Dito isto, ao contrário do que sustenta, o conjunto probatório que instruiu o processo evidencia, estreme de dúvida, que o tratamento dispensado ao autor não foi o adequado.

Acesso ao Sumário

A pretensão indenizatória está baseada em alegado mau procedimento praticado pelo preposto da ré. Portanto cabia a mesma demonstrar a regularidade da atuação, segundo as regras da ciência médica, o que aqui restou desatendida.

Para dirimir a controvérsia, foi realizada prova pericial médica (fls. 429/432), cujo laudo concluiu que "*Após revisão dos documentos remetidos ao IMESC identifica-se clara divergência entre dados presentes em prontuário médico. Inicialmente Fls. 146 consta presente que o periciado deu entrada na sala cirúrgica 03 às 13h00min com término às 19h00min. Destaca-se que não há identificação do profissional que preencheu tais dados remetidos para análise. Posteriormente à emissão do laudo pericial fora encaminhado*

*ao IMESC a ficha de anestesia (fls. 421). Neste documentos identificado pelo Dr. Jasson Coelho Pinto CRM 110.855, consta descrito que o procedimento anestésico iniciou-se **às 18h00min e o término às 19h00min** em 12/03/2014, logo o procedimento operatório deu-se neste intervalo de tempo e não como exposto na fls. 146. Sendo assim, evidencia-se que o periciado foi atendido no Hospital Central de Guainazes no dia 12/03/2014 às **12h35min** e somente teve o procedimento cirúrgico iniciado após as **18h00min** como consta na ficha anestésica. Reitero como já descrito no laudo pericial emitido em 30/08/2016 que o sucesso do tratamento depende do tempo transcorrido entre o tempo do trauma e o reimplante estimado em no **máximo 06 horas.***"

Com efeito, do ponto de vista médico legal pode-se afirmar que existe nexo causal entre os fatos narrados na inicial e o achado clínico pericial.

Não há dúvida a respeito da culpa do réu pelo evento. A prova técnica mostrou-se hábil para afastar a tese defensiva.

Vale aqui transcrever trecho da r. sentença recorrida que, de forma percuciente, tratou a controvérsia:

> "*O perito faz constar em seu laudo que o sucesso do tratamento depende do tempo transcorrido entre o trauma e o reimplante, que deve ser de no máximo 06 horas.*
>
> *Entretanto, analisando os documentos referentes à anestesia, restou evidenciado que o procedimento operatório ocorreu entre 18:00 e 19:00 horas, ao passo que o autor chegou ao hospital às 12:35 r deu entrada a sala cirúrgica às 13:00 horas.*
>
> *Portanto, evidente que o atendimento prestado pelo HOSPITAL foi deficiente, já que, sabendo que o procedimento cirúrgico deveria ser realizado em 06 horas, não atendeu esse prazo, aguardando tempo indevido para o início do procedimento.*
>
> *Em razão disso, a cirurgia não foi bem sucedida.*
>
> *Diante disso, evidente a responsabilidade do HOSPITAL pelo resultado suportado.*"

Avaliando as conclusões da perícia médica, bem como demais documentos acostados aos autos, a r. sentença recorrida bem andou, firmando o convencimento de que a cirurgia deveria ter sido realizada no prazo de 06 horas, o que não ocorreu.

Na outra ponta, em relação ao plano de saúde, não há evidências de que a demora tenha decorrido de ausência de autorização. Assim, apenas foi identificada a responsabilidade do HOSPITAL, o que determinou a improcedência em relação ao plano de saúde.

Dito isso, caracterizou-se, portanto, o prejuízo moral, como bem define CLAYTON REIS:

"É no plano físico da pessoa que se concentra uma imensa e significativa

Acesso ao Sumário

quantidade de danos morais ofensas à integridade física das mais diversas qualidades, tais como lesões, deformidades, morte e outras, que ocasionam dores de ordem material que refletem no psiquismo da vítima. Dessa forma, a atividade médica, que atua justamente na parte nobre do ser humano, que é o seu corpo, sujeita o paciente a situações que afetam profundamente seu equilíbrio físico e emocional. Qualquer pessoa que se encontra hospitalizada ou sob o efeito de tratamento médico é um ser humano em estado traumático. As doenças, assim como os tratamentos médicos e hospitalares, geram perturbações no corpo físico e psíquico dos pacientes. O próprio ambiente hospitalar é depressivo [...]. Se a convivência nesse ambiente já é traumática, o que não dizer dos pacientes que estão submetidos a procedimentos invasivo [...] Sendo o corpo da pessoa o local onde os médicos atuam, é imprescindível que observem que estão diante de um templo que merece respeito, onde não dispõem de liberdade, senão consentida, para adentrar. [...] O Código de Ética Médica impõe, em especial ao profissional médico, o dever intransferível e irrenunciável de ser extremamente diligente e cuidadoso no trato do seu paciente. [...] O médico torna-se, dessa forma, inteiramente responsável pelos danos morais e materiais ocasionados em seu paciente, no caso em que intervenha erroneamente no tratamento da doença e o submeta a procedimentos invasivos desnecessários" (Direito e Medicina sob a coordenação de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Ed. Del Rey, 2000, p. 247/250).

A indenização, todavia, deve ser fixada com moderação, conforme esclarecimento de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

"Na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano" (Programa de Responsabilidade Civil, Editora Malheiros, 2003, 5ª ed., pág. 108).

Nestes termos, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp. n. 305566/DF, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 22.05.2001)

Colocadas essas premissas, entendo que a importância arbitrada na r. sentença, atende tais critérios e mostra-se suficiente para compensar a dor, a frustração experimentada pela parte Autora. De outra parte, também se destina

Acesso ao Sumário

a evitar a repetição de fatos como os ora narrados, além de estimular a correta prestação do serviço.

Se assim é a respeitável sentença da lavra da Meritíssima Juíza de Direito, Doutora *Andrea de Abreu e Braga* esgotou o tema submetido ao segundo grau, nada havendo para acrescentar a essas peças processuais, ante a ausência de qualquer prova contrária que infirmasse a conclusão adotada.

Mantida a sucumbência dos apelantes, majoro os honorários no percentual de 16% do valor da condenação, conforme previsão contida no Artigo 85 do Código de Processo Civil c/c 98 do mesmo Diploma Processual, diante do trabalho adicional realizado em grau recursal.[1]

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1087722-90.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelado MOYSES TIMONER.

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 21.295)**

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

São Paulo, 12 de janeiro de 2018.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Preliminar. Prescrição. Plano de Saúde. Revisão contratual c.c. pleito de restituição de valores indevidamente cobrados. Natureza jurídica da relação contratual que se afina à incidência do prazo prescricional trienal, artigo 206, 3º, IV do CC. Recurso Repetitivo no C.STJ, nº 1360969/RS. Preliminar rejeitada. Sentença reformada, afastada a prescrição decenal.

Plano de saúde. Contrato de assistência médica e/ou

1 *"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".*

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

Aplicabilidade da Lei nº 9.656/98 e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) aos contratos anteriores à sua vigência. Reconhecimento. Efeitos futuros da Lei nova que alcançam os contratos cativos de longa duração. Precedentes. Tese de não incidência dos aludidos diplomas normativos afastada.

Reajuste por faixa etária. Beneficiários idosos. Majoração indevida do prêmio. Exegese do art. 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98, e do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso. Aplicabilidade da Súmula 91 do C. TJSP. Vedação à aplicação de percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. Orientação do STJ firmada no REsp. 1568244/RJ, com rito de eficácia vinculante. Prevalência do princípio da hipervulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC) e da interpretação mais favorável ao aderente (art. 47, CDC). Sentença mantida.

Restituição dos valores pago a maior. Forma simples. Admissibilidade, independentemente da comprovação do erro. Exegese do art. 884 do Cód. Civil, c.c. art. 42, parágrafo único, do CDC. Vedação ao enriquecimento ilícito de qualquer das partes. Instituto da *supressio* não configurado. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Da r. sentença que julgara a ação procedente para declarar a nulidade da cláusula que permite a alteração unilateral do contrato, no que tange à variação do preço por mudança de faixa etária, bem como condenar a ré à restituição da quantia paga a maior, de forma simples, a ser apurada em liquidação, em virtude dos reajustes por mudança de faixa etária ilegais aplicados nos dez anos retroativos ao da data do ajuizamento da ação, devendo incidir somente os reajustes de acordo com os índices anuais divulgados pela ANS (fls. 287/291), apela a operadora de saúde (fls. 293/312) postulando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais sustenta, em síntese, que:

a) o contrato de seguro saúde foi firmado em 1980, ou seja, antes do advento do Estatuto do Idoso, diploma legal que entrou em vigor apenas em 2004, com ênfase à irretroatividade do aludido comando legal;

b) não há qualquer ilegalidade no reajuste por mudança de faixa etária após o segurado completar 60 anos, pois tal previsão não afronta nenhuma disposição legal aplicável à relação jurídica envolvendo seguradora e apelado;

c) todos os reajustes aplicados na apólice do apelado obedeceram aos termos do contrato celebrado entre as partes, não havendo qualquer abusividade praticada pela seguradora;

d) ainda que se entenda pela aplicação da Lei nº 9.656/98 ao caso concreto, não há que se falar que a determinação para que os índices de reajustes estejam discriminados no contrato possa ser aplicado ao caso concreto, já que tal viola ato jurídico perfeito e nega a própria lógica e vontade das partes no momento da contratação;

e) a cláusula que prevê o aumento por faixa etária nada há de ilícita ou em descompasso com os ditames do Código de Defesa do Consumidor, pois é bastante clara e exprime comutatividade que norteia os contratos de seguro;

f) o aumento vinculado à mudança de faixa etária é mesmo inteiramente justificável, já que, sendo o seguro saúde modalidade de contrato bilateral, imprescindível a manutenção do equilíbrio contratual por meio do binômio risco/prêmio;

g) obrigar-se a operadora de saúde a suportar a elevação do risco coberto sem qualquer elevação do prêmio equivale a alterar a comutatividade estabelecida;

h) o apelado, desde a celebração do contrato, já tinha conhecimento dos termos das cláusulas contratuais, dispostas de maneira clara nas condições gerais de sua apólice, tendo, portanto, plena ciência da existência do referido ajuste;

i) é de rigor a aplicação do prazo prescricional ânuo (art. 206, § 1º, II, 'b', do Código Civil), já que a relação contratual entre as partes é de seguro saúde;

j) não há que se falar em qualquer devolução, já que a seguradora cobrou o que, até então, estava acordado entre as partes, não podendo ser compelida a restituir tais valores, tendo operado o fenômeno da *supressio*. Requer o provimento do apelo.

Recurso preparado e respondido (fls. 317/330).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 334).

É o relatório.

Do prazo prescricional: incidência do art. 206, §3º, do Código Civil

A prescrição aplicada ao caso é trienal.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação cominatória c.c. repetição do indébito objetivando a nulidade de reajuste aplicado a partir do ano de 2006, bem como a restituição das quantias pagas a maior, em razão da majoração ilegal.

Nessa medida, não obstante os argumentos trazidos pela recorrente, não se trata de pretensão direcionada a típico contrato de seguro, em relação ao qual incidiria o prazo ânuo (art. 206, § 1º, II, 'b', do Cód. Civil), mas sim de negócio jurídico envolvendo plano de saúde.

Com efeito, a prescrição trienal incide no caso concreto, pois, trata-se de ação em que os autores, ainda com o contrato vigente, pretendem o reconhecimento do caráter abusivo das cláusulas que determinaram o aumento das mensalidades pagas.

Neste sentido, a ação está fundada no enriquecimento sem causa da apelante, por tal razão aplica-se o artigo 206, §3º, do Código Civil.

Neste bordo, o C.STJ já definira em recurso sede de repetitivo (nº 1360969/RS):

> 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 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).

Acesso ao Sumário

Isso porque a pretensão última desse 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 o prazo prescricional aplicável.

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato 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).

5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar

Acesso ao Sumário

o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita).

8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: 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.

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(REsp 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016).

Por este prisma, a pretensão dos apelados deverá ser ajustada com observância do prazo prescricional trienal, afastados os prazos decenal e ânuo.

Assim, tendo em vista que a ação foi distribuída em 12/08/2016, é forçoso reconhecer que está prescrita a pretensão à restituição das parcelas pagas referentes aos meses anteriores a 12/08/2013, merecendo pequeno reparo a r. sentença nesse ponto.

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

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

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

Acesso ao Sumário

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

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

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

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

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

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

> "A revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do *pacta sunt servanda*" (AgRg no Ag 1383974/SC).

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes do C. STJ: AgRg no REsp 1334008/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2014; AgRg no AREsp 188.198/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013; REsp 1102848/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010; AgRg no AREsp 32.884/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO; AgRg no REsp 921.104/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; entre outros.

Na mesma diretriz, o Enunciado 23 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

> "A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana" (*in* Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Editora Saraiva, 24ª Edição, página 120).

Ressalte-se, ainda, que o contrato de seguro-saúde é contrato de adesão, no qual não é assegurada ao aderente a discussão de suas cláusulas.

Acerca desta temática, preleciona CLÁUDIA LIMA MARQUES:

Acesso ao Sumário

> "Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia da vontade e a liberdade contratual se alcançará, automaticamente, a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais do contrato. Hoje esse métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes um autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente. É uma realidade social bem diversa daquela do século XIX, que originou a concepção clássica e individualista do contrato, presente em nosso Código Civil de 1917" (Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais, Revista de Direito do Consumidor, n. 1, pág. 27).

Destarte, há de prevalecer o princípio da hipervulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC) e a interpretação contratual que lhe seja mais favorável (art. 47, CDC).

Da aplicabilidade da Lei nº 9.656/98 e do Estatuto do Idoso

Noutro vértice, embora o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares tenha sido firmado pelas partes anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 (23/07/1984 - fls. 41), sua renovação automática e sucessiva implica na sujeição aos efeitos do referido comando normativo.

Esta é a exegese da Súmula 100 desta E. Tribunal de Justiça, *verbis*:

"*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*".

Em igualdade, incide à hipótese o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), vez que, tratando-se de contrato cativo e de execução continuada, este sofre de forma imediata os efeitos da legislação em vigor ao tempo de cada renovação.

A propósito, ilumina NELSON NERY JÚNIOR, *verbis*:

> "Os contratos sociais celebrados sob o regime das leis anteriores são atingidos pela nova lei: os efeitos passados não podem ser alterados pelo novo Código Civil (irretroatividade da lei), mas os efeitos presentes e futuros dos contratos dessas sociedades são atingidos pela lei nova (eficácia imediata da lei). Não se pode alegar "ato jurídico perfeito", para opor-se à adaptação exigida pelo CC. O ato jurídico perfeito não é o contrato em si, mas os efeitos produzidos por ele sob a égide da lei antiga. O contrato não está acobertado pela imunidade da irretroatividade da lei; só os efeitos pretéritos é que estão. O contrato, porque está sendo executado (trato sucessivo, execução continuada ou diferida), será inexoravelmente atingido pela eficácia imediata da lei nova. (...)
>
> Considera-se perfeito o ato ou negócio jurídico quando já se

Acesso ao Sumário

aperfeiçoou, isto é, quando todos os seus elementos constitutivos já se verificaram. É ato consumado, que não depende mais de nada para ter plena eficácia. O ato jurídico perfeito, a que se refere a CF, art. 5º, XXXVI, diz respeito ao ato que se aperfeiçoou no período anterior a uma Lei que, para não ser retroativa, não pode alcançá-lo. Caso falte algum elemento, alguma causa, o ato jurídico é 'inconcluído' e, portanto, imperfeito. O ato imperfeito não é acobertado pela garantia constitucional" (Planos de Saúde e contrato de prestação de serviços médico-hospitalares: Sul América e Hospital Aliança, Revista de Direito Privado-21, página 301).

Seguindo idêntica exegese, já se pronunciara o C. Superior Tribunal de Justiça:

"Tratando-se de pacto de trato sucessivo, cuja renovação é automática, devem as suas cláusulas se adaptar à legislação vigente. Destarte, constata-se que a cláusula que estabelece o reajuste em face da faixa etária é abusiva e, por conseguinte, nula, nos termos do artigo 51, IV, do CDC" (Ag. em REsp nº 413.537, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, j. 19/08/2014).

Colhem-se, outrossim, os precedentes colacionados no âmbito deste E. Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - Ação julgada parcialmente procedente - Reconhecida a nulidade da cláusula que prevê o reajuste por mudança de faixa etária após o beneficiário completar 60 anos de idade - Alegação da seguradora de que o contrato é anterior à Lei nº 9.656/98, sendo suas disposições a ele inaplicáveis - Inadmissibilidade - Contrato de trato sucessivo que se renova com o tempo, devendo o mesmo submeter-se à imediata aplicação da lei vigente ao tempo da prestação - Aplicação do Estatuto do Idoso - Inteligência da Súmula nº 91 e 100 do E. TJSP - Mantida a determinação para a restituição dos valores pagos a maior. Recurso não provido." (Apelação nº 1036838-62.2013.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, j. 10/10/2014).

"REVISÃO DE CONTRATO. Reajuste por faixa etária das parcelas do prêmio do plano de saúde após atingidos 60 anos. Distinção entre contratos celebrados anteriormente e posteriormente à L. 9.656/98 tornou-se irrelevante. Irrelevância, também, do implemento de condição suspensiva de completar 60 anos antes ou depois da vigência do Estatuto do Idoso. Entendimento superado pelo STJ. Vedação, em qualquer caso, de reajuste por faixa etária após atingida a idade de 60 anos (...)" (Apelação nº 0051949-36.2012.8.26.0554, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. 18/09/2014).

"PLANO DE SAÚDE - Reajuste em função da mudança de faixa etária - Inadmissibilidade - Contrato de trato sucessivo - Aplicabilidade das Leis nºs 9656/98 e 10.741/03 - Vedada a discriminação em razão da idade." (Apelação nº 1002799-78.2014.8.26.0011, 6ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado, Rel. Des. PERCIVAL NOGUEIRA, j. 04/09/2014).

"PLANO DE SAÚDE - Alegação de que é válida a cláusula que prevê aumento por faixa etária para contrato anterior à Lei nº 10.741/03 - Descabimento - Hipótese em que a proteção contratual foi requerida já na sua vigência, de sorte que, por força da supremacia formal e material das regras constitucionais protetivas do consumidor-idoso e adotada a teoria da retroatividade mínima, aplica-se a vedação prevista tanto na Lei nº 9.656/98 quanto no estatuto do idoso ao reajuste condicionado exclusivamente à faixa etária - Precedente do STJ e Súm. 91 desta Corte (...) Recurso desprovido." (Apelação nº 1102523-16.2013.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. FERREIRA DA CRUZ, j. 27/08/2014).

"O negócio jurídico efetuado entre as partes configura contrato de trato sucessivo, portanto, existe renovação automática, consequentemente, leva em consideração o ordenamento jurídico nas respectivas renovações" (AI nº 629.021-4/7, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, j. 08/04/2009).

Rejeita-se, portanto, a tese de não incidência da Lei nº 9.656/98 e do Estatuto do Idoso ao caso em testilha.

Do reajuste etário a partir de 60 anos de idade: ilicitude

Fixadas essas premissas, a pretensão recursal da operadora de saúde não comporta acolhimento.

Dessume-se dos autos que os consumidores, beneficiários do plano de assistência médica fornecido pela requerida, desde 1984 (fls. 41), ingressaram com ação visando a supressão de reajuste etário implementado a partir de 2006, ocasião em que ambos já contavam com mais de 60 anos de idade.

Sobreveio a r. sentença de procedência, motivo de irresignação da operadora de saúde.

Do álbum documental, verifica-se que as partes convencionaram o reajuste do prêmio mensal por mudança de faixa etária, bem como com base na variação dos custos médicos e hospitalares e a variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) ou do índice que o substituir (cláusulas 33ª e 34ª, fls. 48/49).

Pois bem.

É certo que a discussão envolvendo os reajustes das mensalidades de planos de saúde em razão da faixa etária dos consumidores não é nova nesta C. Corte.

Acerca do tema, o art. 15, parágrafo único, da Lei nº 9.656/98 estabelece, *verbis*:

"Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso

Acesso ao Sumário

estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos".

Verifica-se, pois, que, para a incidência de reajuste por faixa etária, são necessários os seguintes requisitos:

1) Previsão contratual das faixas etárias em que incidirão os aumentos;

2) Previsão dos respectivos percentuais, conforme normas expedidas pela ANS;

3) Idade inferior a 60 anos;

4) Contratação havida há mais de dez anos.

Com a superveniência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), houve a alteração dos referidos requisitos, conforme se depreende do § 3º do art. 15, que dispõe:

"É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

Assim, não mais se admite o reajuste da mensalidade do plano de saúde após os sessenta anos, na forma pacificada pela Súmula 91 desta Corte. Confira-se:

"Súmula 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".

Acresça-se que a Resolução n° 6 do CONSU, originariamente, estabelecia 7 faixas etárias para reajuste das contraprestações, mas fora modificada pela Resolução Normativa nº 631 de 22/12/2003 da ANS, que instituiu 10 faixas, sendo a última delas para aqueles que atingiram 59 anos.

Destarte, a isenção do reajuste por faixa etária atinge os consumidores que completaram 60 anos, submetidos apenas aos reajustes decorrentes da inflação ou do aumento de custos dos serviços de cobertura.

Forçoso reconhecer, portanto, que as cláusulas que estabeleceram reajustes etários para os segurados com idade superior a 60 (sessenta) anos são nulas.

Por outro lado, há de se ponderar que, se houvessem motivos justificadores e devidamente comprovados através de cálculo atuarial (elevação e proporção em prol da verificação da sinistralidade), poder-se-ia refletir em outra direção.

No entanto, na hipótese trazida à baila, a seguradora não trouxera nenhuma

Acesso ao Sumário

justificativa plausível para os reajustes impugnados, cingindo-se a propalar que agiu conforme o contratado, sem qualquer demonstração efetiva do aumento de sinistralidade.

Prevalecem, ademais, o princípio da hipervulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC) e a interpretação mais favorável ao aderente (art. 47, CDC).

Por fim, marque-se a orientação decorrente do REsp nº 1568244/RJ, firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça sob o regime de recursos repetitivos, *verbis*:

> "O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar 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" (REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016).

Observa-se que a r. sentença apelada está em consonância com o entendimento firmado, *verbis*:

> "É vedada a majoração do prêmio somente em função da mudança de faixa etária a partir dos 60 anos, de modo que cláusulas em sentido contrário devem ser declaradas nulas.
>
> Por oportuno, aplica-se ao caso a orientação prevista na Súmula n. 91 do TJSP, a qual dispõe: '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'.
>
> Destarte, resta evidente que tais reajustes são ilegais, entretanto, ressalto que os demais estão de acordo com o estabelecido anualmente pela ANS. Embora se reconheça que as obrigações particulares estão adstritas ao princípio do pacta sunt servanda, é certo que esta determinação não é absoluta, devendo ser limitada em casos de evidente abusividade.
>
> Ademais, ao contrário do sustentado pela ré, a cláusula de reajuste em virtude de aumento de faixa etária violou uma série de disposições do ordenamento, dentre elas o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade é incontroversa, conforme Súmula n. 469 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.
>
> Em se tratando de idosos e considerando o pedido inicial, é abusiva a majoração da mensalidade por mudança de faixa etária e, portanto, possível o reconhecimento de que os reajustes realizados a partir da data em que os autores completaram 60 anos, realizados em decorrência da mudança de faixa etária, são abusivos, sendo autorizados somente os

Acesso ao Sumário

reajustes de acordo com os índices da ANS" (fls. 289/290).

Da restituição das quantias pagas a maior

Por fim, reconhecida a abusividade dos reajustes, fica a ré obrigada a devolver as quantias indevidamente despendidas pelo apelado, levando-se em conta a limitação ora imposta com relação ao prazo prescricional.

Sobre o tema, o C. Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que, independentemente da comprovação do erro, repudia-se o enriquecimento ilícito das partes.

Nesse diapasão: AgRg no REsp 1026215/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.05.2008, DJ de 28.05.2008; AgRg no REsp 1013058/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25.03.2008, DJ de 11.04.2008; AgRg no Ag 953.299/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 12.02.2008, DJ de 03.03.2008.

Importa cravar que não incide o instituto da *supressio*, pois não basta apenas o decurso de longo espaço de tempo para que se tenha como caracterizado. A vingar tal raciocínio, estaria implicitamente revogado o instituto jurídico da prescrição.

Como cediço, a *supressio* exige também conduta do titular do direito subjetivo contrária à boa-fé objetiva, acompanhada de circunstâncias objetivas capazes de criar no outro sujeito da relação jurídica a confiança de que não mais haveria o seu exercício, a tanto não equivalendo a pura e simples demora no exercício do direito.

Nesse sentido, colhem-se precedentes desta C. Corte de Justiça:

> "O transcurso do tempo, por si só, não é o único requisito para a configuração da supressio, pois, se assim fosse, esse instituto derivado da boa-fé objetiva teria o condão de suplantar o instituto jurídico da prescrição." (Apelação nº 9920040-22.2007.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. MÔNACO DA SILVA, j. 16/01/2013).

> "PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde coletivo. Aposentada que pretende sua manutenção e de seus dependentes em plano de saúde nas mesmas condições do período em que mantinha vínculo empregatício com o Banco Bradesco S/A. Preliminares afastadas (...) Inaplicabilidade do instituto da 'supressio'." (Apelação nº 1128938-02.2014.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ALEXANDRE MARCONDES, j. 25/05/2016).

> "Embargos infringentes. Plano de saúde. Pretensão de manutenção do plano nas mesmas condições vigentes à época do contrato de trabalho. Art. 31 da Lei 9656/98. Não incidência art. 2º, § 6º, da Resolução n. 21/1999, do CONSU. Manifestação da vontade de permanecer no plano ocorrida em tempo razoável. 'Supressio'

Acesso ao Sumário

não caracterizada. Embargos acolhidos." (Embargos Infringentes nº 0006197-84.2013.8.26.0011/50001, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MAURO CONTI MACHADO, j. 15/03/2016).

"Plano de saúde - Preliminares de ilegitimidade passiva e ocorrência da 'supressio' afastadas - Prescrição ânua - Não ocorrência - Aplicação do artigo 205 do Código Civil - Prazo de prescrição decenal - Manutenção de ex-funcionário aposentado e demitido em contrato coletivo empresarial - Exegese do artigo 31, 'caput', da Lei nº 9.656/98 - Direito de manutenção do beneficiário nas mesmas condições contratuais, respondendo pelo pagamento integral das mensalidades, independentemente de quem as tenha custeado durante a vigência do contrato de trabalho - Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento ao recurso." (Apelação nº 1084055-67.2014.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Relª Desª CHRISTINE SANTINI, j. 02/02/2016).

A propósito, oportuna a lição de FERNANDO DE NORONHA a respeito da distinção entre a *supressio* e a prescrição, *verbis*:

"A perda do direito por protraimento desleal do seu exercício distingue-se nitidamente da prescrição e da decadência. Enquanto nestas é suficiente o mero decurso de determinado lapso de tempo, no protraimento desleal é imprescindível que o titular do direito tenha tido um comportamento deslealmente contraditório, criando na pessoa contra quem o seu direito se dirigia uma situação de justificada confiança em que ele nunca seria exercido. Por isso, no protraimento desleal, 'o critério decisivo não é o decurso do tempo, nem tampouco a só inatividade do titular', escreve Larenz, 'mas a confiança do obrigado ou do oponente ... motivada pela dita inatividade': daí que 'o espaço de tempo que há de transcorrer até que se dê a perda do direito [escreveu-se 'caducidad', na tradução em língua castelhana] possa ser de diversa duração'.

Como o protraimento desleal é ainda uma forma de abuso de direito, a perda do direito, em que ele se traduz, só ocorrerá quando o não-exercício deste for manifestamente excessivo, segundo a boa fé, como se referiu no número anterior e, aliás, diz-se no art. 187 do Projeto de Código Civil. Meras tolerâncias do credor, consentindo no recebimento atrasado do que lhe é devido, e casos semelhantes, não caracterizarão protraimento desleal; admitir o contrário, isso sim, é que ofenderia o princípio da boa-fé.

Se o protraimento desleal deve ser manifesto, compreendem-se as 'rigorosas exigências' quanto aos seus requisitos, que os autores referem. Como diz Larenz, 'o credor de uma soma de dinheiro não deve ficar prejudicado se difere por largo tempo a reclamação ou a interposição da demanda, já seja por consideração ao devedor, por 'complacência' ou por sua própria comodidade. Em geral, o devedor há de contar com o exercício do direito de crédito, enquanto não haja prescrito'" ("O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais", Ed. Saraiva, 1994, pp.

Acesso ao Sumário

186-187).

Na hipótese dos autos, portanto, as circunstâncias peculiares demonstram que a relativa inércia dos apelados não chegou a caracterizar o fenômeno da "supressio", capaz de fulminar o seu direito.

Cabível, portanto, a restituição simples dos valores indevidamente desembolsados pelo consumidor, ressalvando-se, tão somente, que deverá ser observado o prazo trienal - e não o decenal.

Por esses fundamentos, meu voto dá parcial provimento ao apelo apenas para que se observe o prazo de três anos no tocante à restituição dos valores pagos a maior pelo segurado, o que, na espécie, mínimo o êxito recursal, não altera a distribuição da carga de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009562-71.2014.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que são apelantes/apelados ADRIANO FELIPE GALLO DE CAMARGO e MARA LUCIA FERNANDES GALLO DE CAMARGO, é apelado/apelante API SPE 11 - PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA. e Apelado AGRE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A.

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 ao recurso dos autores e deram parcial provimento ao da ré. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31102)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores A.C.MATHIAS COLTRO (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 19 de janeiro de 2018.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Atraso na entrega de imóvel. Sentença de parcial procedência.

Apelam os autores pugnando pelos lucros cessantes de 0,6% por mês de atraso, em vista das chaves terem sido entregues 21 meses após o previsto, mesmo considerado o prazo de tolerância de 180 dias; a condenação da ré nos honorários advocatícios no

Acesso ao Sumário

percentual de 15% de sucumbência.

Apela a ré alegando a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; o atraso na entrega do imóvel se deveu a caso fortuito, em virtude do encarecimento dos materiais e escassez de mão-de-obra; a ilegitimidade passiva para devolução da comissão de corretagem e taxa SATI; a ocorrência da prescrição trienal para pleitear a devolução dos valores; a comissão de corretagem e taxa SATI são devidas aos profissionais autônomos que intervieram na venda; a inocorrência de danos a ensejar a reparação de ordem moral.

Recurso julgado. Com a interposição de Recurso Especial, foram os autos encaminhados para o seu processamento e, por decisão do Presidente da Seção de Direito Privado, restituídos a este Relator. Recurso da ré. Cabimento parcial.

Descabimento da suspensão ou extinção do processo. Ação ainda em fase de conhecimento e que demanda quantia ilíquida.

Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Abusividade da previsão de entrega 30 meses contados do registro da incorporação. O prazo assinalado deve ser considerado a partir da assunção da avença. Mora verificada a partir de setembro de 2011, considerado o prazo de tolerância de 180 dias. Entrega das chaves somente em abril de 2013.

Alegação de demora justificada por força maior. Fortuito interno não elide a responsabilidade do fornecedor. Ausência de justificativa plausível. Pertinência da fixação de indenização pelos danos sofridos.

Comissão de corretagem e taxa SATI. Prescrição. Valor desembolsado em 2010. Ação proposta em 2014. Superação do prazo prescricional de três anos para pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Tese firmada pelo STJ em recurso repetitivo. Prescrição configurada. Inteligência do art. 206, §3º, IV, CC.

Danos morais. Atraso injustificado. Abuso de direito.

Acesso ao Sumário

Caracterização dos danos morais. Necessidade de atender ao escopo satisfatório e punitivo da reparação. Fixação em R$ 10.000,00 bem adequada. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Recurso dos autores. Cabimento.

Lucros cessantes. Possibilidade. Irrelevante se o imóvel foi adquirido para moradia ou locação. Inteligência do art. 402 do CC. Fixação em 0,5% sobre o valor atualizado do contrato. Incidência durante o período da mora (setembro de 2011 até a entrega efetiva das chaves em abril de 2013).

Honorários de sucumbência fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Recurso da ré provido em parte para reconhecer a prescrição trienal para a devolução da comissão de corretagem e taxa SATI, e provido o recurso dos autores para arbitrar os lucros cessantes.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a sentença de f. 274/290 que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais proposta por Adriano Felipe Gallo de Camargo e Outro em face de API SPE 11 - Planejamento e Desenvolvimento de Empreendimentos Imobiliários - Ltda. e Outro, para condenar solidariamente as rés à indenização por danos morais em R$5.000,00 para cada um dos litigantes, bem como à restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa SATI.

Apelam os autores (f.292/300) sustentando: (i) o necessário reconhecimento aos lucros cessantes em 0,6% do valor do imóvel por mês de atraso, tendo em vista a entrega das chaves ter ocorrido somente 21 meses após o previsto, mesmo considerado o prazo de tolerância de 180 dias; (ii) a condenação da ré nos honorários advocatícios no percentual de 15% de sucumbência.

Apela também a ré (f.304/338) alegando: (i) a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; (ii) o atraso na entrega do imóvel se deveu a caso fortuito, em virtude do encarecimento dos materiais e escassez de mão-de-obra; (iii) a ilegitimidade passiva para devolução da comissão de corretagem e taxa SATI; (iv) a ocorrência da prescrição trienal para pleitear a devolução dos valores; (v) a comissão de corretagem e taxa SATI são devidas aos profissionais autônomos que intervieram na venda; (vi) a inocorrência de danos a ensejar a reparação de ordem moral.

Acesso ao Sumário

Recursos recebidos (f.341) e respondidos (f.343/356; f.57/398).

O presente recurso foi julgado na data de 14.12.2015 (f. 405/418). Com a interposição de REsp (f. 420/444), foram os autos encaminhados para o seu processamento, e, por decisão do Presidente da Seção de Direito Privado (f. 452/453), foram restituídos a este Relator para reapreciação da temática.

As rés, em razão da recuperação judicial da PDG Realty Empreendimentos e Participações S/A - grupo econômico o qual fazem parte -, pediram inicialmente pela suspensão do processo, para depois pleitearem sua extinção.

Em razão da notícia que apresentou a PDG Realty pedido de recuperação judicial, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral de Justiça, que deixou de se manifestar ante a ausência de interesse no presente feito (f. 495).

É o relatório.

Recurso da ré.

Inicialmente, há de se pontuar o descabimento da suspensão, bem como da extinção do feito, de conformidade com o art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, considerando que se trata de ação ainda em fase de conhecimento e que demanda quantia ilíquida.

Assim, há necessidade de apuração do débito, bem como das correções e cominações incidentes, para somente então constituir título executivo apto a ser habilitado na recuperação judicial. Neste sentido:

> *Apelação. Compra e venda de imóvel. Atraso na entrega. Parcial procedência para rescindir o contrato, condenar a vendedora na restituição da integralidade dos valores pagos a título de preço e da taxa de corretagem, bem como em lucros cessantes. Inconformismo. PRELIMINARES. Suspensão do processo em decorrência de deferimento de recuperação judicial. Descabimento. Demanda que se encontra em fase de conhecimento, devendo prosseguir até a formação do título executivo certo e exigível, somente após o qual caberá a suspensão e habilitação do crédito nos autos da recuperação. Excepcionalidade de prosseguimento da ação conforme preceptivo do §1, Artigo 6º da Lei Federal nº 11.101 de 2005. Falta de interesse de agir. Ação adequada, útil e necessária para satisfazer o interesse pretendido pelos compradores. Inépcia da inicial afastada, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade. Ausência de qualquer dos defeitos de constituição válida da ação previstos no Artigo 330, caput e §1º, do CPC. MÉRITO Alegado atraso decorrente de falta de materiais, escassez de mão de obra especializada e excesso de chuvas. Impossibilidade. Entraves previsíveis e inerentes à atividade desenvolvida. Fortuito interno decorrente do risco da atividade. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Dever de indenizar. Preceptivo do artigo 927, parágrafo único, do CC e dos artigos 12 e 14 do CDC.*

Acesso ao Sumário

Presunção de prejuízo da adquirente, independentemente da finalidade do negócio. Súmula nº 162 do TJSP. Lucros cessantes devidos. Percentual, entretanto, que deve ser reduzido de 0,8% para 0,5% ao mês sobre o valor atualizado do contrato. Valor reiteradamente fixado por esta Colenda 6ª Câmara de Direito Privado. Recurso de apelação em parte provido para reduzir o percentual de lucros cessantes para o importe de 0,5% do valor atualizado do contrato, por mês de atraso. (TJSP 6ª - Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1059060-56.2015.8.26.0002 - São Paulo - rel. Des. RODOLFO PELLIZARI - j. 27.07.2017).

"APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NA PLANTA. Ação de repetição de indébito c.c. lucros cessantes e danos morais. Sentença de procedência parcial. Inconformismo do autor e das rés. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. Empresa em recuperação judicial. Suspensão descabida, tendo em vista que a ação demanda quantia ilíquida. Prosseguimento do feito até a formação de título executivo judicial. Aplicação do art. 6º, § 1º da Lei nº 11.101/2005. Precedentes. LEGITIMIDADE PASSIVA. Configurada a legitimidade passiva das corrés 'PDG' e 'Agra Kauai' para responder pelos valores pagos a título de comissão de corretagem, uma vez que tais pagamentos integram o contrato celebrado entre as partes. Precedentes do STJ. A corré 'Avance' também é parte legítima para figurar no polo passivo da lide, uma vez que participou da cadeia de fornecimento do bem. Inteligência dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, §1º do CDC. PRAZO DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS PARA ENTREGA DA OBRA. Legalidade da cláusula que prevê o prazo de tolerância, não superior a 180 dias, para entrega da obra. Aplicação da Súmula nº 164 deste Tribunal. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. Constatado atraso de 16 dias entre o prazo contratualmente previsto para entrega da obra, após considerado o prazo de tolerância de 180 dias, e a convocação do autor para realização de vistoria e recebimento das chaves. Período ínfimo de mora que não justifica os danos morais e lucros cessantes pretendidos. Precedentes. VERBAS DE ASSESSORIA IMOBILIÁRIA. Valores pagos a título de comissão de corretagem que são efetivamente devidos, uma vez que previstos de forma clara e inteligível em documento assinado pelo autor. Precedente do STJ. Ausência de demonstração nos autos de pagamento a título de taxa 'SATI'. PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA VENCIMENTO DE PARCELAS DO PREÇO. Admissível a prorrogação, até a imissão do autor na posse do imóvel, momento no qual o valor em aberto passa a ser exigível. Sentença parcialmente reformada. Sucumbência maior do autor, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios dos representantes legais de cada uma das rés, arbitrados

Acesso ao Sumário

em R$ 2.000,00, nos termos do art. 85, §8º do CPC/2015. RECURSOS DAS RÉS PARCIALMENTE PROVIDOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR". (v.25633). (TJSP 3ª - Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1007950-63.2014.8.26.0451 - Piracicaba - rel. Des. VIVIANI NICOLAU; j. 21.07.2017).

SUSPENSÃO DO PROCESSO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO SUPERVENIENTE, FORMULADO PELAS APELANTES, DE SUSPENSÃO DO FEITO OU DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, ANTE O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DE SEU PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO JUÍZO DA VARA DE FALÊNCIAS. INVIABILIDADE. DEMANDA QUE DISCUTE, EM FASE DE CONHECIMENTO, CRÉDITO AINDA ILÍQUIDO EM FAVOR DOS DEMANDANTES. UMA VEZ LIQUIDADO EVENTUAL CRÉDITO DOS AUTORES, SER-LHES-Á POSSÍVEL PARTICIPAR DA RECUPERAÇÃO, NA MEDIDA DO 'QUANTUM' QUE VENHAM A TITULARIZAR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, § 1º, DA LEI 11.101/05. PEDIDO REJEITADO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DAS OBRAS APÓS ENCERRADO O PRAZO SUPLEMENTAR DE 180 DIAS. APONTADA JUSTIFICATIVA ORIUNDA DE CASO FORTUITO QUE NÃO SE OBSERVOU. ATRASO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL CORRESPONDENTE AO VALOR LOCATÍCIO MENSAL PELO PERÍODO DE ATRASO. VALOR MENSAL DE REFERÊNCIA FIXADO EM 0,5% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL. QUANTIA QUE INCIDE DESDE A DATA EM QUE FINDO O PRAZO DE TOLERÂNCIA ESTIPULADO NO CONTRATO ATÉ, NO CASO, A DATA DA EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP 6ª - Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1019705- 91.2015.8.26.0114 - Campinas - rel. Des. VITO GUGLIELMI - j. 13.07.2017).

Incidente o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Nos termos do disposto no art. 2º do CDC, toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço é consumidor.

Segundo o art. 3º do referido código "*fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*". Nos termos parágrafo 1°: "*Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*"; e o parágrafo 2º dispõe que "*serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária,*

Acesso ao Sumário

financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

A atividade empresarial de oferecer ao público em geral a venda de imóveis em construção ou a serem construídos constitui a conduta ao mesmo tempo de fornecedor de um produto (unidade imobiliária) e também de prestação de serviços vinculados à própria edificação, enfatizando que apenas as relações de caráter trabalhista estão excepcionadas pela legislação protetiva ao consumidor.

O atraso na entrega restou incontroverso. A alegação de que o atraso decorreu de fato de terceiro, caracterizado pelo encarecimento de materiais e escassez de mão-de-obra não serve como escusa para afastar os efeitos da mora.

É risco passível de previsibilidade. Presente a figura do fortuito interno que não elide a responsabilidade do fornecedor.

Neste sentido é recente o entendimento esboçado por esta Corte no Enunciado nº 4, *in verbis*: *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.*

A inexistência de justificativa plausível para o atraso na entrega da obra implica responsabilização da ré, a tornar pertinente a fixação de indenização pelos danos sofridos pela parte adversa.

O compromisso de venda e compra celebrado entre as partes originariamente previu a entrega do imóvel em 30 meses contados do registro da incorporação (f.49), ocorrida somente em março de 2013.

Conforme observado pelo juízo de origem, a fixação de prazo tão evasivo e condicionante ao término das obras não pode prevalecer, pois torna absolutamente incerta a data de entrega do imóvel, colocando o consumidor em desvantagem exagerada e se mostrando abusiva, razão pela qual deve ser reputada nula, nos termos do art. 51, IV[1], CDC.

O contrato deve ser interpretado de forma mais favorável ao consumidor (art. 47[2], CDC), devendo ser considerada a fixação do prazo de 30 meses a partir da celebração do contrato, porquanto mais benéfica aos consumidores. Neste sentido:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ***Previsão de entrega***

1 **Art. 51**. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

2 **Art. 47**. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

do imóvel somente 18 meses após a obtenção de financiamento. Cláusula abusiva e injustificável, que impõe desvantagem excessiva ao consumidor. Nulidade reconhecida*. Possibilidade de prorrogação por somente 180 dias. Mora das rés configurada. Devida indenização pelos prejuízos suportados pelos adquirentes com pagamento de aluguel no período. Exigência de despesas condominiais em período anterior à entrega das chaves. Abusividade. Cobrança indevida. Danos morais. Não configuração. Mero dissabor inerente ao inadimplemento contratual. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso provido em parte. (TJSP - 4ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0017874-86.2012.8.26.0451 - Piracicaba - rel. Des. MILTON CARVALHO - j. 24.07.2014).*

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - Atraso na entrega da obra - ***Cláusula contratual que condiciona a entrega das chaves à obtenção de financiamento pelo promitente comprador - Incerteza quanto à data da entrega do imóvel - Cláusula abusiva, porquanto impõe ao consumidor desvantagem exagerada*** *- Inadimplemento contratual configurado - Atraso injustificado - Cabimento de lucros cessantes, a partir do prazo ajustado para a entrega do imóvel, incluído o prazo de tolerância - Taxa de corretagem que pode ser suportada pelo comprador - Exegese do art. 724, do CC - Não cabimento de devolução - Inteligência do art. 725, do CC - Cobrança de serviços de assessoria técnico-imobiliária - Ausência de distinção em relação aos serviços de corretagem - Caracterização de venda casada - Cobrança indevida - Devolução de forma simples, ante a inaplicabilidade do art. 42, CDC - Danos morais configurados - Frustação quanto à aquisição do imóvel - Concessão das benesses da Assistência Judiciária à autora - Sentença reformada em parte - Recursos parcialmente providos. (TJSP 5ª Câmara de Direito Privado Apelação nº 4013433- 98.2013.8.26.0114 Campinas rel. Des. MOREIRA VIEGAS j. 23.07.2014).*

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Bem imóvel - Demora no recebimento das chaves da unidade - Embora válida a cláusula de carência de 180 dias para a entrega do imóvel, caracterizou-se o atraso - ***É abusiva (art. 51, IV, do CDC) a cláusula que estipula que a data da entrega das chaves poderá variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento, vigorando a interpretação mais favorável ao adquirente (art. 47 também do CDC)****, que a fixava em outubro de 2009 - A correção monetária incidente sobre o saldo devido do preço do imóvel não consiste em plus que a ele se incorpora, mas apenas recompõe o valor da moeda, corroído pela inflação - Inviável, portanto, o congelamento do valor histórico do contrato, mesmo durante o período de atraso - Suposta incidência de juros "no pé", isto é, durante*

*o período de obras, consistia em encargo devido ao agente financeiro, em face de quem deveriam os autores haver demandado seu expurgo e/ou ressarcimento - Por outro lado, a chamada "taxa de evolução de obra", expressão dos juros remuneratórios pagos pela construtora à instituição financeira durante o período de atraso e por aquela cobrados, em via de regresso, dos adquirentes, é de ser declarada inexigível, ressarcidas as quantias eventualmente pagas a tal título - Encargo que, agora sim, tem natureza remuneratória e foi originado da mora imputável exclusivamente à construtora - Lucros cessantes devidos, igualmente, em razão do atraso - Quantum apurado segundo o valor locativo mensal (0,5% do valor da unidade) - Danos morais, por fim, devidos em razão da negativação do nome dos autores em razão do inadimplemento de prestações que lhes eram inexigíveis - Valor de R$ 10.000,00 arbitrado a tal título que é mantido, à míngua do inconformismo dos interessados - Ação procedente em parte - Sentença reformada em parte - Apelo provido em parte. (TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 4006148-54.2013.8.26.0114 - Campinas - rel. Des. PAULO EDUARDO RAZUK j. 24.06.2014). (**g. n.**)*

A análise da avença demonstra a existência de um prazo de tolerância de 180 dias. Desta forma, o prazo final para entrega da obra, considerando prazo de tolerância de 180 dias, seria setembro de 2011, o imóvel, entretanto, foi entregue apenas em abril de 2013.

Vislumbra-se que o atraso perdurou de setembro de 2011 a abril de 2013.

A inexistência de justificativa plausível para o atraso na entrega da obra implica responsabilização da ré, a tornar pertinente a fixação de indenização pelos danos sofridos pela parte adversa.

No entanto, em relação à devolução da comissão de corretagem e da taxa SATI, observa-se que foram pagas em 2010, enquanto a presente ação foi proposta em 2014, de modo que se afigura prescrita a pretensão de restituição, porquanto incidente a prescrição trienal estabelecida para o pedido de ressarcimento de enriquecimento sem causa, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC.

Nesse sentido é a orientação do STJ ao firmar tese quando do julgamento de recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO- IMOBILIÁRIA (SATI). CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO TRIENAL DA PRETENSÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 1. TESE PARA OS FINS DO ART.

Acesso ao Sumário

1.040 DO CPC/2015:

1.1. Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC).

1.2. Aplicação do precedente da Segunda Seção no julgamento do Recurso Especial n. 1.360.969/RS, concluído na sessão de 10/08/2016, versando acerca de situação análoga. 2. CASO CONCRETO: 2.1. Reconhecimento do implemento da prescrição trienal, tendo sido a demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato.

2.2. Prejudicadas as demais alegações constantes do recurso especial. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1551956/SP, Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24.08.2016).

A extrapolação do prazo contratado constitui **abuso de direito** e configura excesso, pois descaracteriza o exercício regular de direito (art. 188, I, CC), revelando desproporção e vantagem abusiva do vendedor, frustrando a igualdade de tratamento entre as partes.

A questão toma proporção ofensiva ao patrimônio moral, quando se apresenta contrária ao direito de moradia do compromissário comprador, que está adimplente com suas obrigações.

Tal questão já foi analisada por esta Câmara, recebendo os seguintes entendimentos:

Compromisso de Compra e Venda de imóvel - Revisão do contrato com fundamento no atraso na entrega da obra - Procedência em parte dos pedidos - Ilegitimidade passiva da corré não acolhida - Relação de consumo - Empresas do mesmo grupo econômico - Inteligência do §1º do art. 25 do CDC - Aquele que lucra com o negócio não pode se furtar da responsabilização - Abusividade da cláusula que impõe prazo indeterminado em decorrência de caso fortuito e força maior - Mora contratual configurada - Atraso injustificado - Indenização a título de lucros cessantes ante a indisponibilidade do bem imóvel - Cabimento - Danos morais devidos - Frustração quanto a aquisição do imóvel para moradia - Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0000673-39.2012.8.26.0562 - Santos - rel. Des. MOREIRA VIEGAS j. 13.03.2013).

REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REDIBITÓRIA E INDENIZATÓRIA - RECONVENÇÃO DE COBRANÇA - ATRASO INCONTROVERSO PARA ENTREGA DA UNIDADE - LUCROS CESSANTES DEVIDOS, UTILIZADOS OS PARÂMETROS DE LOCAÇÃO DO IMÓVEL - DESCONFORMIDADE ENTRE O

*ACABAMENTO UTILIZADO E O PROMETIDO - ABATIMENTO NO PREÇO, CONFORME INDICAÇÃO PERICIAL - **DEMORA QUE, NO CASO, FRUSTROU EXPECTATIVA LEGÍTIMA, CAUSANDO CONTRARIEDADES EXTRAORDINÁRIAS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA E FIXADA EM R$ 20.000,00** - INCIDÊNCIA DE JUROS, MULTA E CORREÇÃO SOBRE A PARCELA DAS CHAVES - REPETIÇÃO EM DOBRO INCABÍVEL - COBRANÇA FUNDADA EM AJUSTE CONTRATUAL - IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DE PREÇOS, CUJA FIXAÇÃO ATENDE A CRITÉRIOS DE MERCADO - NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO LIQUIDATÓRIO - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE - RECURSO DA RÉ-RECONVINTE - PROVIDO EM PARTE, NEGADO PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES-RECONVINDOS. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 9160440-36.2008.8.26.0000 - São Paulo - rel. Des. ERICKSON GAVAZZA MARQUES - j. 24.10.2012).*

*Ementa: indenização por dano material e moral - compromisso de compra e venda - atraso na entrega do imóvel - inadimplência da vendedora - sentença de procedência parcial - insurgência de ambas as partes - pedido do autor visando indenização por danos materiais - impossibilidade - multa contratual que a tanto se presta - **indenização por danos morais devida** - quantum arbitrado que se mostra razoável - limitação de percentual na cláusula que prevê multa pela inadimplência da vendedora - desvantagem para o consumidor - sentença mantida - recursos improvidos. (TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0117757-26.2011.8.26.0100 - São Paulo - rel. Des. A. C. MATHIAS COLTRO - j. 30.05.2012).*

Resta, portanto, presente a configuração de danos morais pelo atraso na entrega do imóvel, cabendo tão somente a especificação do *quantum* indenizatório.

A lesão de interesses extrapatrimoniais tutelados pelo ordenamento jurídico, em geral, diversamente do que se dá com o dano patrimonial, não comporta ressarcimento, já que em regra é inviável recompor-se o bem imaterial violado, não havendo condições práticas que permitam a restauração da ofensa com fiel equivalência à sua extensão.

A reparação pecuniária do dano moral, destarte, *não corresponde ao preço da dor sofrida pela vítima*. O seu fundamento está assentado na sanção que se busca impor ao responsável e, simultaneamente, na satisfação (compensação) que se visa a atribuir ao lesado.

Em nosso direito não se aplica com exclusividade a Teoria do Desestímulo,

Acesso ao Sumário

como estabelecido no sistema norte-americano, mas sim o sistema misto, entre o desestímulo e a compensação, objetivando-se a imposição de uma sanção ao causador do evento danoso, de sorte que não fique impune pela vulneração causada a interesses extrapatrimoniais de outrem e, ao mesmo tempo, uma compensação ao lesado com o intuito de suavizar a ofensa sofrida.

O valor da indenização como sabido, deve ser fixado com equidade e moderação, não podendo ser tão baixo a ponto de fazer com que o ofensor deixe de perceber a reação do ordenamento jurídico à lesão praticada, nem tão elevado a ponto de servir como fonte de enriquecimento sem causa por parte do lesado.

Diante das circunstâncias específicas atinentes ao caso sob exame, almejando-se atender ao escopo satisfatório, punitivo e educativo da reparação por dano moral, reputa-se adequada a fixação conferida pela sentença da indenização em R$10.000,00 (dez mil reais, sendo cinco mil para cada um dos litigantes), em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Recurso dos autores.

No que tange aos lucros cessantes, apesar de nada ter sido estipulado nesse sentido, vislumbra-se que o pedido de arbitramento de valor equivalente ao aluguel tem como causa de pedir a impossibilidade dos autores de utilizarem o imóvel no prazo estipulado, independentemente se a destinação era para moradia própria ou locação.

Relevante a perda de razoável expectativa de posse do imóvel e da possibilidade de auferir benefício econômico com a sua aquisição. Incidente o disposto no art. 402 do CC.

No mesmo sentir, precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no Resp 1202506/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 07.02.12).

O parâmetro em geral utilizado é de 0,5% sobre o valor atualizado do

contrato, a fim de evitar o enriquecimento se causa de qualquer um dos litigantes. O termo inicial é setembro de 2011 até a entrega das chaves.

Tais valores devem ser corrigidos monetariamente desde cada mês vencido do equivalente locatício, incidindo ainda juros de mora de 1% ao mês a correr da citação (art. 405[3], CC).

Observando-se que a sucumbiu a ré em parte maior do pedido, oportuna a fixação dos honorários advocatícios em prol dos autores arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, de acordo com os requisitos do art. 86, parágrafo único, do CPC.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso da ré**, para reconhecer a prescrição trienal ante a pretensão de devolução da comissão de corretagem e taxa SATI, e **dá-se provimento ao recurso dos autores** para fixar indenização por lucros cessantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001375-69.2016.8.26.0095, da Comarca de Brotas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE BROTAS, é apelado MODESTO SALVIATTO FILHO.

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25240)**

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Veiculação de matéria jornalística ofensiva e inverídica - Procedência parcial do pedido - Inconformismo da ré - Acolhimento parcial - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP em relação à preliminar de ilegitimidade passiva e ao mérito - Ratificação da maioria dos fundamentos da sentença - Jornalista responsável pela matéria que é agente público ligado

3 **Art. 405**. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

ao gabinete da Prefeitura - Legitimidade passiva da municipalidade - Autor que exerce o cargo de Vereador - Matéria atribuindo falsamente votação contrária à redução de gastos municipais que só foi publicada no Jornal O Regional - Ofensa a honra e à imagem pública do autor - Dano moral configurado - Sentença parcialmente reformada para afastar a determinação da disponibilização do direito de resposta no Jornal Ideias - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Modesto Salviatto Filho em face de Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Brotas, tendo a r. sentença de fls. 91/95, de relatório adotado, julgado parcialmente procedente o pedido.

Inconformada, apela a ré sustentando, preliminarmente, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, em síntese, afirma que o próprio jornalista reconheceu o equívoco da matéria veiculada, retratando-se não apenas no jornal da publicação, mas também na Rádio Brotense e na Câmara Municipal. Diz que a matéria jornalística discutida foi publicada apenas no Jornal O Regional e não traz nenhum cunho doloso nem visa a atingir a dignidade do autor que, ademais, ocupando cargo público, deve se habituar com o recebimento de elogios e de eventuais críticas. Ressalta que os fatos não ultrapassaram a esfera do mero aborrecimento, descabendo indenização moral (v. fls. 98/104).

Recurso não respondido.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

É caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar, tanto em relação à preliminar quanto ao mérito, a maioria dos fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*MODESTO SALVIATTO FILHO propôs ação de retratação c/c indenização por danos morais em face de PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE BROTAS aduzindo, em síntese, que a ré publicou matéria jornalística na qual dizia que o autor (Vereador na cidade) não queria cortar gastos e reduzir despesas, o que é inverídico. Requer retração da ré e indenização por danos morais no valor de 100 salários mínimos.*

(...)

A preliminar aventada não merece guarida na medida em que Fernando Mauro Gomes era, na época dos fatos, funcionário ligado ao gabinete da

Acesso ao Sumário

Prefeitura, pelo que a Prefeitura é responsável pelos atos ou omissões de seus agentes, de qualquer nível hierárquico, independentemente de terem agido ou não dentro de suas competências, ainda que, no momento do dano, estejam fora do horário de expediente. O preceito inscrito no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público, o que ocorreu no presente caso, ressaltando que na impede à Prefeitura de ingressar com ação de regresso a quem de direito.

No mérito, a ação procede parcialmente.

É fato incontroverso que foi veiculada matéria na qual informa, dentre outras coisas, que o autor foi contra a aprovação de Projeto de Lei para extinguir/reduzir 6 cargos de confiança 14 funções de confiança, além de regularizar o local de trabalho de alguns servidores que estão em secretarias invertidas, conforme documento de fls. 14/18.

Importante ressaltar que a testemunha Fernando Mauro Gomes, assim como todas as outras duas testemunhas do próprio réu afirmaram ,em depoimento, que o responsável pelas matérias publicadas nos jornais era de responsabilidade do próprio Fernando Mauro Gomes, pessoa esta ligada diretamente ligada ao gabinete do Prefeito o que torna a ré, como já exposto acima, indubitavelmente como pessoa legítima e responsável pela veiculação.

Ocorre que tal afirmação é inverídica, uma vez que o autor votou a favor, conforme documento de fls. 26/27, fato esse corroborado pelos depoimentos das testemunhas arroladas tanto do autor, como do réu.

Não bastasse, uma das matérias conclui que o autor está na contramão do momento político administrativo e sem pensar no bem público, pois na ânsia de fazer oposição ao prefeito, cometeu uma insensatez política de votar dessa maneira. (grifo nosso)

Entendo que o erro em questão violou o direito de personalidade do autor (imagem, honra e vida privada), na medida em que a vinculou a fato negativo e de comoção social com efeitos evidentemente constrangedores no meio social em que vive e funciona. (deu-se esse comentário, pelo fato de o autor ter votado contra, fato esse, como já explanado, que não ocorreu).

Com efeito, chega-se à conclusão que houve falha e irresponsabilidade na matéria veiculada ao afirmar uma atitude inverídica realizada pelo autor, qual seja, a de votar contra o Projeto de Lei e, dentro dessa inverdade, tecer comentários difamatórios à sua imagem.

Dessa forma, observo que a situação enfrentada pelo autor supera o mero aborrecimento e caracteriza o dano moral sendo, no entanto, importante ponderar que o pedido de indenização é exacerbado.

Outrossim, ao ver deste juízo há, quando se fala em dano moral decorrente

Acesso ao Sumário

principalmente de dissabores e desgaste emocional para os quais a vítima comprovadamente não concorreu, a dispensa da prova técnica específica da sua dor, do seu constrangimento e padecimento, por haver presunção absoluta de que tenha sido acometida por um desses infelizes, mas corriqueiros sentimentos, em situações como a que se está julgando.

É que tais sensações nada mais são do que respostas intuitivas e inerentes às ofensas que o ato ilícito praticado por outrem proporciona ao inserir-se indevidamente na esfera de direitos do ofendido que, exposto sem querer, passa a acumular inevitáveis decepções que devem ser recompostas, se impossível em espécie, ao menos a título de compensação, em pecúnia.

(...)

Evidenciadas, pois, as razões que convencem este juízo a ressarcir moralmente o requerente pelo evento danoso definitivamente julgado, devo me pronunciar sobre o seu correspondente 'quantum debeatur', tema reconhecidamente árduo quando se tratam de danos morais, conforme acima se disse, aonde o pretium doloris tem sempre quantificação subjetiva que invariavelmente é relegada ao prudente arbítrio do juiz.

Feita essa preambular consideração, passo a quantificar o pedido do autor.

Penso que, sopesadas as circunstâncias preponderantes que envolvem os litigantes, a extensão do sofrimento do autor e o grau de culpabilidade da ré, que no caso teve relativa intensidade, conveniente é a indenização desta em valor equivalente a R$5.000,00.

Com relação à retratação da ré, observo que o próprio réu admite a veiculação equivocada e, inobstante ter sido realizada uma errata, a mesma não teve os mesmos destaques da matéria inverídica publicada, pelo que diante da repercussão negativa da matéria, a mesma deve oportunizar ao autor o seu direito de resposta.

Tal atitude revelaria a sua intenção meramente informativa. Nesse ponto, a resposta do autor traria mais elementos para que o leitor pudesse formar a sua opinião com mais embasamento.

Ademais, a simples constatação da repercussão negativa perante o autor, ainda que sem a intenção do réu, já seria suficiente para justificar o direito de resposta, nos termos do artigo 2º da Lei 13.188/15.

Não se olvide que o direito de resposta não implica restrição ao direito de informação ou sanção ao meio de comunicação, mas apenas a justa oportunidade ao prejudicado de expor a sua versão dos fatos.

Nada mais havendo a merecer apreciação deste Juízo, tendo sido todos os pontos detidamente dirimidos, dou por julgado o feito, passando somente a ditar a conclusão de todas as ponderações acima alinhavadas.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto e pelo que mais dos autos consta, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para obrigar o réu a oportunizar o direito de resposta ao autor, veiculando o texto exposto às fls. 14/18 no Jornal Ideias, Jornal O Regional e nos demais meios em que foi veiculada a matéria impugnada, inclusive redes sociais e sítios eletrônicos, com o mesmo espaço e destaque, observando que a veiculação do direito de resposta deverá ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da publicação da sentença, bem como para condenar o réu ao pagamento de R$5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, devidamente atualizada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde a data da sentença, nos termos da súmula 362 do STJ, acrescida de juros de mora legais de 1% ao mês, a partir da citação.

Pela sucumbência, arcará a ré, ainda, com as custas e despesas, bem como com honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação" (v. fls. 91/95).

Embora na petição inicial o autor se refira a publicações feitas no Jornal Ideais em 31/1/2016 e no Jornal O Regional em 30/1/2016, apenas refuta a matéria publicada em 30/1/2016 no Jornal O Regional.

Também é verdade que apenas colaciona à petição inicial cópia da mencionada publicação no Jornal O Regional (v. fls. 2), sem fazer referência específica à matéria publicada no Jornal Ideias (documento de fls. 14).

Logo, é caso de afastamento da obrigação de conceder direito de resposta ao autor, com publicação no Jornal Ideias.

Considerando que o autor decaiu de parte mínima do pedido, fica mantida a sucumbência da ré.

Em suma, a r. sentença apelada deve ser parcialmente reformada para afastar a obrigação da ré de conferir ao autor o direito de resposta no Jornal Ideias.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002973-81.2014.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante SUL AMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é apelado JOÃO BATISTA DE SOUZA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18945)**

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

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa. Apelação. Ação indenizatória. Seguro habitacional. Preliminar de incompetência da Justiça Estadual afastada. Manifestação de desinteresse da Caixa Econômica Federal de intervir no feito, eis que os contratos discutidos nos autos não estão vinculados à apólice pública (ramo 66). Competência da Justiça Estadual já decidida em agravo de instrumento. Prazo prescricional decenal (art. 205, CC). Vícios construtivos que se prolongaram no tempo, de caráter contínuo e permanente. Impossibilidade de precisar a data do fato gerador da pretensão. Termo inicial do prazo prescricional na data da ciência da negativa da seguradora em pagar o seguro (Súmula 229 do STJ). Responsabilidade da seguradora pelos vícios de construção. Dever de indenizar da seguradora. Condenação no valor apurado pela perícia. Incidência da multa decendial. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Início do cômputo dos juros moratórios a partir da citação. Sentença mantida. Fixação de honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11 do CPC e Enunciado Administrativo nº 7 do STJ). Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 567/580, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de responsabilidade obrigacional securitária movida por João Batista de Souza dos Santos em face de Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A, para condenar a ré ao pagamento de indenização securitária em favor do autor no importe de R$ 13.060,95, corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo a partir da entrega do laudo (18/04/2016) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, sem prejuízo da pena convencional de 2% sobre o valor da indenização, para cada decêndio ou fração de atraso, contando-se da citação e

limitada até 100% do valor total do dano a ser indenizado. Ante a sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, observando que os honorários periciais são devidos em favor da Defensoria, pois foi quem custeou tal despesa, já que a autora é beneficiária da assistência judiciária gratuita.

A ré apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 582/615.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 616/620) e respondido (fls. 626/636).

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização securitária por meio da qual o autor pleiteia o recebimento de indenização em razão dos vícios construtivos existentes no imóvel e cobertos pelo seguro habitacional.

Após regular processamento do feito, com produção de provas, a sentença julgou procedente a ação, contra a qual se insurge a ré.

Contudo, em que pese os argumentos da ré, o recurso não comporta provimento.

A preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual fica afastada.

Não obstante a apelante alegue que o contrato discutido nos presentes autos encontra-se vinculado ao ramo 66 (apólice pública), não há prova nos autos que comprove tal alegação.

Como se verifica, foi declinada competência em favor da Justiça Federal pela decisão de fls. 231/232, contra a qual o autor interpôs recurso de Agravo de Instrumento nº 0164759-30.2013.8.26.0000, ao qual foi dado provimento para confirmar a competência da Justiça Estadual, pois, "*No caso, a Caixa Econômica Federal manifestou o desinteresse de intervir no feito (fls. 141), eis que os contratos discutidos nos autos não estão vinculados à apólice pública (ramo 66). Desse modo, a competência para julgamento do presente feito é da Justiça Estadual*" (fls. 360/365).

De rigor acrescentar que a seguradora é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. Neste tópico, cumpre anotar que esta 8ª Câmara de Direito Privado, há tempos, chegou a reconhecer a ilegitimidade das seguradoras em casos análogos. Entretanto, curva-se agora a posicionamentos mais recentes, manifestados inicialmente em declarações de voto vencido oriundas desta mesma Câmara. Passou-se a analisar a questão sob o seguinte prisma: aos segurados jamais foram entregues as respectivas apólices. Mas o seguro era obrigatório, tal qual como o dos veículos. Assim, o adquirente não podia fugir da obrigação de pagar o seguro, ao passo que as seguradoras não podem se esquivar das indenizações em face delas dirigidas, de sorte que assiste ao segurador o direito de acionar a chamada "seguradora-líder" à data do ajuizamento da ação (no caso dos autos, a recorrente). Nesse sentido, diversos julgados, merecendo destaque

Acesso ao Sumário

a Apelação Cível nº 273.466.4/8-00, desta Relatoria.

Por sua vez, cumpre assinalar que não se aplica ao caso o prazo prescricional ânuo do art. 206, § 1º, II, "a", "b", do Código Civil, mas sim o prazo decenal previsto no art. 205 do mesmo Diploma Legal.

Os alegados vícios construtivos se prolongam no tempo, ou seja, os danos físicos existentes no imóvel são de caráter contínuo e permanente, não havendo como precisar a data do fato gerador da pretensão para estabelecer o termo inicial do prazo prescricional. Dessa forma, bem assinalou o d. Magistrado *a quo*:

"*[...] Nessa linha de ideias, não há nos autos prova inequívoca a atestar, com precisão, a data em que o autor tomou ciência dos danos, não sendo bastante, a tanto, menção constante do laudo de que o autor notara os vícios cinco anos antes.*

Ressalte-se que, no caso, trata-se de vícios de construção que emergiram de maneira progressiva e contínua, já tendo sido reparado pela parte autora, dificultando, assim, sua demarcação cronológica exata, pelo que imperioso, e por força de aplicação do código civil vigente, o afastamento da prescrição suscitada." (fls. 570).

Desse modo, o prazo prescricional tem seu termo inicial na data da ciência da negativa da seguradora em pagar o seguro, conforme o disposto na Súmula 229 do C. STJ. Nesse sentido, confira-se o precedente desta C. Corte:

> **Apelação nº 1000713-48.2015.8.26.0481** - *APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO HABITACIONAL - Óbito de uma beneficiária, (esposa do autor) - Alegação de prescrição corretamente afastada - Prescrição decenal no caso, já que o mutuário não é segurado, mas sim beneficiário - Afastada tese de impossibilidade da quitação parcial em razão de inadimplemento e de doença pré-existente, prevalecendo no caso a boa-fé bem como o adimplemento substancial, não tendo a seguradora sequer exigido exames médicos à época - Sentença mantida - Apelo improvido.* (2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, j. em 21/03/2017)
>
> **Apelação nº 0000235-56.2008.8.26.0302** - *Seguro habitacional indenizatória. Ilegitimidade passiva. Insubsistência. Incontroversa a condição da recorrente de cosseguradora do sistema de seguro habitacional. Participação no "pool" de empresas que atuam nesse mercado impõe sua responsabilização na hipótese de ocorrência do sinistro. Divisão de natureza administrativa e segundo um rodízio das seguradoras que não pode interferir no direito do beneficiário. A quitação e a liberação da hipoteca são fatos incapazes de afastar da seguradora a obrigação de indenizar, uma vez que surge em função do sinistro e pela*

Acesso ao Sumário

inocorrência da prescrição. Prescrição anual. Descabimento. Vícios construtivos contínuos e permanentes, revelando seu caráter progressivo. Início apenas a partir da comunicação e recusa da seguradora. Prescrição de natureza vintenária, segundo o Código Civil vigente, ou decenal, pela novel legislação civilista. Vícios da Construção. Obrigação de indenizar. Necessidade de interpretação sistemática do contrato no que tange às condições particulares e ao anexo 12 referente às normas e rotinas para a indenização por danos físicos no imóvel. MULTA DECENDIAL. Pena que pode ser requerida pelo segurado e com incidência a partir do momento em que se observou a mora da seguradora. Sentença de procedência. Recurso improvido. (5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JAMES SIANO, j. em 25/05/2011).

A conclusão final é de que a ré deve indenizar o autor nos moldes delimitados pelo *expert* na análise pericial, pois "*a apontada má construção do imóvel não elide a responsabilidade da Seguradora em indenizar os prejuízos suportados pelos autores, pois os vícios de construção não estão sendo excluídos da cobertura securitária*" (TJSP - Ap. Cív. nº 230.448-1/0 - Santos - 7ª Câmara Cível).

A questão relacionada à cláusula excludente ligada à imprevisão contratual para os danos já foi julgada várias vezes por este Egrégio Tribunal de Justiça.

No julgamento da APELAÇÃO CÍVEL n° 217.488.1/7, o Relator Desembargador **MARCO CÉSAR**, consignou o seguinte a respeito do tema: "*a cláusula de exclusão do seguro, por sinistro advindo de causa interna, não se mostra invocável na espécie. É que a seguradora aceitou passar à cobertura do imóvel, apesar de suas condições, beneplacitando, dessa forma, a obra, de molde a levar o comprador ao entendimento de que perfeita. Além do mais, se, apesar dos vícios, foi aceita a contratação, presume-se terem sido eles relevados, não abarcados, por conseguinte, pela cláusula trás referida. Não bastassem tais circunstâncias, a contratação é de natureza adesiva, interpretável a favor do aderente, no caso de dúvida.*".

Outro não poderia ser o entendimento, sob pena de grave ferimento ao consumidor. Conclusão em sentido contrário representaria privilégio inaceitável da seguradora em detrimento do adquirente de moradia popular, praticamente sem cobertura de nada porque os danos não decorreriam de causas externas.

Sobre o tema, adoto, por pertinentes, os fundamentos do voto da lavra do E. Desembargador **ARIOVALDO SANTINI THEODORO**, no julgamento da APELAÇÃO CÍVEL nº 325.478-4/5-00: "*Por derradeiro, não se forraria, em qualquer caso, a seguradora do dever de indenizar, pois segurados os imóveis contra 'todos os riscos' (sem nenhuma exclusão de causas) que o ameacem de desmoronamento - como no caso ameaçados os imóveis dos autores. É essa a*

Acesso ao Sumário

interpretação que aqui se impõe, já que se trata de contrato de adesão, ademais celebrado para resguardar os necessitados de financiamento pelo SFH, em favor dos quais devem ser interpretadas cláusulas dúbias e aparentemente colidentes entre si".

No mesmo sentido, julgados desta 8ª Câmara de Direito Privado:

Apelação nº 0009714-58.2007.8.26.0079 - "*Apelação Cível. Indenização por danos físicos em imóvel adquirido por meio do Sistema Financeiro da Habitação. Sentença procedente. Preliminares arguidas que foram apreciadas no agravo de instrumento n. 089.01.2011.019409-6. Reconhecimento de não ter ficado demonstrado o interesse da CEF. Reconhecimento da Legitimidade da seguradora. Prescrição afastada. Danos físicos comprovados por laudo pericial. Condenação nos danos apurados no laudo pericial. Multa decendial é devida. Recurso da CEF como terceiro prejudicado. Imóvel adquirido por contrato em 1.984. Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça o interesse da Caixa ocorre nos financiamentos com cobertura do SH/SFH (ramo 66), nos contratos firmados entre 02/12/1998 a 29/12/2009, e ainda mediante a demonstração de risco efetivo de comprometimento do FCVS e da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade. Recurso da CEF não conhecido. Honorários mantidos. Apelo desprovido*" (rel. Des. SILVÉRIO DA SILVA, j. 5.2.14).

Apelação nº 0008726-90.2010.8.26.0590 - "*Indenizatória. Seguro habitacional. Vícios de construção. Procedência. Inconformismo das partes. Ausência dos pressupostos basilares que possibilitariam o ingresso da CEF. Competência da Justiça Estadual. Prescrição. Inocorrência. Carência da ação afastada. Natureza dos danos que impossibilita precisar seu termo inicial. Contrato coativo. Dever de indenizar. Obrigação da seguradora em fiscalizar o objeto do seguro. Condenação no valor apurado pela perícia. Incidência da multa decendial, limitada, todavia, ao valor da indenização. Honorários de sucumbência bem fixados. Dispositivos aplicáveis à espécie não violados. Sentença mantida. Apelo e agravo retido desprovidos*" (rel. Des. GRAVA BRAZIL, j. 13.12.13).

Apelação nº 0054424-17.2009.8.26.0506 - "*VOTO DO RELATOR - EMENTA - COBRANÇA SEGURO HABITACIONAL - Danos físicos no imóvel - Sistema Financeiro de Habitação - Improcedência - Apólice exclui indenização por danos decorrentes de vícios ou defeitos na construção do imóvel - Adoção, no entanto, da teoria da concausalidade - Obrigação contratual da seguradora de fiscalizar a obra, o que não se verificou - Valor da condenação que deve guardar consonância com o laudo pericial e que é de extrema modéstia para os padrões da seguradora apelada - Inclusão da multa na condenação - Descabimento*

- Multa que se funda no descumprimento contratual nas relações entre a seguradora e a financiadora e não pode ser revertida em favor dos segurados/mutuários - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido." (rel. Des. SALLES ROSSI, j. 11.12.13).

Isso quer dizer que referida multa é aplicada na hipótese de atraso no pagamento da indenização.

Como se sabe, a multa é uma cláusula acessória do contrato, portanto, sua sorte acompanha a da obrigação principal. No presente caso, como foi reconhecido o inadimplemento da seguradora e o dever de indenizar, inevitavelmente deve ser reconhecida a incidência da multa em favor dos mutuários.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "*É válida a multa decendial pactuada para o atraso do pagamento da indenização, limitada ao montante da obrigação principal (CC/1916, Art. 920)*" (REsp. 651.227 - SP - Rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS - 3ª Turma - j. em 01/09/2004 - *in* DJ 11/10/2004, p. 325).

Ressalte-se, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor é perfeitamente aplicável ao caso vertente, por se tratar de relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º do CPC, sendo que a cláusula excludente da obrigação da seguradora em indenizar/reparar os danos físicos decorrentes de vícios de construção viola o disposto no artigo 54, § 4º, do CDC. Aplica-se, também, o disposto no artigo 47 do CDC, interpretando-se de forma mais favorável ao consumidor as cláusulas contratuais.

Já decidiu dessa forma este E. Tribunal:

Apelação nº 0002108-02.2011.8.26.0136 - *Apelação Cível - Seguro Habitacional - Ação de Indenização - Danos a imóvel coberto por seguro habitacional - SFH - Vícios de construção - Contrato de adesão - Ausência de comprovação do sinistro que não afasta o interesse de agir - Inexigência de litisconsórcio passivo necessário com o agente financeiro - Legitimidade ativa e passiva verificadas - Inocorrência da Prescrição - Hipótese em que os danos são inexatos, protraindo-se no tempo - Incompetência da Justiça Estadual já superada - Interesse de agir verificado - Agravo Retido improvido - Alegação de não cobertura afastada - Seguradora é responsável por vícios de construção - Entendimento do E. STJ - **Incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor** - Laudo pericial apontou a existência de vícios construtivos - Indenização devida - Ausência de previsão contratual acerca da multa decendial - Sentença mantida - Recursos improvidos.* (TJSP - Rel. Des. JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, 2ª Câmara de Direito Privado, j. em 31/01/2017) - GRIFAMOS

Apelação nº 0022618-08.2001.8.26.0000 - ***Seguro habitacional -***

Cláusula excludente de cobertura por vício de construção que não se aplica - Inteligência do Código de Defesa do Consumidor *- Hipótese, no entanto, em que o CDHU está efetuando os reparos necessários no imóvel - Recurso provido.* (TJSP - Rel. Des. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, 9ª Câmara de Direito Privado, j. em 23/02/2010) - GRIFAMOS

Quanto ao termo inicial para o cômputo dos juros moratórios, cabe ressaltar que a mora foi constituída quando da citação, de modo que está correta a sentença quando determina que se dê a partir da citação, não prosperando a pretensão da apelante para que se inicie a partir do laudo pericial.

Nesse sentido:

Apelação nº 0001414-73.2014.8.26.0024 - *SEGURO HABITACIONAL - VÍCIOS CONSTRUTIVOS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - AUSÊNCIA DE INTERESSE DA CEF - FIM SOCIAL DO CONTRATO - DEVER DE INDENIZAR - PRESCRIÇÃO NÃO OCORRIDA - CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE A DATA DO LAUDO E JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO – MULTA DEVIDA Se a CEF foi intimada para manifestar eventual interesse na causa, por ordem desta Colenda Câmara, e não se manifestou, não comporta acolhimento a alegação de incompetência da Justiça Estadual, baseada em suposto interesse da CEF - Prescrição da ação no prazo de dez anos, cujo início é incerto, dada a evolução progressiva e contínua dos danos - Presença das condições da ação - Relação de Consumo - Cláusula Abusiva - Fim social do contrato - Comprometimento da segurança da habitação - Boa-fé objetiva - Dever da seguradora de fiscalizar a obra - Laudo pericial que atesta a existência de vícios construtivos decorrentes da utilização de material de má-qualidade na construção do imóvel e fixa valor da indenização, que deve ser corrigido monetariamente a partir de sua apresentação e com juros de mora a partir da citação - Aplicação da multa decendial sobre o valor da indenização, contada a partir da citação e limitada a 100% do valor desta - Sentença confirmada - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.* (TJSP Rel. Des. ALEXANDRE COELHO, 8ª Câmara de Direito Privado, j. em 14/05/2017)

Apelação nº 0040606-71.2011.8.26.0071 - *APELAÇÕES. SEGURO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. Procedência, carreando à demandada o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação. Apelo da ré reiterando prejudiciais deduzidas em contestação, insistindo na improcedência, na inexigibilidade da multa decendial e reclamando a incidência dos juros a partir do laudo. Apelo adesivo dos autores objetivamente a majoração da verba*

Acesso ao Sumário

honorária. Questões prejudiciais apreciadas no julgamento do Agravo de Instrumento 0173278-28.2012.8.26.0000 e no Agravo Regimental nº 0173278-28.2012.8.26.0000/50004, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal, de onde foram encaminhados ao Juizado Especial Federal que, ao final, deliberou pelo retorno do feito à Justiça Estadual. Não conhecimento. Configuração da responsabilidade da seguradora por vícios decorrentes da construção no âmbito de cobertura do seguro habitacional obrigatório. Vício intrínseco incluído na cobertura. Seguradora a quem incumbe o dever de fiscalizar a obra. Indenização devida, assim como a incidência da multa decendial. Juros a partir da citação. Verba honorária majorada para 15% sobre o valor da condenação. Sentença parcialmente reformada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, NA PARTE CONHECIDA. RECURSO ADESIVO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO. (v.24603). (TJSP - Rel. Des. VIVIANI NICOLAU, 3ª Câmara de Direito Privado, j. em 31/03/2017)

Destarte, escorreita a sentença, que agora, em sede de recurso, fica mantida pelos seus jurídicos e bem lançados fundamentos.

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. 581), os honorários sucumbenciais anteriormente fixados ficam majorados em quantia equivalente a 5% do valor da condenação, totalizando 15% do valor da condenação a serem pagos pela ré/apelante em favor do(s) patrono(s) do autor/apelado.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1080833-86.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LUIZ CARLOS DOS SANTOS COSTA, é apelada FUNDAÇÃO CESP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38737)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura de fornecimento de oxigenioterapia suplementar - Existência de recomendação médica expressa - Alegação de exclusão contratual, por ausência de previsão no rol de cobertura obrigatória da ANS - Inadmissibilidade - Súmula 102 TJSP que afasta a taxatividade do rol da ANS - Cobertura devida - Equiparação do plano fornecido pela ré aos disponibilizados no mercado - Aplicação do CDC - Atitude da ré se mostra abusiva, pois restringe direito ou obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, ameaçando seu próprio objeto - Despesas suportadas diretamente pelo autor, com pedido de reembolso efetuado pela ré - Irrelevância - Possibilidade de o beneficiário do plano optar pela cobertura do tratamento através de fornecimento por prestadores credenciados ou o pagamento direto de prestadores de livre escolha com posterior reembolso - Hipótese em que a opção por um método não impede a mudança pelo outro quando for oportuno e necessário - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação de obrigação de fazer proposta pelo ora apelante para compelir a ré, apelada, a cobrir o tratamento de oxigenioterapia suplementar realizado através da disponibilização de concentrador de oxigênio "*Everflo 5 lts 110V*", "*02 cilindros de oxigênio, um de 40 lts com regulador e o outro de 5 lts, de alumínio, com carrinho*" em forma de "*home care*". Em razão da sucumbência, foi o autor condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Acesso ao Sumário

Recorre, o autor, alegando, em síntese, que a ré jamais lhe ofereceu qualquer equipamento para o tratamento de oxigenioterapia de que necessita para manter vivo, como lhe compete, dado que a moléstia que lhe acomete se encontra coberta pelo contrato, tendo lhe oferecido apenas a modalidade de

cobertura por reembolso, que é mínimo, forçando- lhe a assumir custos que não pode suportar.

Recurso processado com resposta.

É o relatório.

De início, cumpre frisar que a questão trazida aos autos deve ser dirimida pelo disposto na legislação consumerista, a teor do que dispõe a Súmula nº 469 do C. STJ, para a qual "*aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

E tal entendimento não se afasta pela dita ausência de fins lucrativos da ré, ora apelada, pois, conforme já decidido "*...Ainda que não tenha finalidade lucrativa, nem por isso o regramento do consumo está fora do alcance do CDC, pois a atividade é típica de fornecimento e recebimento de serviços*" (Apel. nº 9095060-66.2008.8.26.0000, TJSP - 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 17.04.2012).

No mais, incabível o argumento expendido pela ré apelada de não ser coberto o tratamento que não consta no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), anexo II da Resolução Normativa nº 387, pois impede a correta assistência medica e hospitalar de que necessita o autor, apelante. O objetivo de entidades que prestam assistência à saúde é proporcionar efetiva cobertura para o tratamento médico necessário ao segurado.

Os relatórios médicos encartados a fls. 20/21 atestam expressamente a necessidade de oxigenioterapia suplementar em domicílio e de transporte, conforme requerido, sendo prova suficiente da sua necessidade.

Nessa quadra, a negativa de cobertura ao tratamento de que necessita, fundada em ausência de obrigação contratual da ré, é evidentemente abusiva. Neste sentido pacífico o entendimento da jurisprudência, consubstanciado na Súmula 90 deste E. Tribunal de Justiça: "*Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de 'home care', revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.*"

Ademais, à luz do Código de Defesa do Consumidor, a atitude da ré se mostra abusiva, pois restringe direito ou obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, ameaçando seu próprio objeto.

Por fim, tem-se que o fato de o autor ter optado, de início, a contratar diretamente a prestação do serviço de que necessita, com prestador de sua livre escolha, arcando diretamente com as despesas respectivas e a ré já estar efetuando o reembolso das mesmas não o impede de pleitear posteriormente, quando lhe for oportuno e necessário, a sua cobertura completa, através de prestadores credenciados, conforme lhe é facultado.

Portanto, a hipótese é de procedência do pedido formulado pelo autor.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso para julgar procedente a ação proposta pelo ora apelante, invertida a sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000313-03.2017.8.26.0210, da Comarca de Guaíra, em que é apelante N.C.S.F. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado O.A.F.N. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

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 20604)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: ALIMENTOS - REVISIONAL - FILHO DE NOVA RELAÇÃO - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE ABALADA - MANUTENÇÃO DO VALOR ANTERIORMENTE FIXADO - IMPOSSIBILIDADE-OBRIGAÇÃODESUSTENTO QUE É DE AMBOS OS PAIS - SENTENÇA CONFIRMADA - APELO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Apelação Cível exprobando os termos em que vazada a R. sentença de fls., que houve por procedente o feito, determinando a diminuição do valor dos alimentos ao patamar de 1/3 do salário mínimo nacional; rija no fundamento da comprovação da mudança da situação financeira do Alimentante, que encontra-se desempregado.

Insurge-se a Recorrente aduzindo da inexistência de alteração da capacidade financeira do Autor, já que os documentos acostados são antigos, inaptos a demonstrar o suposto abalo na fortuna do Apelado. Afirma ganhar o Alimentante, no mínimo, salário de R$ 1.400,00, além de não haver provas de que tenha custos com aluguel de imóvel para moradia. Por outro lado, alega ser

impossível a redução da obrigação ante as necessidades da menor.

Recurso com processamento bastante. Sem resposta.

Parecer Ministerial a fls.

É o breve relato.

Com efeito, a insurgência não merece encômios, devendo subsistir a sédula decisão, que deu exata solução à lide.

Isso porque, trouxe o Recorrido, cópia de Certidão de Nascimento, onde ficou assentado ser pai de segundo filho com outra mulher, nascido em abril de 2016 (fls. 19), não comprovando outra mudança em sua situação econômica. Por outro lado, a genitora da Alimentada não carreou comprovantes de que participa das obrigações pecuniárias da infanta.

Como temos falado diversas vezes, a obrigação do sustento da criança é de ambos os pais. No caso do Apelado, com o nascimento de criança fruto de outra relação, hialino que suas despesas aumentaram. Porém quanto mais novo o rebento, menor a verba necessária para sua mantença - inda que por ora.

Em atenção ao binômio necessidade *versus* possibilidade, a minoração do percentual é medida que se impõe, equiparando-se os dois rebentos, já que não comprovados gastos mais elevados para o sustento da Apelante; nunca olvidar de que a mãe também há que contribuir para a manutenção da prole.

Como bem asseverado pelo h. Magistrado, *in verbis*: "Portanto, verificada a modificação nas condições financeiras do Autor em observância à época da fixação anterior, com a atual, tem-se que é de bom-tom diminuir a prestação mensal, tendo em vista que o documento de fls. 15/16 (CTPS), indica que o Autor está desempregado, impossibilitando que permaneça o valor outrora fixado. E a prova oral não teve o condão de alterar o que documentalmente comprovado, especialmente diante de sua generalidade. Embora haja comprovação de que o autor esteja realizando 'bicos', não se pôde estabelecer um valor remuneratório".

Alfim, em feitos envolvendo menores é facílima a decisão: basta que se atenha ao superior interesse da criança - por sinal essa a *mens legis* do E.C.A., no seu Artigo 1º.

NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso; mantém-se a R. sentença, em todos seus fundamentos, à luz do Artigo 252 do Regimento Interno desta Relação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008633-92.2016.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante SINDIC. TRAB.

Acesso ao Sumário

IND. OF. METAL. MEC. MAT ELET. ELETR. SID. AUTOM. AUTOP. DE TAUB., TREM., CAR., UB., SLP, RS, L., NS, SAP, SBS E CJ, é apelado OSWALDIR GABRIEL DE SOUZA.

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 32.604)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente sem voto), CHRISTINE SANTINI e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Contrato de honorários advocatícios relativos à prestação de serviços em reclamação trabalhista em face do ora apelado. Sentença que acolhe pedido formulado. Prestação de serviços para associados de sindicato por advogados empregados da entidade. Ausência de contratação particular. Dever do sindicato de prestar assistência judiciária a seus associados. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso tirado contra a r. sentença de fls. 111/115 dos autos, que julgou procedente a ação de indenização por danos materiais proposta por OSWALDIR GABRIEL DE SOUZA em face de SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS METALÚRGICAS, MECÂNICAS E DE MATERIAL ELÉTRICO E ELETRÔNICO, SIDERÚRGICAS, AUTOMOBILÍSTICAS E DE AUTOPEÇAS DE TAUBATÉ, para condenar o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 84.266,05.

Fê-lo a r. sentença, forte no argumento de que os integrantes do sindicato realizam contribuições, por meio de desconto direto em folha de pagamento, para obterem benefícios decorrentes de sua adesão, dentre os quais a assistência jurídica.

Assim, entendeu a D. Magistrada de Primeiro Grau pela impossibilidade de retenção do percentual de 30% sobre as verbas trabalhistas recebidas pelo autor em demanda na qual foi assistido por advogados do sindicato a que é associado.

Recorreu o réu, alegando, preliminarmente, necessidade de dilação

Acesso ao Sumário

probatória, impossibilidade de julgamento antecipado e falta de interesse processual.

No mérito, afirma que deve ser respeitada a autonomia privada das partes acerca das cláusulas ajustadas no contrato. Aduz que o autor não é hipossuficiente e anuiu prévia e expressamente com a retenção efetuada pelo sindicato.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 118/136, pede o provimento de seu recurso.

Foi o apelo contrariado (fls. 142/148).

É o relatório.

1. A rigor, a competência para apreciação do presente recurso de apelação é da III Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, porque versa sobre inexigibilidade de crédito, cumulada com restituição de valores pagos a título de honorários advocatícios.

Sucede que a competência entre as três subseções de direito privado deste Tribunal de Justiça é meramente preferencial, de modo que não induz nulidade do julgamento.

Em homenagem ao princípio da celeridade processual e em respeito às partes, passo ao julgamento do recurso.

2. Deixo de acolher as preliminares arguidas.

Não há que se falar em cerceamento de defesa no presente caso.

A oitiva do autor é totalmente prescindível à solução da lide, vez que já constam dos autos documentos hábeis à comprovação dos fatos.

Além disso, o pedido de oitiva do autor, assim como o de produção de prova testemunhal, foi formulado genericamente na contestação.

Não bastasse, em petição juntada às fls. 98/100, o requerido recorrente não apenas ressalta a importância da prova documental, consistente da cópia da ata de assembleia, como também requer, de forma expressa, a extinção do processo com julgamento de mérito, sem fazer qualquer pedido acerca da produção de prova oral.

Tal circunstância não apenas demonstra que, em verdade, o requerido já não tinha interesse na produção de prova testemunhal, como indica o reconhecimento da aptidão do pedido inicial, vez que pugna pelo julgamento do mérito da demanda.

Deste modo, também incabível o acolhimento da preliminar de falta de interesse do autor.

Além do tácito reconhecimento pelo requerido da aptidão do pedido formulado, referida questão confunde-se com o mérito, vez que a pretensão do autor é ver declarada a inexigibilidade dos honorários supostamente acordados com advogados empegados do sindicato.

Acesso ao Sumário

A inicial não é inepta e presentes se encontram todas as condições da ação.

Afasto as preliminares.

3. No tocante ao mérito, o pedido do autor é procedente, e o presente recurso não comporta provimento.

O que objetiva o sindicato requerido, em última análise, é o reconhecimento da possibilidade de retenção do percentual referente a honorários supostamente convencionados entre advogados da entidade e os empregados sindicalizados.

Tal pretensão não prospera.

Como se nota do conteúdo do documento juntado às fls. 101/106, a ação trabalhista coletiva, na qual restou vitorioso o autor, foi proposta pela entidade sindical, a qual acordou com os advogados patrocinadores da demanda a retenção de 30% do valor decorrente do êxito da demanda em favor dos causídicos.

Não há qualquer menção à contratação dos serviços advocatícios de forma particular pelo autor, empregado sindicalizado.

O requerente foi assistido juridicamente pelo sindicato, o qual contratou advogados para atuarem da própria entidade, na ação coletiva.

A assistência jurídica recebida pelo autor por meio do sindicato é pressuposto de sua condição de associado, não se justificando a retenção efetuada. Admitir tal possibilidade significaria verdadeiro *bis in idem*, uma vez que o empregado sindicalizado pagaria duas vezes pela defesa dos interesses da classe em juízo.

O entendimento deste E. Tribunal é uníssono no sentido de que a assistência jurídica prestada por meio do sindicato é dever da associação, não cabendo a retenção de honorários advocatícios para tais fins:

> "*Ação de cobrança de honorários advocatícios. Autores que agiram na qualidade de advogados do Sindicato dos Metalúrgicos de Taubaté, entidade que tem o dever legal e constitucional de defender os interesses de seus associados, inclusive com a prestação de assistência jurídica. Ausência de prova de contratação verbal particular. Recurso improvido, rejeitada a preliminar.*" **(Apelação cível nº 0008101-48.2010.8.26.0625. Relator Desembargador Gomes Varjão. Julgado em 17/02/2014)**.

> "*HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Prestação de serviços para associados de sindicato por advogados empregados da entidade. Não delineada a contratação particular verbal, entende-se que os serviços foram prestados sob a égide dos artigos 8º, VIII da CF, 514, "b", da CLT e 14 da Lei n. 5.584/70. Trabalho remunerado pelo sindicato, sem custo para o associado. Ação improcedente. Recurso não provido.*" **(Apelação cível nº 0027261-64.2007.8.26.0625. Relator Desembargador Gilson**

Acesso ao Sumário

Delgado Miranda. Julgado em 07/04/2015).

Durante anos o autor contribuiu, por meio da taxa sindical, a fim de que, quando necessário, pudesse socorrer-se, dentre outros serviços, da assistência jurídica prestada pelo Sindicato, sem qualquer outro ônus.

Ademais, vale reafirmar que a ata da assembleia sindical (fls. 101/106) apenas faz prova do acordo entabulado entre o sindicato e os patronos da demanda trabalhista, não havendo prévia anuência do autor, que apenas ingressou em demanda trabalhista já em curso.

Não há negócio jurídico entre o empregado e os advogados.

O contrato celebrado entre o sindicato e os advogados não pode redundar em prejuízo dos empregados sindicalizados, fazendo-os sofrer expressivo desconto de indenização trabalhista a que fazem jus, em decorrência de prestação de serviços advocatícios já remunerados pela contribuição sindical, e que integram uma das próprias finalidades da entidade de classe.

4. Diante do exposto, a sentença deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Majoro os honorários sucumbenciais para 12% sobre o valor atualizado da condenação.

Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010694-17.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JARDIM DAS VERTENTES INCORPORADORA SPE LTDA. e PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, são apelados LIGIA MARA MARTINS SANTANA GALHARDO e MARCIO RODRIGUES GALHARDO.

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 39.873)**

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

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

ARALDO TELLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Legitimidade de parte. Demanda envolvendo relação de consumo. Responsabilidade solidária entre integrantes da cadeia de fornecimento. Incidência da "teoria da aparência". Legitimidade passiva verificada.

Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da obra. Alto volume de chuvas e aquecimento do mercado na atividade de construção civil que não caracterizam força maior. Caso fortuito interno inerente à atividade do incorporador imobiliário. Abusividade da cláusula que prevê a exclusão da responsabilidade por casos de força maior assimilados ou presunção de casos fortuitos.

Lucros cessantes. Ausência de cláusula penal. Consumidores que não podem usufruir do bem. Ressarcimento do prejuízo. Obrigação das rés de indenizar os compradores até a efetiva entrega, correspondente ao percentual mensal de 0,5% sobre o valor atualizado do contrato.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação manejada por compromissários compradores de unidade habitacional, cujas obras foram concluídas com atraso, em que se busca indenização por danos materiais.

Julgada parcialmente procedente, as rés foram condenadas a indenizar os autores no período compreendido entre julho de 2013 e a efetiva entrega da obra, à base de 0,5% do valor do imóvel ao mês.

Inconformadas, as vencidas apelam à Corte a brandir preliminar de ilegitimidade passiva da PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações. No mérito, aduzem, em suma, que o retardo decorreu da escassez de mão de obra e condições climáticas adversas. Quanto aos lucros cessantes, diz que não há como indenizar o dano hipotético, tendo em vista que os autores adquiriram o imóvel para lá residir. Clama pela exclusão e, alternativamente, seja considerado como termo final a data da expedição do "habite-se".

Acesso ao Sumário

Com contrariedades e preparo anotado, subiram os autos.

É o relatório, adotado o de fls. 298/299.

Rejeita-se a preliminar.

Nas razões, esclarecem as rés que **JARDIM DAS VERTENTES**

INCOPORADOR SPE LTDA. é sociedade de propósito específico constituída para a construção do empreendimento imobiliário, sendo pessoa jurídica distinta de **PDG REALTY S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES.**

Para o consumidor, todavia, no momento da compra, não é de fácil compreensão a distinção da atividade de cada uma, inexistindo negativa de que a **SPE** e a **PDG** não integrem o mesmo grupo econômico, tanto que consta seu logotipo nos materiais fornecidos aos adquirentes, como elas próprias afirmam às fls. 311.

Por isso, incide, na hipótese, a "teoria da aparência", sendo, portanto, irrelevantes as relações jurídicas estabelecidas entre tais pessoas jurídicas, podendo qualquer uma ou ambas figurar no polo passivo da demanda ajuizada porque integram a cadeia de fornecimento.

Nesse sentido, já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça: **a empresa que integra, como parceira, a cadeia de fornecimento de serviços ao consumidor é responsável solidária pelos danos causados ao consumidor por defeitos no serviço prestado**[1].

No mérito, o apelo também não comporta acolhida.

Repete-se que a relação entabulada entre as partes submete-se à legislação consumerista, já que o incorporador faz a venda antecipada de apartamentos, arrecadando o capital necessário para a construção do prédio, obrigando-se a construí-lo e dá-lo ao promitente comprador. Assim, inegável a presença das figuras do fornecedor e do consumidor na cadeia de consumo.

Por outro lado, não há controvérsia acerca do atraso na entrega da obra, mas tentam, as acionadas, livrar-se da obrigação de indenizar sob o argumento de que a mora decorre de força maior e que, conforme cláusula do instrumento de promessa de compra e venda, tal motivo permite a prorrogação do prazo.

Ocorre que os fatos narrados - chuvas em volume incomum, aquecimento do mercado da construção civil culminando na escassez de insumos e falta de mão de obra capacitada - não podem ser invocados como excludente.

Em primeiro lugar, não há se falar na imprevisibilidade absoluta do aumento da procura por materiais e profissionais capacitados, já que, sabidamente, as empresas do ramo da construção civil contam com um setor de pesquisa de qualidade, que tem por objetivo estudar a pluralidade de fatores que influenciarão no valor de mercado de determinado imóvel e no lucro do empreendimento.

Dentre esses critérios, sem dúvida, há prioridade na análise do rol de fornecedores - de insumos ou de serviços - necessários à execução do empreendimento, sendo fator atinente ao risco do negócio a escolha de determinados profissionais e a inexistência de outros para o caso de

1 REsp 759791/RO, Rel. Ministro *Sidnei Beneti, Terceira Turma*, DJe 15/04/2008.

inadimplemento dos eleitos.

A paralisação ou demora na entrega não pode ser atribuída à falta de materiais ou equipamento no mercado, pois tais ocorrências, ainda que imprevisíveis, tratam de fortuito interno, isto é, configuram a inobservância de um risco próprio da atividade.

Na lição 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*[2].

Diga-se o mesmo do volume de chuvas, que, por mais alto que tenha sido no período das obras, já deveria estar computado no longo prazo de seis meses adicionais à data prevista para conclusão.

De qualquer forma, prova alguma foi produzida em torno desses temas, de modo que soam vazias as alegações.

Em suma, sendo confesso o inadimplemento, inegável a obrigação de indenizar, revelando-se desnecessária a perquirição da culpa, presente a responsabilidade objetiva do fornecedor.

No tocante aos lucros cessantes, como a avença não estipula cláusula penal em razão da mora das fornecedoras, mostra-se acertado o parâmetro fixado, porque consentâneo com o que tem decidido esta Câmara em casos análogos[3], fixando-se os danos materiais no **percentual mensal de 0,5% do valor atualizado do contrato**. O cômputo, em acréscimo, realmente, deve ter como data final a efetiva entrega do bem[4].

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Tendo sido a r. sentença proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, não há se falar em elevação da verba honorária pelo trabalho adicional recursal.

É como voto.

Acesso ao Sumário

2 **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 475.

3 Apelações números 0120512-86.2012, 1084830-19.2013 e 0177413-11.2011, todas desta C. 10ª Câmara de Direito Privado.

4 Conquanto ainda não tenha transitado em julgado, esse o conteúdo do TEMA 05 do IRDR TJ/SP, TURMA ESPECIAL - PRIVADO 1, IRDR n. 0023203-35.2016.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, DJ 31/08/2017.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1077210-53.2013.8.26.0100, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes GERALDO JOSE SOROMENHO e NEIZA MARIA SOARES, são apelados SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A. e FUNDAÇÃO INSTITUTO DE MOLÉSTIAS DO APARELHO DIGESTIVO E DA NUTRIÇÃO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Doutora Eduarda Almeida Horta.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29640)**

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

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Ação monitória, convertida para o procedimento comum ordinário. Prestação de serviços médico-hospitalares (procedimento cirúrgico de artrodese lombar, com emprego de próteses e órteses, essas últimas de cobertura recusada pela seguradora de saúde, que glosou tais cobranças da conta hospitalar). Cobrança do hospital contra paciente e esposo que havia subscrito termo de responsabilidade pela internação. Denunciação da lide ofertada pelos réus contra operadora/seguradora de saúde, com pedido de redirecionamento da cobrança. Sentença de procedência da ação principal e improcedência da denunciação da lide. Inconformismo dos réus-denunciantes. Provimento. Sentença reformada.

1. Uma vez reputada nula a limitação da cobertura de materiais - próteses e órteses - reputados indispensáveis ao sucesso de procedimento cirúrgico aplicado à paciente Neiza, cuja desnecessidade técnica não foi sequer demonstrada pelos meios probatórios possíveis -, compete à operadora do plano de saúde, por força do contrato assumido com a paciente, arcar com as despesas relativas ao seu tratamento cirúrgico, descabida a imputação de responsabilidade

Acesso ao Sumário

direta pela quitação do débito aos réus-denunciantes em razão do termo de responsabilidade assinado em virtude da internação. Embasamento em lei de regência (artigo 10, inciso VII, Lei Federal 9.656/98) e enunciados sumulares jurisprudenciais que consolidam a coerência dessa tese ora reforçada. Provados a prestação de serviços, o respectivo valor e o inadimplemento contratual por parte da operadora do plano/seguradora de saúde, legítimo o redirecionamento da responsabilidade patrimonial direta pela cobrança em desfavor da operadora/seguradora de saúde.

2. Distribuição dos ônus de sucumbência. A despeito de vencida na ação principal, deve-se atentar à regência do princípio da causalidade em conjunto à sucumbência, visto que foi a terceira litisdenunciada Sul América quem deu ensejo à distribuição da demanda contra os réus. Condenação exclusiva da denunciada a pagar pelos ônus sucumbenciais tanto em virtude do julgamento de procedência da ação principal, quanto da denunciação à lide.

3. Recurso de apelação dos réus-denunciantes Neiza e Geraldo provido.

VOTO

Na presente ação monitória, a parte autora, o Hospital Edmundo Vasconcelos (Instituto de Moléstias do Aparelho Digestivo e da Nutrição), objetiva cobrança de despesas médico-hospitalares contra Geraldo José Soromenho e Neiza Maria Soares, réus que denunciaram à lide a seguradora de saúde Sul América Companhia de Seguro Saúde S/A.

A E. Juíza de Direito Márcia Blanes proferiu sentença, de relatório adotado, para rejeitar os embargos monitórios movidos pelos réus-denunciantes, constituindo, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo, *ex vi legis*, o mandado monitório inicial de pagamento do valor de R$ 18.334,66, para mandado executivo, nos termos do artigo 702, § 8º, do Código de Processo Civil. Valor a ser agregado de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir da propositura da ação, conjugado a juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Foi julgado improcedente o pedido formulado na denunciação à lide proposta pelos réus contra Sul América Companhia de Seguro Saúde.

Acesso ao Sumário

Os réus-denunciantes foram condenados a pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, tanto aos patronos da parte autora, quanto aos da denunciada.

Sentença proferida em 12.12.2017 (fl. 276).

Apelam os réus-denunciantes Geraldo e Neiza (fls. 278/301). Alegam que a sentença contém alguns equívocos. Destacam que a relação celebrada entre os denunciantes e a denunciada, Sul América, é de consumo, devendo receber toda a tutela protetiva correspondente à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, vale dizer, inversão do ônus da prova, impossibilidade de estipulação de prestações desproporcionais e excessivos no contrato em desvantagem do usuário, além da necessária aferição de abusividade da conduta praticada pela seguradora de saúde na recusa de cobertura das despesas médico-hospitalares. Ressaltam ser obrigatório à seguradora de saúde custear os materiais cirúrgicos que foram glosados do tratamento aplicado na coapelante Neiza. Defendem a inaplicabilidade da tese do *pacta sunt servanda* a contratos de plano de saúde, alegando, ao reverso, pela prevalência do interesse público. Assinalam que deve ser aplicado o princípio geral de interpretação dos atos jurídicos, disposto no artigo 112 do Código Civil, segundo o qual "*nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem*". Apontam que esses tipos de contrato são de natureza de adesão, reduzida a capacidade de escolha dos consumidores, subordinados, devendo ser tratos regulados por leis protetivas dos aderentes. Salientam que existem diversas súmulas editadas pelo TJSP, especialmente a Súmula 93, no sentido de reconhecer a abusividade da recusa de cobertura a órteses e próteses configuradas como materiais cirúrgicos inerentes ao tratamento do paciente, compulsório o seu custeio. Anotam que a denunciada Sul América teria se valido de superioridade técnica e econômica para, confundindo os consumidores, praticar conduta abusiva, de modo que cabe reconhecer, à luz dos artigos 39, inciso V, mais 51, inciso IV, parágrafo 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, a declaração de sua nulidade. Argumentam que o contrato prevê cobertura para o tratamento de doenças relacionadas à ortopedia, sendo certo que devem ser inclusas todas as práticas necessárias para o controle e combate desses tipos de moléstias. Alegam que deve ser feita leitura interpretativa no sentido de que se há cobertura contratual, pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e interpretação da forma mais favorável ao consumidor se terá o dever de disponibilizar ou custear os materiais e insumos respectivos ao tratamento. Salientam, ainda, que a conduta da seguradora de saúde infringe vários outros dispositivos legais que enumeram deveres de boa-fé contratual, função social, clareza da linguagem empregada no contrato, a exemplo dos artigos 46 e 47 do CDC mais artigos 421 a 423 do Código Civil.

No tópico de requerimentos, postula o provimento do apelo a fim de que

Acesso ao Sumário

seja reformada em parte a sentença para que se condene a denunciada para efetuar o "*pagamento das glosas hospitalares decorrentes do tratamento da Apelante Neiza ao Nosocômio apelado, julgando-se procedente os Embargos monitórios, (...) com consequente determinação para que a Sul América arque com os ônus da sucumbência, tanto dos Apelantes, quanto do Nosocômio Autor*" (fl. 301).

Recursos processados, com contrarrazões (fls. 327/339 pela denunciada Sul América, protestando, basicamente, pelo reconhecimento de que o tratamento buscado não está contemplado no rol de procedimentos obrigatórios divulgados pela ANS).

Subiram os autos ao E. Tribunal em 31.08.2017, com distribuição à Relatoria do E. Desembargador Marcos Ramos, com assento na 30ª Câmara de Direito Privado, no dia 13.09.2017.

Por meio da decisão monocrática proferida às fls. 347/349, o E. Desembargador Marcos Ramos não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição a uma das Colendas Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado I deste Tribunal de Justiça.

Redistribuídos, finalmente, a este presente Relator, com conclusão dos autos para julgamento definitivo em 23.11.2017.

Os réus-denunciantes e apelantes se opuseram ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Firma-se e se aceita a competência desta Colenda Câmara para exame e julgamento do presente recurso, atinente à cobrança de despesas médico hospitalares ajuizada por hospital contra paciente e seu responsável pela internação respectiva, além de debate sobre a abusividade de recusa de cobertura praticada pela seguradora de saúde quanto ao custeio de tais dispêndios.

O recurso dos réus-denunciantes comporta provimento.

Algumas considerações preliminares.

Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2203277-84.2015.8.26.0000, ocorrido em 18.11.2015, a 30ª Câmara de Direito Privado deu provimento ao recurso interposto pelos réus-denunciantes a fim de converter o processamento da ação monitória de especial para comum ordinário, haja vista a oposição de contestação que passou a ser recebida como embargos monitórios, em razão da aplicação dos princípios da fungibilidade e instrumentalidade das formas, na forma do artigo 1.102-C, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973. Além disso, determinou o processamento da defesa em rito caracterizado por cognição exauriente, e mais, aceitando-se o processamento de denunciação da lide, à vista de sua viabilidade de tramitação no curso de procedimento comum ordinário e do preenchimento da hipótese autorizadora descrita no artigo 70, inciso III, do mesmo CPC/73, baseando-se em precedente do Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça sobre o tema (REsp 751.450/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 10.11.2009) (fls. 164/178).

Ao lado dessa ponderação, cabe ressaltar que são objeto de devolução pela apelação exclusivamente as teses de que os réus-denunciantes não devem ser responsabilizados pelo pagamento das despesas médico-hospitalares deles cobradas, porque a responsabilidade do seu custeio seria atribuível exclusivamente à seguradora de saúde, denunciada.

Ainda preliminarmente, devemos reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie debatida, enfeixada no complexo relacionamento entre hospital, usuários direto e indireto dos serviços hospitalares (Neiza e Geraldo) e beneficiária titular do plano/seguro saúde (Neiza cf. fl. 106) e a seguradora/operadora de saúde, à vista de entendimento jurisprudencial reiterado desta Corte (Súmula 100: "*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 também do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 469: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*").

Superada positivamente a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso, nota-se que os réus-denunciantes enfocaram seu inconformismo numa única e exclusiva frente, no sentido de que a postura da denunciada Sul América de recusa de cobertura teria sido abusiva, motivo pelo qual não poderiam ser responsabilizados perante o hospital pelo pagamento das despesas decorrentes do tratamento da corré-denunciante Neiza.

Segundo narrado na exordial, "*a requerente prestou serviços médicos na internação da co-requerida Neiza Maria Soares, conforme 'Contrato de Assistência Médico-Hospitalar', sob nº 60574, firmado com o primeiro requerido em 27.02.13 (doc. 04), do qual geraram as despesas hospitalares (doc. 05), conforme Nota Fiscal nº 00882636 (doc. 06), emitida em 04.04.13, no importe de R$ 18.334,66 (dezoito mil, trezentos e trinta e quatro reais e sessenta e seis centavos), cujo débito total atualizado até 13.09.13 importa em R$ 19.576,55 (dezenove mil, quinhentos e setenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos), conforme demonstrativo anexo (doc. 07). Ocorre que, não sendo a requerente detentora de título executivo extrajudicial formal, restou ingressar com a presente ação, pois está legitimado a pleitear o pagamento do* quantum debeatur*, uma vez que os documentos juntados a esta petição constituem, na verdade, 'prova escrita sem eficácia do título executivo'. Vencida a dívida e não sendo sido possível o recebimento amigável de seu crédito, requer a Vossa Excelência se digne ordenar a citação dos requeridos (...) para que, no prazo de quinze dias, efetuem o pagamento do principal, acrescido de correção monetária, nos termos da Lei 6.899/81, juros moratórios e contratados de 12% ao ano, calculados sobre o principal atualizado, a partir do respectivo*

Acesso ao Sumário

vencimento, multa contratual sobre o total do débito, ou, querendo, ofereçam embargos que deverão ser, ao final, julgados improcedentes, com a constituição plena dos títulos executivos que embasam a presente, e a condenação de todos ao pagamento do débito e respectivos encargos, acrescidos, ainda, das custas e despesas processuais e honorários advocatícios" (fls. 01/02).

Agregue-se a essa narrativa a circunstância de que a corré-denunciante Neiza teria sido internada no mencionado hospital-autor com o objetivo de ser submetida a procedimento cirúrgico denominado de "*artrodese lombar de L2 a S1, com TLIF L3 4 e L4-5 em 27.02.2013*" e que, segundo a informação prestada pelos apelantes, esse valor cobrado pelo hospital se trataria de dispêndios glosados pela seguradora de saúde, materiais utilizados no procedimento cirúrgico em tela.

Nos embargos monitórios, os réus-denunciantes prosseguiram dispondo sua versão aos fatos, assim os detalhando: "*A ré Neiza consultou diversos médicos cirurgiões ortopedistas especializados em coluna para realizar tratamento de coluna, vez que esta sofria com dores lombares incapacitantes há mais de 03 (três) anos. Como não houve melhora em seu quadro clínico, após anos de tratamento medicamentoso e fisioterápico, que, diga-se de passagem, custeados pela seguradora de saúde, ora denunciada, foi prescrita a realização de procedimento cirúrgico de 'artrodese lombar'. Assim, a Ré optou por realizar a cirurgia com o médico cirurgião Dr. Oswaldo Tella, que agendou para o dia 27.02.2013. Após o agendamento, foi requerida autorização à denunciada - Sul América, que encaminhou correspondência, solicitando a realização de consulta para segunda opinião, como (sic) Dr. Antonio Y. Salles, ocorrida no dia 04.02.2013. O médico da denunciada também concluiu pela necessidade da realização do procedimento cirúrgico de 'artrodese', que em 18.02.2013, foi aprovado pela Sul América, através do 'setor Doctor Line'. Assim, em 27.02.2013, a Ré Neiza deu entrada junto ao Hospital Edmundo Vasconcellos para realização do procedimento cirúrgico, tendo sido informado que estava tudo autorizado pela denunciada. No ato da internação, o Réu Geraldo foi obrigado a assinar termo de responsabilidade financeira, para efetuar o pagamento de despesas com materiais cirúrgicos eventualmente utilizados no procedimento cirúrgico, e que poderiam ser recusados pela denunciada. Claro que o Réu Geraldo, esposo da Ré Neiza, em amparo à sua esposa, assinou prontamente o 'contrato de Prestação de serviços', cujas despesas são de responsabilidade única e exclusiva da Denunciada! Após 06 dias de alta hospitalar, os Réus foram cobrados pela utilização de um 'par de meias especial' pela tesouraria do nosocômio Autor, e que pago imediatamente pelos Réus. Passado (sic) alguns meses, o nosocômio Autor entrou em contato com os Réus cobrando pela implantação de alguns materiais cirúrgicos que, recusados pela denunciada. Assim, conforme orientação do próprio hospital Autor, os Réus*

Acesso ao Sumário

entraram em contato com a Sul América em 05.04.2013, Protocolo nd 118723, tendo sido atendidos por Fabiana, que nenhuma resposta concreta forneceu. Em 31.05.2013, os Réus receberam um telegrama de cobrança do Autor, que através de seu setor financeiro, recomendou que os Réus tentassem novo contato com a Denunciada. E, assim, novamente os réus entraram em contato com a Sul América, ora denunciada, solicitando retorno e informações sobre a recusa. A denunciada nada informou. Em novo requerimento junto à Sul América, realizado em 24.06.2013, o mesmo descaso: 'ainda sem resposta'. Aberta nova ocorrência, protocolo md 66721, a Sul América permaneceu inerte. E assim permaneceu ante todos os contatos telefônicos dos Réus. Por fim, insta salientar os materiais glosados pela denunciada, inerentes ao ato cirúrgico: 'parafuso poliaxial expedium, haste expedium, fresa cirúrgica BCR115H 050, bloqueador expedium, cage tlif fibra de carbono, enxerto conduit 10g, conector transverso 55 mm 189401301, e broca diamantada', conforme é possível observar em solicitação de Validação de Materiais Especiais, encaminhada pelo nosocômio autor à Sul América, ora denunciada" (**fls. 68/69**).

Especificamente no bojo da defesa, os réus-denunciantes suscitaram, num vértice, a invalidade do termo de responsabilidade, por se tratar de exigência ilegal e imoral, configurando vício de consentimento em virtude de estado de perigo, e, de outro ângulo, postularam o reconhecimento da abusividade da recusa contratual praticada pela denunciada Sul América.

Diante desse cenário, cabe referir que, em nenhum momento, há na defesa apresentada pelos réus-denunciantes a invocação de uma tese de que o serviço não teria sido prestado, ou que houve uma cobrança de materiais não utilizados.

É incontroversa a existência da dívida, destacado que apenas se deliberará, neste instante, se serão os réus-denunciantes, ou a litisdenunciada quem arcará exclusivamente com as despesas.

Isso porque, nesta instância recursal, os réus-denunciantes limitaram seu inconformismo à questão do redirecionamento, à conta da denunciada, da responsabilidade patrimonial das despesas hospitalares cobradas. Não trouxeram a questão da suposta invalidade do termo de responsabilidade assinado, compreendido como essencialmente válido pelo juízo sentenciante.

Logo, parte-se do pressuposto de que o julgamento de procedência da ação monitória contra os réus-denunciantes se sustenta, justamente pela regularidade do instrumento do termo de responsabilidade, em que os réus assumiram a obrigação de quitar as despesas hospitalares em caso de não quitação pela seguradora de saúde.

Analisa-se, pois, a denunciação da lide, que deverá ser julgada procedente, nesse ponto **reformada** a sentença.

Com devida licença ao entendimento externado pela juíza de primeiro

Acesso ao Sumário

grau, já há tempos a jurisprudência deste Tribunal, na matéria longa e amplamente debatida nos autos, vem amparar o direito do paciente na situação descrita e caracterizada nos autos.

Com efeito, deve ser reputada nula porquanto abusiva e configuradora de onerosidade excessiva a cláusula contratual que, a despeito da cobertura da moléstia que acomete a parte autora, de forma ilógica exclui o fornecimento dos meios necessários ao êxito do tratamento cirúrgico ortopédico, mediante inserção/substituição de próteses e órteses.

A cirurgia de artrodese foi reconhecida pelo relatório médico, subscrito por médico assistente da paciente Neiza (fl. 87), como método terapêutico indicado à superação da moléstia da paciente, justificado, no ato de "Solicitação de Validação de Materiais", a indispensabilidade da prótese denominada "Duraform 10.6 cm x 12.7 cm", um material especial, para o sucesso da cirurgia (fls. 97/99).

Constitui situação retratada uma exposição do consumidor à verdadeira recusa a tratamento médico previsto contratualmente, colocando-a em situação de vulnerabilidade, em contraposição à adimplência constatada daquela em relação às suas obrigações de pagamento do plano.

A denunciada não pode se furtar ao custeamento dos materiais em questão, que, sendo parte integrante e complementar do ato cirúrgico, não comporta exclusão de cobertura pelo plano de saúde.

Interpretar cláusula de exclusão em sua literalidade significaria desprestígio à função social do contrato em referência, pelo qual a ré se obrigou a custear o tratamento da moléstia de que padecia a autora.

Nessa medida, o artigo 10, VII, da Lei nº 9.656/98 deve ser interpretado restritivamente, no sentido de autorizar a não-obrigatoriedade de cobertura de próteses, órteses e seus acessórios apenas quando não ligados a ato cirúrgico, o que não é revelado da espécie.

Tudo concebido também em face dos artigos 6º, 12, 47, 51, *caput*, inciso IV e § 1º, incisos I e II, e 54 do CDC, imediata e completamente aplicáveis ao caso concreto ante a natureza de ordem pública de suas disposições e à qualidade de trato sucessivo do relacionamento contratual.

Acesso ao Sumário

Como se não bastasse, igualmente inseríveis ao caso por força do diálogo das fontes, os artigos 421 e 422 do Código Civil erigem os princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, a informar toda e qualquer relação jurídica negocial, em especial a obrigação da operadora em franquear, em sua integralidade, o tratamento contratado.

Não se configura, pois, ofensa a ato jurídico perfeito, nem de assunção de riscos não contratados o reconhecimento da possibilidade de emprego dos materiais indicados na exordial, mas, apenas, de conferir a exata interpretação aos

termos contratuais da avença consoante as prescrições médicas correspondentes e técnicas viáveis e possíveis para o controle, prevenção e combate das doenças cobertas pelo seguro saúde.

Neste caminho trafega a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado;
>
> II - Recurso provido."
>
> **(REsp 1.046.355/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 15/5/2008)**

Filia-se a essa corrente, também, este Egrégio Tribunal. Vide precedentes emitidos por esta Colenda Câmara:

> "PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura de cirurgia para implantação de prótese - Procedência decretada - Abusividade reconhecida - Contrato não adaptado à Lei n. 9.656/98, considerado de trato sucessivo e, portanto, sujeito às modificações posteriores introduzidas por novas leis, sem que se possa alegar ofensa a ato jurídico perfeito - Cláusula de exclusão genérica - Material que foi o próprio objetivo da cirurgia - Dever da apelante de autorizar e arcar com as despesas decorrentes da cirurgia indicada à autora - Recurso desprovido."
>
> **(Apelação 0007126-47.2011.8.26.0445, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, julgado em 18/06/2013)**
>
> "APELAÇÃO - Plano de Saúde - Ação Declaratória de Direito c/c Obrigação de Fazer Catarata - Alegação de negativa de cobertura de material utilizado em procedimento cirúrgico - Sentença de procedência - Inconformismo - Recurso desprovido."
>
> **(Apelação 0273935-80.2009.8.26.0000, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, julgado em 27/11/2012)**

Acesso ao Sumário

"Plano de saúde - Ação declaratória c.c. obrigação de fazer, precedida de cautelar inominada - Procedência - Inconformismo - Desacolhimento - Contrato de trato sucessivo que se submete à Lei n. 9.656/98, mesmo celebrado antes de sua vigência - Obrigação de cobertura de material inerente ao ato cirúrgico (lentes intra-oculares) - Cláusula restritiva ilegal e abusiva - Honorários advocatícios mantidos, pois dentro dos parâmetros adotados pela Câmara Julgadora - Sentença mantida - Recurso desprovido."

(Apelação 0012889-79.2009.8.26.0451, Rel. Des. Grava Brazil, julgado em 17/01/2012)

"Plano de saúde - Pouco importa se os *stents* são ou não considerados próteses - Fazendo parte do procedimento cirúrgico, é abusiva a cláusula que exclui os *stents*, as órteses e as próteses da cobertura do plano de saúde - Se a finalidade do plano de saúde é promover a cura do segurado, a cláusula contratual que limita o total restabelecimento do paciente é abusiva - Antecipação de tutela se mostra necessária - Recurso provido."

(Apelação Cível n° 528.576-4/2-00, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador José Luiz Gavião de Almeida, j. 25.03.2008)

Confira-se, a propósito, o teor da Súmula 93 deste E. Tribunal de Justiça, aplicável por analogia, *verbis*: "*a implantação de 'stent' é ato inerente à cirurgia cardíaca/vascular, sendo abusiva a negativa de sua cobertura, ainda que o contrato seja anterior à Lei 9.656/98*".

No mesmo caminho, a Súmula nº 102 deste E. Tribunal, cujo teor explicita que "*[h]avendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS*".

Uma vez reputada nula a limitação da cobertura de prótese e órteses reputadas essenciais ao sucesso de procedimento cirúrgico indispensável à melhora da saúde da paciente Neiza, e provados a prestação de serviços, o respectivo valor e o inadimplemento contratual por parte da operadora do plano/seguradora de saúde, compete a esta última, seguradora de saúde, por força do contrato assumido com a paciente e o seu esposo, respectivamente beneficiária titular e subscritor do termo de responsabilidade com o hospital, arcar com as despesas relativas ao seu tratamento, nos termos dos artigos 389, 395, 397 e 404 do Código Civil de 2002, descabida a imputação de responsabilidade direta dos réus-denunciantes em razão do termo de responsabilidade de fls. 93/94 assinado em virtude da internação, pactuada em regime de responsabilidade apenas subsidiária.

Preservada a sentença no que diz respeito à ação principal, deve ser reformada especialmente para julgar procedente a denunciação à lide, na forma

Acesso ao Sumário

acima discriminada.

Ausente impugnação específica, confirmam-se os consectários de atualização aplicados sobre o débito, na forma já ajustada pela sentença, especialmente correção monetária e juros de mora.

No tópico da distribuição dos ônus de sucumbência, igualmente convence o apelo, sendo a hipótese de se carrear exclusivamente à conta da denunciada também a responsabilidade pelo pagamento dos ônus sucumbenciais, tanto aqueles advindos da atuação da parte autora, quanto os dos réus-denunciantes.

Trata-se de aplicar o princípio da causalidade conjugado com a sucumbência, sobretudo diante da ponderação de que foi em virtude da negativa abusiva de cobertura que a ação acabou por ser proposta em desfavor da usuária do plano/seguro saúde e de seu esposo, subscritor do termo de responsabilidade.

Fixa-se a verba honorária em benefício dos réus-denunciantes, na proporção de 15% do valor atribuído à causa, na faixa intermédia, observados os requisitos do artigo 85, § 2º, CPC/15, especialmente o longo tempo de tramitação da demanda, ajuizada no ano de 2013, e também a limitação da instrução à apresentação de provas de natureza documental, sem a realização de atos de audiência que exigissem a participação das partes e seus patronos presencialmente no fórum.

Tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido pelos patronos da parte autora e também da parte ré-denunciante, em decorrência da interposição do presente recurso, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença de 10% (dez por cento) para 20% (vinte por cento) do valor da causa, em duas verbas isoladas para cada grupo de patronos, tudo com fundamento no artigo 85, parágrafo 11, do Novo Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso dos réus-denunciantes.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no prazo de cinco dias úteis, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, atualizada pela Resolução nº 772/2017 (DJE 09.08.2017), entendendo-se o silêncio como concordância.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005970-18.2016.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado WALACE MAIKEL DE

MOARES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20400)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2018.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelação. Indenização. Danos morais e materiais. Instalação de "caixa de sabão" do condomínio dentro da unidade autônoma adquirida.

Sentença de procedência parcial.

Efeito suspensivo ao recurso. Deferimento. Aplicação do artigo 1.012, *caput* do CPC/2015. Demanda que não se enquadra nas hipóteses previstas no §1º do aludido artigo.

Legitimidade passiva configurada. Existência de assinatura tanto no próprio Contrato de Compra e Venda como no Termo Aditivo do diretor da ré. Solidariedade da ré e da empresa que consta como responsável pela venda. Presença de interesses comuns. Responsabilidade solidária pelos prejuízos suportados pelo consumidor.

Mérito. Instalação de "caixa de sabão" na área privativa do imóvel do autor. Documentos juntados nos autos que demonstram evidentes prejuízos. Afronta ao artigo 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor que proíbe a comercialização de produto em desconformidade com a ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. Restrição ao uso de propriedade do autor.

Necessidade de manutenção da caixa por terceiros estranhos ao seu convívio. Maus cheiros inevitáveis e evidente depreciação estética do bem. Indenizações mantidas.

Acesso ao Sumário

Honorários recursais. Aplicação do artigo 85, §11 do CPC/2015. Verba honorária a ser paga pela ré fixada em 20% sobre o valor da condenação.

Efeito suspensivo deferido. Preliminar rejeitada. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de indenização por danos morais e materiais movida contra construtora sob alegação de instalação de "*caixa de sabão*" do condomínio dentro de unidade autônoma adquirida.

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar a ré a pagar ao autor indenização pelos danos materiais suportados em razão da desvalorização do imóvel a ser apurado em fase de execução, bem como R$15.000,00 a título de danos morais. A ré foi condenada a arcar também com as verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários advocatícios em 10% sobre o montante que for depositado do cumprimento da obrigação fixada na sentença.

Foi interposto recurso de apelação pela ré, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva, ante a ausência de relação entre as partes. No mérito alega que não restou comprovada a depreciação do imóvel e a irregularidade da instalação da "*caixa de sabão*". Requer o recebimento do recurso no duplo efeito e o afastamento integral da condenação imposta.

O recurso foi devidamente processado, com apresentação de contrarrazões.

É o relatório do essencial.

APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Inicialmente, anote-se que o julgamento é feito com base nas disposições do Código de Processo Civil de **2015** e não aquelas referentes ao CPC/1973, tendo em vista que foi em sua vigência que a decisão foi proferida e o recurso foi interposto. Aplica-se o princípio "*tempus regit actum*", corolário do sistema de isolamento dos atos processuais.

FATOS

O autor alega que adquiriu junto à ré unidade autônoma no condomínio Parque dos Alpes; porém, após a entrega das chaves constatou que dentro do seu apartamento foi implantado uma caixa de sabão sem qualquer aviso prévio.

Sustenta que mensalmente é obrigado a abrir sua residência a uma empresa especializada para que seja realizada a limpeza da caixa de sabão do condomínio, localizada dentro do seu apartamento, o que vem causando grande desconforto.

Acesso ao Sumário

Argumenta também que devido à instalação da aludida caixa, o imóvel sofreu significativa desvalorização, vez que encontrará dificuldades de vender seu apartamento.

Em virtude dos fatos alegados pleiteou a condenação da ré no pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Seus pedidos foram acolhidos, ensejando a interposição deste recurso pela ré.

EFEITO SUSPENSIVO

No presente caso, aplica-se o disposto no artigo 1.012, "caput" do CPC/2015:

"A apelação terá efeito suspensivo."

Dessa forma, não se enquadrando a demanda nos casos previstos no §1º do aludido artigo, o recurso deverá ser processado em ambos os efeitos.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

O Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda foi firmando entre o autor e a vendedora Parque Los Alpes Incorporações SPE Ltda. (fls. 29).

No entanto, tanto no próprio contrato como no Termo Aditivo ao Contrato de Promessa de Compra e Venda há assinatura do diretor da ré MRV (fls. 29/45), sendo que o Termo Aditivo está com o logotipo da ré.

Nessas condições, está presente a solidariedade da ré e da empresa que consta como responsável pela venda, vez que se coligaram para oferecer ao mercado um produto/serviço, possuindo interesses comuns, respondendo, portanto, de forma solidária, pelos prejuízos suportados pelo consumidor.

Logo, sentindo-se lesado o consumidor poderá acionar ambas as empresas ou apenas uma delas nos termos do artigo 275 Código Civil e do artigo 25, §1º, da Lei no 8.078/90.

Dessa forma, fica afastada a preliminar de ilegitimidade passiva.

MÉRITO

Pelos documentos juntados nos autos o caso relatado causa evidentes prejuízos ao autor, vez que a instalação da caixa de sabão na área privativa do seu imóvel, conforme devidamente comprovado pelas fotos de fls. 81/82, contraria o artigo 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor que proíbe a comercialização de produto em desconformidade com a ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas:

"Art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (…) VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas".

Acesso ao Sumário

A ABNT é clara ao proibir a instalação de caixas de refugos comuns em áreas privativas, conforme norma 8160/1999 da ABNT, item 4.2.6.2, *"Caixas e dispositivos de inspeção" - "não devem ser colocadas caixas de inspeção ou poços de visita em ambientes pertencentes a uma unidade autônoma, quando os mesmos recebem a contribuição de despejos de outras unidades autônomas"*

Evidente que a situação narrada nos autos causa restrição ao uso de propriedade do autor, pois há necessidade de manutenção da caixa por terceiros estranhos ao seu convívio. Além do mais, maus cheiros são inevitáveis, bem como a depreciação estética do bem.

Importante salientar trecho do voto do Desembargador Francisco Loureiro:

> *"É intuitivo que a caixa de retenção de gordura coletiva de todo o condomínio alocada sob a área de uso privativo do imóvel do autor acumulará resíduos nocivos à saúde, reduzindo as condições sanitárias da unidade. A instalação acrescenta ao imóvel evidentes riscos de acidente de consumo, em caso de transbordamento da caixa resultante da manutenção deficiente ou falha do projeto. Também acarreta diversos inconvenientes aos moradores, como as exalações que os mecanismos sanitários dessa espécie normalmente emanam e ingresso de estranhos no imóvel para manutenções periódicas. A par dos inevitáveis prejuízos físico-psíquicos que esses fatores acarretam, é evidente o prejuízo econômico resultante da caixa de gordura sob o quintal do autor. Pouco importa que o autor tenha tido ciência da instalação sanitária antes de entrar de posse do imóvel. Isso não significa aquiescência com a colocação da caixa de gordura sob seu quintal. Ao contrário, restou clara a insatisfação do adquirente, manifesta por meio de reclamações publicadas em um website de defesa de consumidores (fls. 27/34), sumariamente ignoradas pela ré. Não se olvide o defeito de informação, consistente na omissão da construtora acerca da caixa coletiva de gordura sob o imóvel desejado pelo adquirente, bem como as limitações que a instalação lhe acarretaria. Claro está, portanto, o dano suportado pelo autor em virtude da caixa de gordura, do que resulta o dever da construtora de indenizar." (TJSP; Apelação 1013657-54.2016.8.26.0576; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/05/2017; Data de Registro: 19/05/2017).*

Esta C. 9ª Câmara de Direito Privado também já se posicionou neste sentido:

> *"INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - Autora que adquiriu apartamento, em andar térreo, com área privativa, e o recebeu munido de duas caixas de efluentes, não previstas e em desacordo com as normas técnicas, pelo que pretende indenização - Inobservância da norma NBR 8160 da*

Acesso ao Sumário

ABNT, que veda a colocação de caixas de inspeção ou poços de visita em ambientes pertencentes a uma unidade autônoma, quando estas recebam despejos de outras unidades - Prestação de informação em memorial descritivo, ademais, que é imprestável, vez que aleatória (prevendo que 'caso necessário, a caixa poderá ser construída') - Redação não condizente com o direito do consumidor, que estabelece a necessidade de prestação de informações claras e precisas aos adquirentes de produtos e serviços - Abusividade e ilegalidade configuradas - Danos morais devidos - 'Quantum' de R$ 20.000,00 que se mostra adequado ao caso concreto, cumprindo a ambos os aspectos da indenização por danos morais - Ônus da sucumbência invertido - RECURSO PROVIDO." (Apelação nº 1053978-34.2016.8.26.0576, São José do Rio Preto, j. 24/10/2017, Relatora ANGELA LOPES).

"APELAÇÃO - Ação de Indenização - Compromisso de Compra e Venda - Alegação de que a instalação de caixas de contenção de dejetos em área privativa de unidade condominial do autor impossibilita a utilização do local, causa transtornos e mau cheiro e desvaloriza o imóvel, tudo a ensejar o recebimento de indenização pelos danos causados - Sentença de procedência, que condenou a ré ao pagamento de R$ 10.000,00, a título de danos morais - Inconformismo da ré - Danos morais configurados, devidos e fixados em patamar razoável - Recurso desprovido." (TJSP; 9ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1060102-33.2016.8.26.0576; Des. Relator: José Aparício Coelho Prado Neto; j. 6 de junho de 2017).

Portanto, não há como afastar as indenizações pleiteadas pelo autor, devendo ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

HONORÁRIOS RECURSAIS

Finalmente, estabelece-se nesse momento a aplicação da regra do artigo 85, §11, CPC/2015:

§ 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.

Assim, a verba honorária devida pela ré é fixada em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, DEFERE-SE o efeito suspensivo, REJEITA- SE a preliminar e NEGA-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006612-29.2016.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante ALINE CRISTINA MORALES DA SILVA, é apelado NILTON JOSÉ BRAGA ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38753)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Embargos monitórios - Cheque - Pagamento - "Causa debendi" Ônus da prova.

1 - Para a desconstituição total ou parcial do cheque, o devedor deve provar, de forma irrefutável, cabal e convincente, que o título não tem causa ou essa é ilegítima ou demonstrar qualquer fato impeditivo ou extintivo do direito representado pelo documento.

2 - Tendo o embargante comprovado a realização de depósito bancário em favor do sogro da embargada, tomador original da cártula, em valor expressivo, no mês seguinte ao da sua emissão, cabia a ela a comprovação de que tal pagamento se destinou a um suposto negócio anterior.

Ação procedente. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 109/112, declarada às fls. 126, cujo relatório se adota, que julgou procedentes os embargos monitórios, "*desconstituindo-se o mandado inicial e condenando a embargada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios*" arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

Após discorrer sobre os fatos, a embargada tece comentários sobre a prova testemunhal, argumentando que as testemunhas arroladas pelo embargante não presenciaram a negociação referente à locação dos equipamentos. Conclui que o conjunto probatório demonstrou que o cheque foi entregue pelo embargante ao seu marido e seu sogro, para o pagamento da última locação existente entre ambos, realizada em abril de 2013, destinando-se o depósito realizado na conta corrente de seu sogro, ao pagamento de contratação anterior. Pleiteia, destarte, a reforma da r. sentença (fls. 129/135).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 140/142).

É o relatório.

I - Trata-se de ação monitória consubstanciada no cheque nº 000075, no valor de R$ 13.800,00, emitido em 07/05/2013, em face da Caixa Econômica Federal.

A ação foi, inicialmente, julgada procedente (cf. fls. 57/59), sendo interposta apelação pelo embargante (cf. fls. 64/68).

Esta Colenda Turma Julgadora deu provimento ao apelo, anulando a sentença, em razão de cerceamento de defesa. Do v. aresto extrai-se que:

"*Acolhe-se a preliminar de cerceamento de defesa.*

O embargante alegou ter emitido o cheque nº 000075, no valor de R$ 13.800,00 ao cônjuge e ao sogro da embargada, em garantia de pagamento da locação de uma escavadeira (fls. 13/14).

Insta consignar que o falecido sogro da embargante era empresário individual, desempenhando suas atividades comerciais, ao lado do filho.

Sustentou o embargante que a locação foi contratada em 07/05/2013, no valor de R$ 100,00 por hora, sendo estimadas 130 horas para a realização dos trabalhos, além do frete de transporte da máquina, na quantia de R$ 800,00, totalizando R$ 13.800,00.

Acrescentou que, ao término da locação, apurou-se o período de utilização do equipamento de 82 horas, atingindo o valor de R$ 8.200,00, além do frete, o que correspondeu ao montante de R$ 9.000,00, que foram depositados em 21/06/2013, na conta corrente do empresário individual (cf. fls. 35), sem que lhe fosse devolvido o cheque.

A embargada, inicialmente, argumentou ter recebido 'referida cártula como forma de pagamento, que foi devolvida pela instituição bancária, pelas alíneas '11' e '12'.' (fls. 01).

Após a apresentação dos embargos, ela alterou sua versão sobre os fatos, confirmando, parcialmente, a alegação do embargante, de que o título foi emitido em razão da locação de equipamentos, sendo entregue ao seu sogro e ao seu marido.

Acesso ao Sumário

Quanto ao pagamento no valor de R$ 9.000,00, a embargada, limitou-se em afirmar que corresponde à locação de outro período (cf. fls. 53), não apresentando nenhuma especificação acerca de outra negociação celebrada entre seus familiares e o embargante.

No mais, ela apresentou alegações evasivas, ressaltando as características de abstração, circulação e portabilidade do título.

O embargante insiste em afirmar que o pagamento realizado corresponde à locação garantida pelo cheque ora versado.

(...) sendo o título de crédito formalmente perfeito, cabe ao devedor que suscita a discussão da causa debendi ou excesso de execução, o ônus de provar a ausência de causa ou que sua causa é ilegítima, ou ainda, haver excesso na sua cobrança, devendo fazê-lo por meio de prova irrefutável, cabal e convincente (CPC de 1973, art. 333, II e Novo CPC, art. 373, II).

No caso, a embargada confessa conhecer a causa de emissão do título, sendo este entregue ao seu sogro e ao seu marido, em razão da locação de equipamentos, havendo divergência, somente, quanto ao momento da contratação.

Destarte, ela não pode ser tratada como terceira de boa-fé, alheia à relação jurídica subjacente que ensejou a emissão do cheque.

As partes sequer foram intimadas acerca da necessidade de produção de provas, sendo a ação julgada procedente.

O embargante requer o depoimento pessoal da embargada, bem como, a produção de prova testemunhal, alegando serem essenciais ao deslinde da questão.

Com efeito, havendo prova de um depósito de valor considerável na conta corrente do tomador original do cheque, realizado no mês seguinte à emissão da cártula, a investigação de sua causa é medida que se impõe, sendo essencial o depoimento pessoal das partes, bem como, a oitiva de testemunhas, especialmente do cônjuge da embargada, Adilson (ainda que como informante), além de eventual produção de prova documental complementar, a fim de se aferir, ou não, a suposta correspondência entre o pagamento de fls. 35 e o contrato ora versado.

Remanesce, pois, dúvida quanto ao motivo do depósito em favor do tomador original da cártula, pouco tempo depois da emissão do título.

Ao que parece, trata-se de contrato verbal, sendo relevante a produção de prova testemunhal.

Destarte, não há como negar ao embargante o direito de produção de prova testemunhal, pois, como visto, era dele o ônus de desconstituição da cártula, sendo de suma importância as tomada de declarações do cônjuge da

Acesso ao Sumário

embargada, restando evidente o apontado cerceamento de defesa.

Em suma, pairando dúvida quanto ao suposto pagamento, outra alternativa não há, senão anular-se a sentença, determinando-se a abertura da fase instrutória para produção de prova oral, consistente na oitiva de testemunhas e na tomada do depoimento pessoal das partes, possibilitando-se, ainda, a apresentação de possíveis documentos." (cf. fls. 86/88).

Os autos retornaram ao juízo "a quo", tendo início a fase instrutória, sendo colhido o depoimento pessoal das partes e a declaração de testemunhas (cf. fls. 100/101).

O MM. Juiz "a quo" acolheu os embargos monitórios, julgando improcedente a ação. Da bem lançada, extrai-se que:

"*O maciço dos elementos de convicção trazidos aos autos indica que o crédito representado pela cártula em poder de Aline já fora pago por depósito bancário no valor de R$ 9.000,00.*

As testemunhas ouvidas em juízo confirmaram que a locação de uma máquina se deu pelo período de 82 horas, com preço por hora de R$ 100,00, mais o frete de R$ 800,00, de forma que o débito era de R$ 9.000,00, devidamente pago por transferência bancária. Nesse sentido foi o depoimento de Claudiomir Eduardo Beriggi Júnior e Giovana Nassi Toledo.

Verossímil, portanto, a tese do embargante, de que aquele cheque havia sido dado como garantia e não lhe foi devolvido.

A tese da embargada, por outro lado, não convence, até porque alterou sua versão.

De início dizia que recebeu a cártula em pagamento e foi devolvida pela instituição bancária e, posteriormente afirmou que o título foi recebido em razão de locação de equipamento sendo entregue ao seu sogro e ao seu marido.

Além disso, sua versão está totalmente desprovida de provas.

Tratando-se de prestação de serviços, a empresa de seu marido, Adilson, deveria emitir notas fiscais das locações. Não o fez.

Não há, outrossim, qualquer prova idônea de que o cheque se refira a outra locação, que não aquela anteriormente paga (...).

A embargante não pode, como já decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo por ocasião da apelação que anulou a sentença por cerceamento de defesa, ser considerada terceira de boa-fé, porque é casada com Adilson, que foi a pessoa que fez a locação para o embargante.

O próprio Adilson, inquirido em juízo como informante, admitiu tal circunstância afirmando que fez a locação de uma escavadeira para o embargante.

É certo que o cheque, como título de crédito, goza de abstração, autonomia

Acesso ao Sumário

e literalidade. É possível, contudo, aferir-se a causa da emissão dos títulos e opor exceções pessoais entre os sujeitos da relação negocial, ou seja, é possível a discussão da 'causa debendi' entre as partes originárias do negócio jurídico.

Nesse contexto, embora não fosse necessário, para propositura da monitória, que a autora indicasse a causa da emissão do cheque, sua discussão passou a ser cabível quando o réu alegou já haver pago aquele débito, trazendo demonstrativo de transferência bancária.

E, a partir do momento em que a 'causa debendi' faz parte da discussão nos autos, a prova dos fatos que constituem o direito da autora lhe compete, a teor do que reza o art. 373, I, NCPC.

Assim, cabia à autora a prova da 'causa debendi' do título e do inadimplemento imotivado do réu. Dela não se desincumbiu." (fls. 110/112).

Com efeito, tal solução deve prevalecer, acrescentando-se aos fundamentos da r. sentença, os seguintes:

A testemunha Claudiomir confirmou que entre abril e maio de 2013, contratou a locação de uma escavadeira hidráulica com o embargante, para a utilização em obra de propriedade da "MRV", sendo tal maquinário obtido por este, perante o cônjuge da embargada, mediante contrato verbal de locação.

Por sua vez, a testemunha Giovana, responsável pela indicação de Claudiomir para a realização de tal obra, confirmou a versão de que o maquinário foi locado através do embargante, sendo empregado na obra da MRV.

A embargada declarou em juízo que o depósito realizado pelo embargante na conta corrente de seu falecido sogro, destinou-se ao pagamento de locação anterior.

Depreende-se que a embargada se mostrou insegura quanto à causa de emissão da cambial, sendo que, num primeiro momento, ela chegou a declarar que "achava" que o título havia sido entregue para o pagamento da última locação de equipamentos realizada com o embargante.

Ela também demonstrou insegurança, quando questionada sobre o momento de tais contratações.

O embargante declarou que, bem antes da locação da escavadeira hidráulica, realizou a locação de alguns caminhões pertencentes ao cônjuge e ao sogro da embargada.

Todavia, ele afirmou que o cheque no valor de R$ 13.800,00 foi entregue aos familiares da embargada, como garantia da última locação celebrada, referente à escavadeira hidráulica utilizada na obra da MRV, sendo estimadas 130 horas a R$ 100,00 cada hora, além do frete de transporte no valor de R$ 800,00, apurando-se, ao final, 82 horas de utilização, além do frete, o que equivale a R$ 9.000,00, representados pelo depósito realizado em junho de 2013

Acesso ao Sumário

(cf. fls. 35), não obtendo o resgate do título.

A embargada confessou que, em alguns casos, eram exigidos títulos, em garantia das locações.

Ela não soube informar, com precisão, qual o período da suposta locação anterior, a qual, segundo ela e o marido, teria se destinado o depósito de fls. 35, não apresentando outras especificações a respeito.

Ademais, causa estranheza que o embargante tenha conseguido realizar nova locação de equipamento, mesmo estando inadimplente em relação ao suposto contrato anterior.

Se não bastasse, a embargada não explicou por qual motivo recebeu tal título (já que ele havia sido preenchido ao portador e entregue aos seus familiares), chamando atenção a sua alteração de versão sobre os fatos, como constou no acórdão anterior e na sentença.

Em suma, tendo o embargante comprovado a realização de depósito bancário em favor do tomador original da cártula, em valor expressivo, no mês seguinte ao da sua emissão, cabia à embargada a comprovação de que tal pagamento não se destinou à sua quitação, e sim, a um suposto contrato anterior.

II - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se os honorários advocatícios ao percentual de 20, em razão do trabalho desempenhado nesta fase recursal, nos termos do § 11, do art. 85, do NCPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010699-34.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado JPC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LUMINÁRIAS EIRELLI - EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35298)**

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

IRINEU FAVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Prestação de contas - Conta corrente - Lançamentos previamente conhecidos - Pretendida declaração de origem dos lançamentos e investigação - Ação que não se presta para essa finalidade - Falta de interesse processual de agir pela via eleita - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 349/351, cujo relatório fica adotado, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Valdir da Silva Queiroz Junior, que julgou procedente ação de exigir contas ajuizada pela apelada.

Sustenta o apelante, preliminarmente, inépcia da petição inicial ante a formulação de pedido genérico. Alega que a apelada não indicou com precisão as irregularidades ou dúvidas que motivam a sua pretensão. Prosseguindo alega que já prestou a conta com o laudo técnico de fls. 31/44 sendo desnecessária explicação quanto às tarifas cobradas. Afirma que o caráter da ação é rever o contrato, faltando assim adequação do pedido. Discorre sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor por se tratar a apelada de pessoa jurídica. Depois de impugnar os honorários fixados e suscitar prequestionamento, assim como da impossibilidade de rever cláusulas contratuais, conclui pugnando pelo acolhimento do recurso (fls. 365/393).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 399/410), anotada o preparo (fls. 394/395).

É O RELATÓRIO.

O recurso, respeitada a convicção do Ilustre Sentenciante, merece provimento.

Com efeito, a inicial relata ser a autora titular de conta corrente administrada pelo réu, noticiando ampla e intensa movimentação bancária, com operações diversas, por vários anos.

Com intuito de verificar a regularidade e origem dos lançamentos, buscou apoio de perito, que constatou elevada quantia de lançamentos com históricos que pendem de maiores esclarecimentos para que se possam aferir a pertinência e adequação dos mesmos.

Assim, requer a prestação de contas de todos os lançamentos discriminados a fls. 45/115, no período de 27/02/2009 a 01/04/2011.

Todavia, infere-se dos autos e de tudo quanto nele constante que a intenção real da apelada não é uma prestação de contas, mas sim, esclarecimentos e comprovação da legalidade dos lançamentos previamente conhecidos.

Acesso ao Sumário

Como se sabe, a ação em tela não se presta para declarar a origem dos lançamentos realizados na conta corrente, nem tampouco serve para investigar a causa dos mesmos.

Note-se, que o autor discriminou todos os lançamentos.

Se discorda dos lançamentos previamente conhecidos deve lançar mão do meio judicial cabível para questionar e ser ressarcido.

A prestação de contas, em última análise, é viável quando o correntista deduz de forma precisa divergências entre os extratos fornecidos pela instituição financeira e a realidade.

Por outro lado, anote-se, que com a remessa regular dos extratos mensais, a instituição já está prestando contas, podendo, desde logo, o usuário contestá-las, inclusive judicialmente.

Vale salientar que a regra contida na Súmula 259 do C. Superior Tribunal de Justiça, que assegura ao correntista o direito de exigir contas da instituição bancária não é absoluta.

O correntista tem direito a elas quando fornece os elementos acima mencionados, o que não ocorre no caso em tela.

Nesse passo, tem-se que a ação se afigura inadequada e desnecessária, o que evidencia a carência por falta de interesse processual, observando-se que nada impede que a inicial seja indeferida nesta fase, não obstante a tramitação do processo até final sentença.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso para **JULGAR EXTINTO O PROCESSO** sem resolução do mérito, com base no artigo 485, VI (falta de interesse processual), invertendo-se o ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010802-22.2016.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante NATALIA CARRIJO BATEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado YMPACTUS COMERCIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.708)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e JAIRO OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 10 de janeiro de 2018.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO CAUTELAR - Exibição de documento - Pretensão de exibição de contrato de recibos de compras de planos, relação de todas as contas "web" abertas, bem como Back Office completo do sistema da ré - Ação ajuizada já na vigência do NCPC, que exclui as cautelares típicas, figurando essas apenas como tutelas cautelares requeríveis de forma antecedente - Interesse processual inexistente - Sentença de extinção sem julgamento do mérito mantida - Recurso desprovido, condenada a apelante a arcar com honorários advocatícios ao patrono da ré no valor de R$ 1.000,00 (art. 85, § 11, do NCPC).

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 158/159, cumpre acrescentar que o pedido da ação cautelar de exibição de documento foi julgado extinto sem apreciação do mérito, com fundamento no art. 485, I e VI do CPC. Não houve condenação no pagamento de verbas de sucumbência.

Apelou a demandante (fls. 169/176) alegando, em síntese, que as atividades de "pirâmide" realizadas pela apelada teriam sido consideradas ilícitas, o que inviabilizou o acesso da recorrente a comprovação do valor investido. Aduziu que precisa dos documentos indicados na inicial para viabilizar seu pedido de restituição. Assim, pugnou pela reforma da r. sentença.

Citada para apresentar contrarrazões (fls. 184) a apelada não respondeu ao recurso.

É o relatório.

Compulsando os autos, observa-se que o feito foi ajuizado em 24/08/2016, isto é, quando já na vigência do atual Código de Processo Civil.

No caso, às fls. 18/20, o autor demonstrou que notificou a apelada extrajudicialmente e solicitou o contrato pretendido.

Contudo, com o fim do livro das cautelares, pela entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a exibição de documentos não é processo tipificado, figurando como tutela cautelar antecedente, na forma do art. 305 do NCPC. Houve a unificação do procedimento, não existindo mais previsão de um processo destinado apenas a satisfazer a tutela cautelar de exibição de documento, passando tal medida a integrar a própria ação principal. Assim, o pedido de exibição deverá ser deduzido de forma incidente no feito, na forma

Acesso ao Sumário

dos arts. 396 e seguintes do NCPC, ou mesmo pelo rito de produção antecipada de prova (arts. 381 a 383 do NCPC).

Esta Corte, julgando precedente símile, assim se pronunciou:

"APELAÇÃO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. EXTINÇÃO DOS PEDIDOS INICIAIS SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO. o Apelante busca a exibição de documentos prevista no capítulo da ação cautelar do CPC de 1973, sendo a mesma sido ajuizada em 30/05/2016. Contudo, como é cediço, a partir do advento do Novo Código de Processo Civil, não existe mais ação cautelar e, assim sendo, em havendo necessidade de exibição de documentos, tal medida deve ser buscada incidentalmente, ou então, em casos especiais, por meio de produção antecipada de provas. - Sentença mantida - Recurso improvido." (Ap. 1009961-70.2016.8.26.0071 - Bauru - 38ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. EDUARDO SIQUEIRA - j. 15-12-2016).

Nessas condições, pela patente falta de interesse de agir, deve ser mantida a extinção sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do NCPC, arcando apenas a autora com a sucumbência, ressalvada a gratuidade.

A r. sentença, por fim, foi publicada já na vigência do atual NCPC. Sobre tal particularidade, diz o Enunciado Administrativo nº 7, do Superior Tribunal de Justiça que "somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11º, do NCPC". Destaque-se que tal majoração é automática, não dependendo, assim, de requerimento das partes, como já tem sido de entendimento pretoriano[1]. Assim, ficam fixados os honorários advocatícios em R$ 1.000,00.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, condenando-se a apelante no pagamento de honorários **ao patrono da ré no valor de R$ 1.000,00** (art. 85, § 11, do NCPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000339-38.2014.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante

1 STF - AI 864.689 (AgR/MS) - 1ª. T. - Rel. para o acórdão Min. EDSON FACHIN - j. 27-9-2016 - Dje de 14-11-2016. TJ-SP Ap. 1007542-98.2014.8.26.0604 - Sumaré - 31ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. ADÍLSON DE ARAÚJO - j. 23-8-2016; Ap. 0034662-04.2011.8.26.0002 - São Paulo - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. KIOITSI CHICUTA - j. 1º-12-2016.

FELISBERTO CANTACINI, é apelado GESUALDO LOUZADA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), MAURÍCIO PESSOA e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 11 de janeiro de 2018.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - Matéria de competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, nos termos da Resolução n. 538/2011 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça bandeirante - Hipótese, porém, em que há prevenção da E. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial por recurso anteriormente distribuído - Ordem de Redistribuição - Recurso de apelação não conhecido.

Dispositivo: Não conheceram o recurso e determinaram a redistribuição.

VOTO

Recurso de apelação interposto por Felisberto Cantacini dirigido à r. sentença proferida pela Drª. Gláucia Fernandes Paiva, MMª. Juíza de Direito da E. 4ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, que julgou improcedentes os pedidos articulados nos autos de "ação de obrigação de fazer c/c dano moral" proposta em face de Gesualdo Louzada (fl. 541-545).

Em razões recursais, o apelante sustenta que a r. sentença foi ultra petita, e deixou de apreciar a questão relativa ao dano moral, desprezando o depoimento testemunhal. Defende que não houve omissão da íntegra do contrato discutido, pois as informações consideradas omitidas poderiam ser extraídas de outros elementos juntados com a inicial. Por fim, impugna a conclusão judicial quanto ao fato de o endereço eletrônico pertencer à pessoa jurídica e não ao apelante, afirmando que o domínio era utilizado pelo autor com a finalidade comercial, e somente por isso levava o nome da empresa.

Ao final, pugnou pela reforma da r. sentença, com inversão do ônus sucumbencial e condenação da parte adversa em 20% de honorários advocatícios (fl. 558-568).

Acesso ao Sumário

Ausente contrarrazões do apelado, conforme certidão de fl. 572.

Os autos entraram nesta E. Corte aos 13 de dezembro de 2017, sendo o recurso distribuído a este Relator com anotação de prevenção em relação ao AI n. 2147941-61.2016.8.26.0000 (fl. 572).

É o relatório.

Em que pese o feito tenha sido distribuído a esta Corte, observa-se que houve equívoco no processamento da prevenção anotada, uma vez que o agravo de instrumento indicado não foi julgado pela E. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

O recurso precedente foi distribuído em julho de 2016 ao Exmo. Desembargador Teixeira Leite, atuante na C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, e o julgamento do agravo ocorreu por sessão virtual, finalizada aos 20 de outubro de 2016.

Destarte, tem-se que o recurso de apelação deve ser encaminhado à apreciação da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

Em razão do exposto, não se conhece o recurso, determinando-se a redistribuição do apelo à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002203-49.2016.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante ELIZETE ASSIS ALECRIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado NAILS BEAUTY FRANQUIAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20863)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), FORTES BARBOSA e HAMID BDINE.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE FRANQUIA RESCINDIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE

DO SHOPPING CENTER NA RENOVAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DO QUIOSQUE ONDE A FRANQUEADA EXERCIA SUAS ATIVIDADES. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FRANQUEADORA. SITUAÇÃO QUE ACARRETAVA A RESCISÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA. AUTORA/APELANTE QUE NÃO MANIFESTOU INTERESSE EM DAR CONTINUIDADE ÀS ATIVIDADES APÓS TER SIDO NOTIFICADA EXTRAJUDICIALMENTE PELA FRANQUEADORA. DEMANDA AJUIZADA QUASE TRÊS ANOS DEPOIS. APELAÇÃO DA AUTORA NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença (fls. 176/181), cujo relatório adota-se, que julgou improcedente a "ação de restituição de quantia paga c/c indenização por danos materiais e morais" movida pela franqueada Elizete Assis Alecrim em face da franqueadora "Nails Beauty Franquias Ltda.".

Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observados os benefícios da justiça gratuita deferidos à autora.

Insurge-se a autora/apelante, sustentando, em síntese, que firmou contrato de franquia com a ré/apelada para exploração da marca "Nails Beauty - Estética de Unhas", com operação exclusiva no Shopping Parque Barueri.

Afirma que, a partir de 25/01/2013, passou a vigorar a locação entre a apelante e o shopping, para exploração das atividades em um quiosque. Todavia, referido contrato de locação venceu em 30/06/2013.

Alega que, em abril/2013, entrou em contato com o responsável pela localização do quiosque para informar que estava passando o ponto comercial para terceiro (Solange de Fátima Silva), com anuência da franqueadora. Em maio/2013, fechou o negócio com a cessionária e chegou a receber a primeira parcela.

Todavia, após a venda, a apelante entrou em contato novamente com o responsável pela renovação do aluguel do quiosque, a fim de que o novo contrato fosse realizado em nome da nova proprietária, e obteve a informação de que bastava pagar normalmente o aluguel de junho/2013.

Em 01/06/2013, a nova proprietária assumiu o negócio e enviou email noticiando a mudança. Porém, alguns dias depois, o representante do shopping informou que não havia mais interesse em renovar a locação do espaço, motivo pelo qual o quiosque deveria ser devolvido a partir de 01/07/2013.

Acesso ao Sumário

Diante disso, e tendo em vista que a franquia só poderia ser explorada nas dependências do shopping, a compra e venda celebrada entre a apelante e a Sra. Solange (que não é parte do feito) foi distratada.

Ressalta que a franqueadora/apelada deveria ter imediatamente providenciado novo espaço para instalação do quiosque ou concedido um prazo maior para que a apelante pudesse encontrar um novo espaço para operar a franquia, mas, ao invés disso, notificou a recorrente para rescindir unilateralmente o contrato de franquia, sem justificado motivo.

Alega que houve cerceamento de defesa, eis que havia requerido a produção de prova testemunhal para demonstrar que consultou a franqueadora sobre a cessão do negócio e que contou com a anuência dela, e que o contrato foi rescindido por culpa da recorrida, já que não indicou outro local para instalação da franquia.

Recurso regularmente processado.

Contrarrazões às fls. 196/202.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

I) Conforme se observa dos autos, em 12/06/2012, as partes firmaram o contrato de franquia (fls. 23/36 e 37/61) com vigência entre 12/06/2012 a 12/06/2017 (fls. 59).

Em 28/07/2013, a autora/franqueada celebrou "instrumento particular de cessão e transferência de direitos e obrigações do contrato de franquia" com Solange de Fatima Silva (estranha à lide), com anuência da franqueadora (fls. 65/67).

Em 01/07/2013, a autora firmou "contrato de compra e venda de estabelecimento comercial" com a cessionária Solange (fls. 68/69).

Em 14/08/2013, a autora e Solange firmaram o distrato do instrumento particular de compra e venda do estabelecimento comercial (fls. 70/72), tendo em vista a negativa do Shopping Parque Barueri em renovar o contrato semestral de locação do espaço onde ficava instalado o quiosque da franquia.

Em 16/10/2013, a ré/franqueadora enviou notificação extrajudicial à autora/franqueada acerca da rescisão do contrato de franquia, tendo em vista o abandono da exploração da franquia pela franqueada, "deixando abruptamente de operar no local acima indicado" (fls. 73/75).

II) A presente demanda foi proposta em 23/02/2016 pela franqueada, que alega a culpa da franqueadora pelo desfazimento do contrato de franquia por não providenciar um novo espaço para a instalação do quiosque e exploração das atividades.

A autora pede a condenação da ré, franqueadora, à restituição do valor

Acesso ao Sumário

total pago pela franquia (R$ 45.000,00), a reparação de danos materiais no valor total de R$ 22.484,02, sendo R$ 13.512,80 relativos ao valor pago a título de indenização pelo distrato da venda da franquia a terceiro e R$ 8.971,22 relativos às rescisões dos contratos de trabalho dos funcionários, além de indenização por danos morais.

III) O magistrado julgou improcedentes os pedidos deduzidos, razão do presente recurso.

IV) Em que pese o inconformismo ora deduzido, o apelo da autora não comporta provimento.

Primeiro, não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, tendo em vista que a prova oral pretendida pela apelante é indiferente para a solução do feito.

Anota-se que a franqueadora subscreveu como anuente a cessão do contrato de franquia (fls. 65/67), sendo irrelevante a produção de prova oral a respeito.

Além disso, observa-se que, quando da realização da referida transferência a terceiro, o contrato de locação do quiosque onde explorada a franquia já tinha vencido.

E não há como se imputar à franqueadora responsabilidade pelo desinteresse do shopping center na renovação do contrato de locação, nem pelo distrato do contrato firmado entre a ora apelante e a cessionária/adquirente do estabelecimento.

A respeito, destaca-se que o contrato de franquia entabulado entre as partes é claro ao estabelecer que as atividades deveriam ser realizadas no Shopping Parque Barueri, que o contrato ficaria rescindido de pleno direito caso a franqueada deixasse de exercer a atividade no espaço identificado, que a não renovação, amigável ou judicial, do contrato de locação do imóvel, não seria de responsabilidade da franqueadora, e que, em tal hipótese, o contrato de franquia seria rescindido de pleno direito.

Nesse sentido, é oportuno transcrever o item "g", e as cláusulas 1ª, item 6, e 5ª, item 1.1 e 2.2, do contrato de franquia:

> "**g) que a Franqueada** se compromete a ser legítima e única titular ou arrendatária do imóvel/espaço onde situará a FRANQUIA 'NAILS BEAUTY', sito em **Shopping Parque Barueri**, Quiosque Q01 L01, onde desenvolverá em regime de exclusividade o conceito de negócio denominado 'Quiosque Nails Beauty'." (fls. 38 - destaque no original)
>
> "**Cláusula 1ª.**
>
> **(...)**
>
> **6.** Caso a Franqueada deixe de exercer a atividade no imóvel/espaço

Acesso ao Sumário

acima identificado, o presente contrato fica rescindido de pleno direito." (fls. 41)

Cláusula 5ª

(DO ESTABELECIMENTO)

(...)

1.1. A NAILS BEAUTY LTDA., será totalmente isenta de responsabilidade de quaisquer espécies, bem como, exime-se neste ato de arcar com qualquer pedido de indenizações e/ou prejuízos eventualmente pleiteado pela Franqueada, na ocorrência de qualquer das hipóteses que se seguem:

a) Não renovação, amigável ou judicial, do **Contrato de Locação** do imóvel onde se encontra a sede da Franqueada, local onde os quiosques foram implantados;

b) Verbas condenatórias, decorrentes de ações revisionais e renovatórias, especialmente diferenças de locativos;

c) Não manutenção dos locativos por quaisquer outros valores eventualmente devidos pela Franqueada em virtude do contrato de locação, celebrado com o proprietário do imóvel em que se localiza a sede, ou dos quiosques, bem como a forma de reajuste e periodicidade, e ainda prazo contratual; (...)

2.2. Na hipótese da Franqueada, compulsoriamente, ser obrigada a desocupar o imóvel/quiosque, seja por despejo, desapropriação, ou sob qualquer outro título, este **Contrato** será considerado rescindido de imediato para todos os fins de direito, nada podendo ser reclamado ou recebido pela Franqueada a título de indenização contra a **NAILS BEAUTY LTDA.**" (fls. 42/43 - negritos no original, sublinhei)

Diante de tais circunstâncias, observa-se que não há qualquer obrigação contratual da franqueadora quanto à localização de novo ponto comercial para exploração da franquia pela franqueada.

Além disso, a opção pela não renovação do contrato locatício foi exercida pelo próprio shopping center, sem qualquer interferência da franqueadora.

E, ainda que assim não fosse, não se pode perder de vista que a autora/franqueada foi notificada extrajudicialmente para a rescisão do contrato de franquia em outubro/2013 (fls. 73/75), sem demonstrar qualquer interesse em dar continuidade ao contrato de franquia.

Com efeito, nada reclamou em face da franqueadora para que fosse autorizada a exploração das atividades em local diverso, nem há notícia de que tenha discutido as cláusulas contratuais pelas vias apropriadas.

Além disso, a presente demanda foi ajuizada quase três anos depois da

Acesso ao Sumário

rescisão do contrato, em 23/02/2016, o que corrobora a conclusão de que a ora apelante não tinha interesse em continuar com o exercício as atividades do contrato de franquia.

Tais questões, aliás, foram bem ponderadas pelo MM. Juiz de origem:

"(...) a Cláusula 1ª, parágrafo 1º, do contrato de franquia entabulado entre as partes juntado a fls. 23/36, dos autos, estabelece que a exploração da marca Nails Beauty pela requerente deve ser dar no Shopping Parque Barueri, e que o contrato só terá validade para a área delimitada, descrita e especificada neste Contrato, não podendo ser transferido sob pena de pronta rescisão deste instrumento, com as penalidades nele mencionadas. (fls. 24).

Por sua vez o item 6, do citado contrato prevê que se caso a segunda OUTORGANTE deixe de exercer a atividade no imóvel/espaço identificado no número anterior o presente contrato caduca automaticamente.

E ainda, a Cláusula 5ª, item 1.1., dispõe de forma clara que o contrato será considerado rescindido em casos de não renovação do Contrato de Locação do imóvel onde os quiosques foram implantados (fls. 26).

Assim, pelo que se vê, a instalação da unidade de franquia deveria ser feita obrigatoriamente no Shopping Parque Barueri, sob pena de rescisão, e independeria de qualquer suporte técnico conferido pela franqueadora que não estava obrigada contratualmente a atender às expectativas da requerente na intenção de encontrar um novo ponto comercial para tal fim.

Ademais, a responsabilidade pela não renovação do contrato de locação da unidade que inviabilizou a continuidade do negócio franqueado não pode ser imputada à requerida, cabendo ressaltar que o contrato de franquia em questão não prevê restituição de quantias pagas em caso de desfazimento do ajuste por essa razão. Dessa forma, não restou configurada má-fé ou culpa da franqueadora, ora requerida.

Soma-se a isso o fato de que a requerente não se desincumbiu de comprovar qualquer interesse em dar continuidade ao negócio de franquia por ocasião da rescisão do contrato, isto é, após ter sido devidamente notificada na data de 16/10/2013 (fls. 73/75).

Logo, sob qualquer prisma que se examine a questão, não há que se falar em ressarcimento dos prejuízos de ordem material ou moral eventualmente sofridos pela requerente decorrentes da frustração do negócio, eis que a requerida não praticou qualquer ato culposo que gerasse o dever de indenizar ou pode ser considerada responsável pela não renovação do contrato de locação."

V) Assim, ausente qualquer responsabilidade da ré/franqueadora pela

Acesso ao Sumário

rescisão do contrato de franquia, correta a solução dada pela r. sentença ao julgar improcedentes os pedidos indenizatórios.

Tendo em vista que o presente apelo foi interposto já na vigência do Novo Código de Processo Civil, os honorários de sucumbência ficam majorados de 10% para 15% sobre o valor atualizado da causa (valor da causa: R$ 77.484,02), nos termos do art. 85, §11, do NCPC, observados os benefícios a justiça gratuita deferidos à autora.

Isso posto, **nega-se provimento à apelação da autora.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000509-95.2011.8.26.0534, da Comarca de Santa Branca, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado TET INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS DE MADEIRA LTDA.-ME.

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 19.222)**

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

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO - Sentença de extinção - Exequente intimada a dar andamento ao processo, no prazo de lei - Intimação igualmente realizada na pessoa do advogado - Situação, no entanto, que deve ser examinada sob a égide do artigo 921, IV, do CPC (princípio cogente) - Ausência de licitantes em hasta pública, sem que o exequente tenha deduzido pedido de adjudicação ou indicado outro bem a penhora - Extinção afastada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fl. 274, com embargos de declaração rejeitados (fls. 312/313), por inércia no andamento do processo, extinguiu execução ajuizada

pela apelante aos apelados.

Diz-se do excesso de rigor na extinção e da falta de intimação para dar andamento ao feito - certo que o advogado constituído também não foi intimado. Argumenta com incidência do disposto na súmula 240 do STJ (fls. 316/326).

É o relatório.

2. Recurso fundado. O quadro é o seguinte: ajuizada execução, os executados foram citados (fl. 43 - em maio de 2011), com penhora de um caminhão (fls. 47). Depois, foram realizadas hastas públicas (fls. 145/146) e, na sequência, a credora passou a se preocupar na realização de bloqueio de valores (fls. 158/seguintes). Infrutíferas as diligências, sobreveio ordem de intimação pessoal para dar andamento ao feito, efetuada a fls. 252. E, consoante se vê de fls. 261, o novo advogado constituído pelo Banco também foi intimado. A secretaria do Juízo certificou o decurso do prazo legal (fl. 262), sem manifestação.

Então, sobreveio sentença (fl. 274).

Em princípio, não seria hipótese de a apelante argumentar com ausência de intimação de seu advogado para dar andamento ao feito, em 48 horas, sob pena de extinção. Isso ocorreu (fl. 261), sendo desarrazoado esperar que nova intimação fosse lançada, ante a ausência de manifestação (vide certidão de fl. 262). Na realidade, entre a intimação de fl. 261 e a certidão de fls. 262, passados mais de um mês e meio, sem andamento ao processo pela exequente.

Por outro lado, foi observada intimação do atual advogado constituído pela parte para dar andamento àquele (fls. 261), coisa que não aconteceu - sequer oferecida justificativa à omissão. E, como antes anotado, havia bem móvel penhorado (caminhão - fls. 47), tendo a exequente, aparentemente, se desinteressado de referida garantia.

É fato que a súmula 240 do STJ não se aplica à hipótese. Os devedores não contam com regular representação processual e não foram intimados de qualquer outro ato do processo, senão sua citação pessoal.

Porém, há situação que deve ser considerada no desate do litígio. O artigo 921, IV, do Código de Processo Civil estabelece que a execução será suspensa na hipótese de a alienação do bem penhorado não ocorrer por falta de licitantes e o exequente, em quinze dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis.

Todas essas circunstâncias ocorreram no caso em exame. Realizadas hastas públicas (fls. 145/146), a credora deduziu pedido de bloqueio de numerário, sem formular requerimento de adjudicação ou indicar objetivamente outro bem para garantir a execução.

Muito embora o argumento não tenha sido deduzido no recurso, cuida-se de princípio cogente, que há de ser observado aqui. E, a respeito, escreve Daniel Amorim Assumpção Neves, "in" Manual de Direito Processual Civil,

Acesso ao Sumário

8ª edição, Ed. Jus Podivm, que "*O inciso IV do art. 921 do Novo CPC prevê a suspensão da execução na hipótese de alienação frustrada de bens por falta de licitantes sem que o exequente requeira a adjudicação nem indique outros bens penhoráveis. As causas que evitam a suspensão prevista no dispositivo legal são meramente exemplificativas, considerando que o exequente poderá adotar, após a alienação frustrada, outros atos que darão andamento à execução e evitarão sua suspensão. Tome- se, como exemplo, o pedido de nova alienação do mesmo bem ou, ainda, a satisfação de seu crédito pelos frutos ou rendimentos da coisa penhorada. A doutrina vem apontando a aplicação conjunta dos incisos III e IV do art. 921 do Novo CPC, de forma que havendo desídia do exequente no andamento do processo, caso a alienação judicial do bem seja frustrada, após um ano de suspensão do processo, terá início a contagem do prazo de prescrição intercorrente*".

Afasta-se, portanto, o decreto de extinção, prosseguindo-se a execução como entendido de direito.

3. Pelo exposto, provê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000044-70.2011.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante T. R. DE M. DONATO ME, é apelado COOPERATIVA NACIONAL AGRO INDUSTRIAL COONAI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, julgaram extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/2015, prejudicado o recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25691)**

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

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de contas - Primeira fase - Contrato de prestação de serviços de transporte - Pretensão voltada a esclarecimentos de pagamento ou não dos serviços relacionados aos conhecimentos

de transporte de carga indicados na inicial - Relação jurídica fundada em contrato de prestação de serviços de transporte rodoviário de cargas - Inexistência de bens ou valores da autora sob a administração da ré - Ausência de interesse processual - Autora carecedora da ação - Precedentes - De ofício, julga-se extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/2015, prejudicado o recurso da autora.

VOTO

Trata-se de ação de prestação de contas proposta por **T. R. DE M. DONATO ME**. em face de **COOPERATIVA NACIONAL AGRO INDUSTRIAL - COONAI**, julgada improcedente pela sentença de fls. 1409/1412, condenando a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC/2015.

Apela a autora (fls. 1418/1427), sustentando, em suma, que os documentos juntados com a inicial comprovam a inequívoca prestação de serviços para a apelada que, portanto, tem o dever de informar quais conhecimentos foram pagos para que possa a recorrente receber o saldo devido. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso processado e respondido (fls. 1436/1443).

Intimadas as partes a se manifestar, no prazo de 5 dias, sobre o interesse processual em relação ao direito material discutido (1486/1487), permaneceu inerte a apelante (fls. 1494), manifestando-se apenas a apelada (fls. 1489/1493).

É o relatório.

VOTO

De início, reconsidero a decisão de fls. 1451, deferindo-se a justiça gratuita à autora, por denotar-se documentação de fls. 1460/1480 a hipossuficiência econômica da recorrente indispensável à concessão do benefício.

Trata-se de ação de prestação de contas, objetivando a autora prestação de contas pela ré "***relativamente aos conhecimentos de transporte rodoviário de cargas números 322, 328, 338, 345, 351, 371, 3732, 375, 378, 379, 381, 384, 385, 388 e 393, informando se houve ou não pagamento dos mesmos, ou para que apresente sua defesa a presente ação, sob pena de decretação dos efeitos da confissão e da revelia, tudo na forma do art. 914 e ss. do CPC.***" (fl. 41).

Narra a petição inicial que:

"***A Requerente manteve prestação de serviços junto a Requerida conforme conhecimentos de transporte anexos.***

Acesso ao Sumário

Não consta nos arquivos da Requerente o pagamento dos conhecimentos anexos.

Solicitado através de carta registrada junto a Requerida para que a mesma informasse quais conhecimentos de transportes foram pagos e quais se encontravam em aberto, a mesma ficou em silêncio.

Conforme comprovante anexo, a Requerida recebeu a citada carta em 07.12.2010.

Ante ao silencia da Requerida, não resta outra alternativa, a não ser socorrer-se ao judiciário para ter o seu direito tutelado." (fls. 5).

Argumenta com o dever de prestar contas "***uma vez que a Requerente e a Requerida mantiveram uma relação contratual, e uma vez que a mesma se nega a informar o saldo, a presente ação se faz necessária para liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico, de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência do saldo.***" (fls. 09).

Preservado o entendimento da d. Juíza de Direito, evidencia-se no caso a ausência de uma das condições da ação, declarando-se a autora carecedora da ação, de ofício, julgando-se extinto o processo, sem resolução de mérito, com base no art. 485, VI, CPC/2015, prejudicado o recurso da requerente.

Com efeito, a ação de prestação de contas (art. 914, CPC/73), atual ação de exigir contas (art. 550, NCPC) "***serve para declarar a existência ou inexistência do dever de prestar contas e, em sendo o caso, para obtenção efetiva das contas devidas e formação de título executivo a respeito do saldo apurado a favor de uma das partes.***" (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Código de Processo Civil, RT, 2ª ed., pgs. 838/839).

Todavia, para a configuração do interesse processual para a presente demanda necessário que haja "a existência de administração de bens, negócios ou interesses de outrem" (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Athos de Gusmão Carneiro, j. 28.05.19912, DJ 09.09.1991).

Portanto, na lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidirero: "***O dado fundamental para aferição de seu cabimento é a existência de administração de coisa alheia***" (ob. cit. 837).

Da análise dos autos, constata-se que a autora apelante, em verdade, objetiva saber a existência ou não de pagamento dos serviços de transporte rodoviário de cargas prestados à ré e relacionados nos conhecimentos de transporte indicados na inicial.

A relação jurídica travada entre as partes, portanto, é a de transporte de mercadorias, não se vislumbrando seja a ré obrigada a gerir, administrar ou gerenciar os negócios da autora.

A bem da verdade pretende a autora seja declarada a existência de saldo

devedor relacionado aos conhecimentos de transporte elencados na petição inicial, motivo pelo qual a via eleita revela-se incorreta e inapropriada ao fim colimado.

De fato, não se admite nessa via obrigar a requerida a fazer prova do fato constitutivo do direito da autora, devendo valer-se de ação de cobrança ou de conhecimento para satisfação de eventual crédito relacionado aos serviços de transporte por ela prestados e não pagos.

Em casos parelhos, já decidiu o TJSP:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. Prestação de serviço de transporte. Sentença terminativa. Inadequação da via eleita. Manutenção. Ação visando demonstrar inexistência de débito. Prestação de serviços de transporte de mercadoria pela ré. Autora que deve se valer da via própria para demonstrar a cobrança a maior. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 0018996-48.2014.8.26.0554; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 9ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/03/2017; Data de Registro: 21/03/2017).

Contrato de prestação de serviços de carga. Propositura de ação de prestação de contas. A ré nunca agiu como mandatária da autora, nem teve a administração do caminhão e motorista, sendo os pagamentos realizados sobre as faturas dos fretes, de forma que a ação é de cobrança ou de repetição de indébito por valor recebido a menor ou pago a maior, em razão dos descontos indevidos. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJSP; Apelação 9108082-31.2007.8.26.0000; Relator (a): Romeu Ricupero; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 04/08/2011; Data de Registro: 10/08/2011)

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - PRIMEIRA FASE - INEXISTÊNCIA DE BENS OU VALORES DO REQUERENTE SOB A ADMINISTRAÇÃO DO REQUERIDO - RELAÇÃO JURÍDICA DAS PARTES FUNDADA EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE DÍVIDA PROTESTADA EXTRAJUDICIALMENTE POR MEIO DE DUPLICATA - IMPOSSIBILIDADE - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - FALTA DE INTERESSE DE AGIR BEM DECRETADO. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJSP; Apelação 0090034-51.2005.8.26.0000; Relator (a): Andrade Neto; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2011; Data de Registro: 12/07/2011)

Acesso ao Sumário

Nestas condições, patente a falta de interesse processual da autora, sendo a inadequada a via eleita para a pretensão deduzida na inicial.

Ante o exposto, **de ofício, julga-se extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015**, por falta de interesse de agir, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, com suspensão de sua exigibilidade porque beneficiária da justiça gratuita, prejudicado o recurso da requerente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031872-94.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARCELO LUIS RODRIGUES, é apelado HIPERCARD BANCO MÚLTIPLO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40105)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA (Presidente), FRANCISCO GIAQUINTO e NELSON JORGE JÚNIOR.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Inscrição do nome do autor em rol de inadimplentes por suposta dívida contraída junto à ré - Extinção - Ausência de recolhimento do preparo - Intimação do apelante para comprovação dos requisitos da gratuidade processual ou recolhimento, nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil, não atendidos - Inércia do recorrente que implica na deserção do apelo - Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de conhecimento com preceito cominatório de obrigação de fazer, julgada extinta pela r. sentença de fls.66/69, cujo dispositivo ora se

transcreve: "*Desta feita, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, o que faço com base no artigo 485, III e IV, do Código de Processo Civil. P.R.I.*"

Não se conformando com os termos da r. sentença, o autor apresentou apelação às fls. 72/90 arguindo que juntou toda a documentação questionada pelo magistrado, na exordial, sendo certo que fundamentou sua sentença em artigos que não competem ao caso pertinente. Alega que a procuração deverá conter os requisitos previstos em lei, nos termos do artigo 105 do CPC, de modo que não há vedação legal para o ajuizamento de diversas ações com a mesma procuração "ad judicia". Menciona o interesse processual, sintetizado no binômio necessidade + adequação, e ressalta que o pedido administrativo foi formulado pelo próprio autor, e não pelo advogado. Se prontifica a realizar o pagamento de taxa que se fizer necessária e reitera o pedido de gratuidade processual. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, sem recolhimento do preparo.

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito, com pedido indenizatório, ajuizada pela ora apelante em face da instituição financeira requerida, fundada na inclusão de débito em seu nome, em órgãos de proteção ao crédito, sem qualquer comunicação prévia ou justificativa.

O recorrente foi intimado, pelo despacho de fls. 100, a comprovar o preenchimento dos pressupostos legais para apreciação do pedido de gratuidade, nos termos do artigo 99, § 2º do CPC, ou recolher as custas do preparo em dobro, no prazo de cinco dias, nos termos do art. 1.007, § 4º do Código de Processo Civil, sob pena de deserção, quedando-se, entretanto, inertes.

Desta forma, em que pese os argumentos apresentados em sede de apelo, o recurso não pode ser conhecido, vez que manifestamente deserto.

O artigo 1.007 do Novo Código de Processo Civil, é claro ao estabelecer que as custas de preparo devem ser recolhidas no momento da interposição do recurso, sob pena de deserção.

Uma vez não concedida a gratuidade e desobedecido o prazo concedido para recolhimento do preparo, o decreto de deserção é de rigor.

No mesmo sentido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL - Indeferimento da inicial - Assistência judiciária gratuita não concedida - Custas não recolhidas - Agravo improvido - Apelação julgada deserta por falta de preparo - Agravo não conhecido - Matéria preclusa - Reconhecimento da deserção por decisão transitada em julgado, que impede o conhecimento do apelo - Não conhecimento. (Apelação Cível n. 142.130-4/4 - São Paulo - 4ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado - Relator: Carlos Stroppa - 20.11.03 V.U.)

Ademais, '**faltante um dos pressupostos formais da regularidade recursal, a consequência inexorável é o não conhecimento do recurso**' (*cf. José Carlos Teixeira Giorgis, "Notas sobre o Agravo", in RT 734/129; Vicente Grecco Filho, "Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória", Ed. Saraiva, p.31; Cândido Rangel Dinamarco, "A Reforma do Código de Processo Civil", Ed. Malheiros, 3ª ed., 1996, p.189*).

Ante o exposto, não conheço do recurso, posto que manifestamente deserto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042058-16.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes LUCAS EDUARDO PESSOA (JUSTIÇA GRATUITA) e MÁRCIA SANTOS PESSOA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COOPERATIVA DE ECONOMIA E CRÉDITO MÚTUO DOS MÉDICOS E DEMAIS PROFISSIONAIS DA SAÚDE DA REGIÃO DA ALTA MOGIANA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.176)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MONITÓRIA - Cerceamento de defesa inocorrente - Desnecessidade de produção de prova pericial - Documentos que acompanham a inicial que demonstram claramente a evolução da dívida - Verificação da regularidade das cláusulas contratuais que demanda análise exclusiva de teses de direito, reiteradamente afirmadas pelo Judiciário - Pais que são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores, não importando, "in casu", ter havido ou não consentimento para a emissão de eventuais cheques objeto de parte da dívida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação monitória ajuizada por Cooperativa de Economia e Crédito Mútuos dos Médicos e Demais Profissionais da Saúde da Região da Alta Mogiana contra Lucas Eduardo Pessoa e Márcia Santos Pessoa, que, pela r. sentença de fls. 178/185, proferida pela d. magistrada DÉBORA CRISTINA FERNANDES ANANIAS ALVES FERREIRA, cujo relatório se adota, foi julgada procedente para constituir de pleno direito o título executivo no valor de R$59.118,03 (cinquenta e nove mil, cento e dezoito reais e três centavos), com os consectários legais, carreando, ainda, aos vencidos a sucumbência de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Irresignados, apelaram os vencidos alegando que lhes foi cerceado o direito de defesa, na medida em que, para a correta apuração do montante devida, necessário se fazia a realização de prova pericial contábil. Dizem, ainda, que necessária a apuração, via perícia contábil, dos valores dos cheques que foram emitidos pelo menor Lucas Eduardo.

Recurso bem processado, acusando resposta, subiram os autos.

É o relatório.

Cerceamento de defesa não se configurou.

Cumpre observar que o art. 370, do NCPC, prevê que cabe ao juiz estabelecer, de ofício ou a requerimento da parte, as provas necessárias à instrução do processo.

Aliás, como vem reiteradamente decidindo a jurisprudência, a necessidade da produção há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. "A antecipação é ilegítima se os aspectos decisivos à causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado" (Resp. 101.171, REL. MIN. FRANCISCO REZEK). Ainda: "Em matéria de julgamento antecipado da lide predomina a prudente discrição do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório" (resp. 3047-Es, REL. MIN. ATHOS CARNEIRO).

E no caso concreto, afigurava-se mesmo desnecessária a realização de qualquer prova outra senão as constantes nos autos, mormente porque os elementos fáticos autorizavam o juízo afastar providência de menor relevância ao deslinde da controvérsia, passando então legitimamente, desde logo, ao julgamento da lide sem afronta a qualquer normatização constitucional e infraconstitucional, até para propósitos de prequestionamento.

Ademais, "sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre

Acesso ao Sumário

aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (TFR - 5ª Turma, Ag. 51.774-MG, REL. Min. GERALDO SOBRAL).

Aliás, a verificação da regularidade das cláusulas contratuais demanda análise exclusiva de teses de direito, reiteradamente afirmadas pelo Judiciário, conforme vem reiteradamente decidindo este E. Tribunal de Justiça. E cabe ressaltar que a inicial da monitória veio instruída com demonstrativo pormenorizado da movimentação bancária dos ora apelantes, sem qualquer dificuldade na análise dos valores lá lançados.

Registre-se, por fim, que, a par de inovar os apelantes nas razões recursais, verifica-se que a apelante Márcia Santos Pessoa possui conta conjunta 'solidária' com Lucas Eduardo Pessoa. Assim, mesmo que menor de idade quando da abertura da conta, é a apelante Márcia Santos responsável pelos atos praticados pelo menor (eventuais cheques que teria emitido - sem prova, diga-se de passagem), a teor do art. 932 do CCivil. E aos responsáveis incumbe a vigilância quanto aos atos praticados pelos filhos, não importando, "in casu", ter havido ou não consentimento para a emissão de eventuais cheques.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004584-17.2016.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante BIANCA ROBERTA CORREIA BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada CRED - SYSTEM ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO LTDA.

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 29272)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Declaratória de inexigibilidade - Inscrição indevida - Comprovação da existência da contratação de cartão de crédito (art. 373, II do CPC) - Inadimplência configurada - Negativação - Exercício

regular de direito.

Litigância de má-fé - Reconhecimento - Existência da relação jurídica entre as partes ensejadora da dívida e da restrição desabonadora devidamente demonstrada documentalmente pelo réu - Pretensão indenizatória contra fato incontroverso e alteração da verdade dos fatos (art. 80, I e II do CPC) - Violação dos princípios de probidade e boa-fé - Artigos 113 e 187, do Código Civil - Condenação cabível - Sentença mantida.

Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 97/100 julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de débito, condenando a autora no pagamento de multa por litigância de má-fé no valor de R$ 1.000,00, bem como no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da causa, observada a AJG concedida.

Apela a autora buscando a reversão do julgado sob o fundamento de que a apelada não demonstrou nos autos o suposto débito que levou o nome da apelante ao Serasa, tampouco a existência de relação jurídica entre as partes; que a apelada não juntou nenhum contrato ou documento que comprove débito da apelante, fls. 103/112.

Processado e respondido o recurso (fls. 122/136), vieram os autos ao Tribunal e após a esta Câmara.

É o relatório.

Sem razão o apelo.

Trata-se de ação pela qual a autora pleiteia a declaração de inexigibilidade de débito (R$ 150,25), com anotação de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, que afirma desconhecer, fls. 18.

Não há dúvidas de que a relação ora em análise se configura como consumerista, sendo adequada a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC), de modo que incumbia ao requerido a demonstração da regularidade na contratação e da negativação da dívida perante os órgãos de proteção ao crédito.

Quanto à alegação de que não é devedora do débito, cumpre observar que as provas constantes dos autos são suficientes para demonstrar a existência da relação jurídica entre as partes.

E como se pode notar do conjunto probatório existente nos autos, o requerido se desincumbiu do referido ônus satisfatoriamente através das

Acesso ao Sumário

explicações trazidas em sua contestação, mormente o que consta às fls. 56/67 e os documentos de fls. 70/85 (contrato e faturas do cartão de crédito).

A dívida negativada, portanto, decorreria do uso do referido cartão de crédito, valendo anotar que a autora se limitou a sustentar de forma genérica que telas unilaterais retiradas de seu próprio sistema interno não comprovam a existência do débito apontado.

Em suma, as provas existentes nos autos demonstram a regularidade do débito contra ela imputado e que, diante do incontroverso inadimplemento, ensejaram a negativação de seu nome perante os órgãos restritivos, em patente exercício regular do direito do apelado.

Assim, mesmo se aplicando ao caso a Legislação Consumerista e os institutos protetivos a ela inerentes, de rigor concluir que o requerido logrou comprovar a regularidade do contrato, bem como do débito imputado à autora, o que corretamente ensejou a improcedência do pedido inicial.

De se observar que, provado o vínculo negocial, é de se reconhecer legal e regular a exigência de cumprimento, atendido, no caso, pelo requerido o ônus a que refere os arts. 373, II, do CPC, com a juntada dos documentos referidos.

E quanto ao reconhecimento da litigância de má-fé, de rigor a condenação da autora na medida em que deduziu pretensão contra fato incontroverso e alterou a verdade dos fatos, pois não poderia considerar desconhecida dívida que se relacionava a contrato por ela firmado, tal como bem lançada pela r. sentença recorrida.

Vale lembrar que é princípio de direito a vedação do comportamento contraditório '*venire contra factum proprium*' o qual se funda na proteção da confiança (vide arts. 187 e 422 do Código Civil).

Assim, no caso, comprovado o desvio pela autora a partir da prova documental juntada aos autos, sua conduta nos autos configura litigância de má-fé, vez que descumpriu os deveres atribuídos legalmente às partes nos processos judiciais e procedeu de forma maliciosa em seu pedido, explicitado por esse comportamento da autora em demandar contra fato incontroverso, era mesmo de rigor a ela se impor o reconhecimento da litigância de má-fé, pois que temerária a lide, por faltar com o dever de informar e afirmar a realidade dos fatos, não se tratando a questão de simples não comprovação dos fatos alegados em resposta, mas de não afirmação da realidade fática relativa ao objeto da lide, explicitando esse comportamento o desvio ilegal e abusivo por macular também a própria credibilidade e agilidade do Judiciário (vide: artigo 80, I e II do CPC).

Nesse sentido já se decidiu: "*DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Provas suficientes de que o autor firmou contrato com a ré, o qual, inadimplido, gerou o apontamento questionado nos autos - Inscrição do nome do autor nos cadastros dos órgãos*

Acesso ao Sumário

de proteção ao crédito que consubstanciou exercício regular de direito - Dano moral não verificado - Ação improcedente - Litigância de má-fé - Ocorrência - Recurso improvido." (Relator: Lígia Araújo Bisogni; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/02/2016; Data de registro: 05/02/2016).

Também: "*INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Anotação regular. Exercício regular de direito. Sentença de improcedência mantida. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO PROCESSUAL. Autor que conhecia o débito e alega no bojo do processo que o desconhecia. Prova produzida, e não impugnada, que demonstra que o autor contatou a ré para discutir o débito. Condenação processual mantida. Recurso não provido.*" (Relator: Roberto Mac Cracken; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/07/2015; Data de registro: 08/08/2015).

"*INDENIZAÇÃO - INSCRIÇÃO DO NOME EM ORGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - CONTRATAÇÃO E INADIMPLÊNCIA - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - AÇÃO IMPROCEDENTE - ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS - UTILIZAÇAO DO PROCESSO PARA CONSEGUIR OBJETIVO ILEGAL - CPC, ART. 80, II E III - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA - APELAÇÃO IMPROVIDA.*" (Relator: Matheus Fontes; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/12/2016; Data de registro: 16/12/2016).

Dessa forma, a r. sentença deve ser mantida.

Para fins de prequestionamento, a Turma Julgadora declara que não houve vulneração a quaisquer dispositivos legais, mencionados ou não pela parte.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024508-16.2016.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado JOSÉ MARCIO MOURA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41915)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO

Acesso ao Sumário

SHIMURA (Presidente sem voto), JOSÉ MARCOS MARRONE e SEBASTIÃO FLÁVIO.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO - Mútuo - Celebração de negócio jurídico por terceiro - Fraude - Aplicação do CDC - Teoria do Risco - Responsabilidade do banco caracterizada - Cobrança e negativação indevidas - Indenização fixada em R$8.800,00 - Adequação - Recurso improvido.

VOTO

1) Insurge-se o apelante contra r. sentença em que o MM. Juiz "a quo" julgou procedente a ação indenizatória que lhe moveu o apelado, alegando, em síntese que: não há interesse de agir; cumpriu as determinações legais e contratuais; há culpa exclusiva do autor; trata-se de fato de terceiro, que não envolve a sua responsabilidade; inexiste nexo causal; não consegue apurar a fraude; não existe o dano moral; o valor da indenização deve ser reduzido diante da condição econômica do autor.

Efetuou-se o preparo.

O apelado respondeu, afirmando que o recurso não deve ser conhecido e o banco não observou seu dever de segurança.

O Ministério Público opinou pela manutenção da r. sentença.

É o breve relatório.

2) Não merece acolhimento o recurso.

Patente que a relação estabelecida entre as partes caracteriza-se como de consumo. Com efeito, deverão ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso, conforme entendimento sumulado pelo STJ **(Súmula 297)** e consolidado pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591.

Assim, cabível a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

As características dos contratos bancários (contratos de adesão) e mesmo o propósito da ação de revisão demonstram, por si só, que a consumidora-aderente deve ser considerada como hipossuficiente técnica.

O princípio do "pacta sunt servanda" não é absoluto em casos como o dos autos. Trata-se de permitir a integração contratual pelo Poder Judiciário visando à compatibilização das cláusulas contratuais com os ditames legais, em especial

Acesso ao Sumário

com o Código de Defesa do Consumidor.

Relatou o autor que mantém conta corrente junto ao banco-apelante para recebimento de seu benefício do INSS.

Contudo, afirma que não reconhece os contratos de empréstimo consignado que constam do extrato, razão pela qual requer o cancelamento e a repetição dos valores descontados indevidamente.

Razão assiste ao autor, pois não existe prova efetiva de que o autor entabulou o negócio jurídico. O banco não impugnou o documento de fl. 21, mas apenas se limitou a alegar que o empréstimo foi feito por intermédio de caixa automático.

Nada trouxe de prova, o que leva à procedência da ação!

Ademais, é esse o entendimento firmado na Súmula 476 do E. Superior Tribunal de Justiça: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.*"

Ora, a relação entre as partes é de consumo, impondo-se a inversão do ônus da prova.

Trata-se de responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o sistema de segurança falho caracteriza defeito na prestação do serviço.

Pela "Teoria do Risco Profissional", deve o banco responder pelos maus serviços prestados, seja a título de dolo ou de culpa, conforme ensinamento de **SÉRGIO CARLOS COVELLO** em artigo intitulado "*Responsabilidade dos bancos pelo pagamento de cheques falsos e falsificados*":

> "*A teoria do risco profissional, iniciada por Josserand e Saleilles e sustentada, no direito pátrio, por vários juristas, funda-se no pressuposto de a responsabilidade civil dever sempre recair sobre aquele que extrai maior lucro na atividade que deu margem ao dano 'ubi emolumentum ibi onus'*" **(RESPONSABILIDADE CIVIL - coord. YUSSEF CAHALI - pág. 277 - SARAIVA 1988 - São Paulo)**

Neste sentido:

> "*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C do CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como,*

Acesso ao Sumário

por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido." **(REsp 1.199.782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 24/8/2011, DJe 12/9/2011)**

"*CONTRATO - Mútuo por via eletrônica - Alegação de que teria sido feito com senha e chave que estavam de posse do próprio cliente não demonstrada pelo banco - Aplicação do disposto no inciso II do art. 333 do CPC e no inciso VIII do art. 6º do CDC, tanto mais em se tratando, da parte da consumidora, de prova negativa - Caso típico de inversão do ônus da prova - Banco, ademais, que não se preocupou em produzir prova alguma, nem mesmo para se saber quem efetuou a operação, recorrendo a eventual filmagem que tivesse sido feita no local - ... - Apelação improvida.*" **(Apel. nº 7.279.106-5 - Rel. Des. JOSÉ TARCISO BERALDO - 14ª Câmara de Direito Privado TJ/SP - j. 22/10/2 008)**

A argumentação expendida tanto na contestação como nas razões recursais não tem adequação à realidade dos fatos.

Portanto, deve ser mantida a declaração de nulidade e de inexigibilidade do contrato de empréstimo bancário.

Consequentemente, fica mantida a determinação de restituição das quantias pagas.

Por fim, não há se falar em afastamento ou redução do dano moral, que foi arbitrado em R$8.800,00 (oito mil e oitocentos reais).

O nome do autor foi negativado indevidamente (fls. 24) e esta C. Câmara tem fixado a indenização em patamar superior nesses casos, conforme inúmeros precedentes deste Sodalício e do E. STJ.

Em razão do resultado, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §11º do CPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000280-82.2016.8.26.0263, da Comarca de Itaí, em que é apelante CRISTIANE DE FATIMA ALMEIDA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada COMPANHIA LUZ E FORÇA SANTA CRUZ - CPFL.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.169)**

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

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - INDENIZAÇÃO - Danos causados em aparelhos de televisão e lâmpadas - Não comprovação de que os prejuízos decorreram da oscilação de energia elétrica ou da interrupção do serviço por parte da Concessionária - Ausência de nexo de causalidade entre o dano e a prestação de serviço - Ausência de prova do fato constitutivo do direito da Autora - Art. 373, inciso I, do CPC/2015 - Indenização indevida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de reparação de danos materiais, decorrentes de prejuízos causados por oscilações no fornecimento de energia elétrica, cumulada com danos morais, julgada improcedente nos termos da r. sentença de fls. 121/122, arcando a Autora com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Apela a Autora sustentando que a Apelada, em razão da sua condição de concessionária de serviço público, tem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos consumidores. Ressalta ser dever da Apelada fornecer serviço adequado, eficiente, seguro e contínuo, apontando ainda a obrigação de reparar os prejuízos decorrentes da interrupção do fornecimento de energia elétrica. Diz que a Apelada não demonstrou a regularidade da distribuição de enérgica no dia do evento. Afirma que os documentos coligidos estão em nome de seu genitor, pois na ocasião residia com ele. Pede provimento (fls. 125/131).

Sem preparo (justiça gratuita, fls. 17/18), o recurso foi processo (fl. 132) com contrarrazões às fls.135/167.

É o relatório.

A Autora promoveu ação de reparação de danos materiais cumulada com

Acesso ao Sumário

danos morais.

Narra a inicial que, no dia 25.09.2015, por volta das 19h, houve a interrupção do serviço de energia elétrica no endereço residencial da Autora, o que perdurou por 40 minutos.

Diz que, após o serviço retornar a sua regularidade, notou que foram danificados dois aparelhos de televisão e três lâmpadas.

Aponta ter feito requerimento de vistoria técnica junto à Ré, contudo não obteve êxito.

Citada, a Ré contestou (fls. 50/79) impugnando as alegações da inicial.

Em réplica, a Autora alega que a negativa da Requerida em fazer a avaliação técnica demonstra a má prestação do serviço oferecido (fls. 106/108).

A r. sentença julgou improcedente a ação, dando ensejo a este apelo.

As razões recursais não convencem quanto ao desacerto da r. sentença, que deverá ser mantida por seus próprios fundamentos.

Cumpre destacar que, embora incida à espécie a lei consumerista, o critério de inversão do ônus da prova, a par de exigir a presença de vários elementos, não pode exsurgir como substituto do dever da parte de comprovar suas alegações.

Nesse passo, verifica-se que a Autora limitou-se a afirmar que, em razão de oscilação no fornecimento de energia elétrica, teve aparelhos de sua residência danificados.

Contudo, não coligiu qualquer documento que comprovasse que efetivamente houve a avaria apontada, tampouco demostrou que os supostos danos são decorrentes de falha na tensão elétrica.

A Autora não comprova ainda haver procurado assistência técnica ou mesmo ter providenciado laudo ou orçamentos para constatação do ocorrido, de modo a evidenciar que o prejuízo decorreu de anomalia na prestação de serviço da Apelada.

Acesso ao Sumário

Observa-se ainda que, dada oportunidade às partes para declinação das provas que pretendiam produzir (fls. 112/113), a Autora manifestou desinteresse, requerendo o julgamento antecipado da lide (fl. 117).

Não se ignora que a Apelante fez requerimento administrativo para ressarcimento do prejuízo suportado (fls. 14/15), no entanto, tal solicitação não é o suficiente para comprovar que o dano provém de variação de tensão no fornecimento do serviço ou mesmo de interrupção do serviço.

Importa salientar que a responsabilidade objetiva, apregoada no Código de Defesa do Consumidor, embora dispense a existência de culpa ou dolo, exige a demonstração do dano para ensejar a indenização ora pretendida.

Cabe ao consumidor o ônus da prova do dano e do nexo de causalidade

entre o dano e a prestação de serviço, hipótese inocorrente.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

REPARAÇÃO DE DANOS - Responsabilidade Civil - Queima de aparelhos por pane de energia elétrica - Ausência de provas - Recorrente não trouxe aos autos nenhum documento que comprovasse o alegado - A responsabilidade objetiva, apregoada no Código de Defesa do Consumidor, embora dispense a existência de culpa ou dolo, exige a demonstração do dano para ensejar a indenização ora pretendida - Ao autor incumbia o ônus processual de comprovar o alegado fato constitutivo de seus direitos (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil) - Mantida a r. sentença - Recurso desprovido. (Apel 0007670-17.2008.8.26.0291, Des. Rel. Cardoso Neto, julg. 15/01/2014).

De tudo se conclui que a Autora não comprovou o fato constitutivo de seu direito, nos termos do que dispõe o artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

Assim, em razão do desiderato aqui alcançado, fica prejudicado pedido de indenização por danos morais.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorados os honorários advocatícios, em favor do patrono da Ré, para de 15% do valor da causa, já considerando, para tanto, o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0047778-95.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante CAMILLY LEMOS CASTELHANO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado VIAÇÃO ITU LTDA.

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 11.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

ALBERTO GOSSON, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. COLISÃO DE ÔNIBUS COM CAMINHÃO. MENOR PASSAGEIRA QUE FOI ARREMESSADA COM O IMPACTO. SOCORRIDA NO PRONTO ATENDIMENTO FOI MEDICADA, LIBERADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUALQUER SEQUELA EM DECORRÊNCIA DO ACIDENTE ALÉM DO SUSTO E DA RUPTURA DA ROTINA OCASIONADA PELO EVENTO. NÃO COMPARECIMENTO AO IMESC PARA SE SUBMETER À PERÍCIA MÉDICA. ENTENDIMENTO DE QUE NÃO HOUVE CONFIGURAÇÃO DE DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ESTEIRA DA SENTENÇA E DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos,

CAMILLY LEMOS CASTELHANO, representada por sua mãe Rosimeire Lemos dos Santos apela (fls. 362/379) da respeitável sentença de fls. 355/359, que nos autos da ação de indenização por danos morais que move contra **VIAÇÃO ITU LTDA.** julgou a demanda improcedente, condenou-a nas verbas de sucumbência consistente nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor dado à causa, com exigibilidade suspensa, em decorrência da gratuidade judiciária concedida.

A apelante sustenta em suas razões, que o acidente causou-lhe lesões físicas e morais em vista de o veículo ter colidido violentamente contra a traseira do segundo veículo, que teve de ser socorrida e medicada, que sofreu traumatismo psíquico dificultando-lhe a realização dos afazeres da vida doméstica e que o vulto e grandiosidade do acidente justificam a compensação por danos morais.

Apelada apresentou contrarrazões (fls. 388/399).

Ministério Público de segundo grau opina pelo improvimento do recurso (fls. 408/416).

É o relatório do essencial.

Consta do relato da inicial, que na noite de 24 de julho de 2012 a apelante embarcou com seus pais e irmã em ônibus da apelada e que durante o percurso houve a colisão do ônibus com um caminhão que tracionava semirreboques, carregado com madeira de eucalipto, o qual adentrava na Rodovia 79, por volta do km 56 + 400 m, no sentido Sorocaba - Itu.

Narra ainda, que com o acidente, a apelante, na época com 9 (nove) anos

de idade, "foi arremessada no corredor do coletivo, caindo em cima de sua mãe e batendo o queixo e o tórax" (fls. 4).

Que a apelante foi socorrida por populares e encaminhada ao Pronto Atendimento Municipal Vila Martins em Itu. No hospital teria realizado exames, teria sido medicada e liberada (fls. 4).

Verifica-se que a apelante não apresentou sequelas físicas em decorrência do acidente. Não compareceu à perícia médica, tampouco consta dos autos comprovação de que tivesse sofrido qualquer traumatismo maior em razão da colisão verificada. Não há prova do alegado abalo nas atividades e afazeres domésticos.

A questão se resume em saber se o acidente por si só, o susto ocasionado e a intercorrência de atendimento hospitalar com a alteração da rotina pode legitimar alguma compensação por lesão à personalidade da apelante.

Do caso concreto ficou claro que o condutor do veículo da apelada não teve culpa alguma com o acidente. Daí a pergunta se o dever de incolumidade e a responsabilidade civil objetiva própria dessa modalidade de transporte enseja alguma compensação e, no caso, se de ordem financeira.

Tem-se entendido que mesmo em se tratando de relação de consumo a vítima deve trazer alguns indícios que comprovem a lesão extrapatrimonial sofrida, não havendo pura e simplesmente que se presumir um dano.

Nesse sentido, parece claro que a apelante não faz jus à reparação.

Não há prova das lesões físicas sofridas, a própria inicial não revela nada de maior gravidade que não seja o susto e a ruptura da rotina ocasionada com o acidente.

No julgamento da Apelação nº 1023598-23.2015.8.26.0007 desta 22ª Câmara de Direito Privado do ETJSP, j. 16.2.2017 negou-se provimento ao recurso interposto constando da ementa do acórdão proferido, por unanimidade, que:

> APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C/C TUTELA ANTECIPADA JULGADA IMPROCEDENTE. ACIDENTE OCASIONADO POR FALHA MECÂNICA. AUTORA NÃO FEZ PROVA DOS DANOS SOFRIDOS E TAMPOUCO FEZ DEMONSTRAÇÃO CABAL DE INTERFERÊNCIA SIGNIFICATIVA DO OCORRIDO NA SUA VIDA. REFLEXOS NEGATIVOS DO ATO NÃO COMPROVADOS. INEXISTÊNCIA DE LESÃO EXTRAPATRIMONIAL. APLICABILIDADE DO ART. 373, I, CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NÃO RECONHECIDA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
>
> Inexistindo quaisquer outros elementos que atestem o efetivo sofrimento

Acesso ao Sumário

da apelante no caso concreto, meu voto é pelo **improvimento** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1043324-24.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada ANA RITA MATOS NETA.

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 e majoraram a verba honorária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31627)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA E MELO COLOMBI.

São Paulo, 15 de fevereiro de 2018.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO - CONSIGNADO - LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS LÍQUIDOS - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA - DECRETO ESTADUAL Nº 51.314/06 REVOGADO PELO DECRETO ESTADUAL Nº 60.435/14 - INEXISTÊNCIA DE LIMITE DISTINTO PARA FUNCIONÁRIO PÚBLICO - RECURSO DESPROVIDO, MAJORADA A VERBA HONORÁRIA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença de fls. 125/131, julgando procedente a demanda, determinando a limitação dos descontos a 30% dos vencimentos líquidos, condenando o banco ao pagamento das custas e despesas processuais, e verba honorária de 10% sobre o valor da causa, de relatório adotado.

Nas razões recursais, aduz ciência da autora, nenhum ilícito, cobrança excessiva inocorrente, limite de 50% sobre a remuneração bruta, inversão do ônus probatório inaplicável, aguarda provimento (fls. 135/146).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 147/148).

Contrarrazões (fls. 151/160).

Remessa (fls. 161).

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento, majorada a verba honorária.

Não há que se falar em limite distinto de descontos de consignado em 50% dos vencimentos para funcionários públicos, porquanto o Decreto Estadual nº 51.314/06 fora revogado pelo Decreto Estadual nº 60.435/14.

Demais disso, incogitável seja o percentual calculado sobre o valor bruto percebido (*sic*), em respeito ao princípio da dignidade humana.

A propósito:

CONTRATO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LIMITAÇÃO AO PATAMAR DE 30% DOS VENCIMENTOS LÍQUIDOS. POSSIBILIDADE. ASTREINTES. 1. Devido à natureza alimentar da verba recebida pelo apelado, correta a limitação de descontos ao patamar de 30%, com fito de garantir a consecução dos empréstimos, ao mesmo tempo que se garante a sobrevivência do correntista. 2. É cabível cominação de multa cominatória, a fim de evitar descumprimento da determinação judicial. E seu valor deve ser suficiente para desestimular o descumprimento da ordem judicial. 3. Recurso não provido.

(Apelação nº 1042169-57.2015.8.26.0002, Rel. Des. Melo Colombi, julgado em 26/06/2017)

Contrato bancário - Declaratória - Descontos consignados para pagamento de mútuos bancários - Limitação em 30% dos ganhos líquidos do autor - Sentença de procedência - Apelação do réu - Autor funcionário público estadual - Incidência do Decreto Estadual nº 60.435/2014 - Astreintes - Cabimento - Valor adequadamente fixado - Apelação não provida.

(Apelação nº 1040594-45.2014.8.26.0100, Rel. Des. Gil Coelho, julgado em 10/08/2017)

Dessarte, escorreita a r. decisão que definiu como teto para os descontos o percentual de 30% sobre os vencimentos líquidos, não comportando retoque.

Por fim, advirto às partes quanto à possibilidade de aplicação de sanção por litigância de má-fé no caso de interposição de recursos infundados, art. 80, inciso VII, do CPC.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorando a verba honorária para 12% do valor corrigido dado à causa, art. 85, § 11 do NCPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003697-24.2016.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que são apelantes ALESSANDRO MARCOS LIZABELO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), MARIA LUCIA BELLINI MALAVOLTA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e CARLOS EDUARDO MALAVOLTA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado IMOBILIÁRIA LIDER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, na parte conhecida, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.323)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KIOITSI CHICUTA (Presidente), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Locação de imóvel. Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis. Sentença de procedência. Pretensão dos réus de exclusão da condenação dos ônus de sucumbência. Corréus patrocinados pelo mesmo advogado, porém, em relação aos fiadores, não foi firmado convênio entre a Defensoria Pública e a OAB/SP. Fiadores que não são beneficiários da gratuidade da justiça. Não recolhimento do preparo recursal. Deserção decretada e não conhecimento do recurso em relação aos fiadores. Corréu (locatário) beneficiário da justiça gratuita. Exigibilidade das verbas de sucumbência suspensa com base no artigo 98, § 3º, do CPC/15. Recurso parcialmente provido, na parte conhecida, com observação.

Pelo princípio da causalidade, o beneficiário da Justiça Gratuita, quando vencido, responde pelos ônus da sucumbência, apenas com ressalva de que sua exigibilidade fica suspensa enquanto perdurar situação de insuficiência de recursos (artigo 98, § 3º, do CPC/15).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 63/65 que julgou procedente ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis para o fim de declarar a rescisão do contrato de locação celebrado entre as partes e decretar o despejo do locatário, condenando os requeridos, solidariamente, ao pagamento do débito relativo aos aluguéis vencidos a partir de 15/08/2016 até a data da efetiva desocupação do imóvel, corrigidos monetariamente desde a propositura da ação, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Condenou, ainda, os requeridos ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Alegam os réus que, na contestação, afirmaram sua condição de hipossuficiência financeira, não podendo arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Em razão disso, sustentam que não poderia haver sua condenação ao pagamento das custas e honorários advocatícios, postulando a exclusão das verbas de sucumbência. Asseveram que o locatário não mais reside no imóvel. Por isso, pleiteiam a reforma da sentença.

Foram ofertadas contrarrazões, nas quais a recorrida sustenta que deve ser mantida a sentença, exceto no que tange à fixação de honorários advocatícios ao patrono do réu Alessandro Marcos Lizabelo que atua através do convênio realizado entre a OAB/SP e Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aduzindo que em relação aos corréus Carlos Eduardo Malavolta e Maria Lucia Bellin Malavolta incidem os efeitos da revelia, conforme constou na sentença, devendo ser julgado deserto o presente recurso, tendo em vista que não comprovaram o recolhimento do preparo recursal, nem são beneficiários da justiça gratuita, observando-se que tiveram condições financeiras de assumir a condição de fiadores do corréu Alessandro, o que não os qualifica como beneficiários da gratuidade da justiça.

Recurso tempestivo, sem preparo, respondido, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Anote-se, inicialmente, que a r. sentença apelada foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 14/07/2017 e considerada publicada no primeiro dia útil subsequente, logo, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual o recurso interposto será analisado à luz do referido diploma legal, o que está em consonância com o disposto no enunciado administrativo nº 2, aprovado pelo Pleno do C. STJ.

Conforme se depreende nos autos, foi julgada procedente a ação de despejo cumulada com cobrança, tendo sido interposto recurso de apelação pelos corréus, sendo o locatário Alessandro Marcos Lizabelo e na condição

Acesso ao Sumário

de fiadores Carlos Eduardo Malavolta e Maria Lúcia Bellin Malavolta, todos representados pelo mesmo causídico, Dr. Tiago Gomes Barbosa de Andrade.

Ocorre que, analisando os autos, constata-se que foi outorgada procuração ao referido advogado pelo locatário Alessandro, nos termos do convênio firmado entre a Defensoria Pública e a OAB/SP, conforme se infere a fl. 45, razão pela qual ele faz jus à gratuidade da justiça.

O mesmo não se verifica em relação aos fiadores Carlos Eduardo Malavolta e Maria Lúcia Bellin Malavolta, conforme se depreende nas procurações de fls. 46 e 47, tendo contratado o advogado particular, sem obter o benefício junto ao convênio firmado entre a Defensoria Pública e OAB/SP.

Assim, considerando tais circunstâncias, ponderou-se que os recorrentes Carlos Eduardo e Maria Lúcia não fazem jus à concessão da benesse, na medida em que não trouxeram qualquer elemento que corrobore a alegada insuficiência de recursos e, por decisão de fl. 76, determinou-se que providenciassem o recolhimento do preparo recursal, sob pena de deserção. Todavia, conforme se vê na certidão de fl. 78, quedaram-se inertes os recorrentes (Carlos Eduardo e Maria Lúcia). Consigne-se, ainda, que não houve interposição de recurso contra tal decisão.

Bem por isso, em relação aos fiadores Carlos Eduardo e Maria Lúcia, o recurso de apelação é deserto e não deve ser conhecido quanto a esse tópico.

Quanto ao corréu Alessandro Marcos Lizabelo e sua condenação aos ônus sucumbenciais, consigne-se apenas que, na condição de réu vencido, ele está sujeito aos ônus da sucumbência, devendo arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios. Contudo, nos termos do artigo 98, § 3º, do CPC/15, que dispõe: "*Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.*", infere-se que apenas sua exigibilidade fica suspensa enquanto perdurar a situação de insuficiência de recursos, de modo que a execução fica impossibilitada no prazo referido na lei. Tal regra reprisou os termos dispostos no artigo 12 e 11, § 2º, da Lei 1.060/50. Nesse sentido, confira-se o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO.
>
> 1- É uniforme o entendimento do STJ no sentido de que a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita será obrigada ao pagamento dos ônus sucumbenciais, ficando suspensa, entretanto, a obrigação até que cesse

Acesso ao Sumário

a situação de hipossuficiente do beneficiário ou caso decorridos cinco anos da sentença final, quando consumada a prescrição, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060./50.

2- Recurso especial provido." (REsp nº 1.204.766/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, J. 14/04/2011).

Finalmente, majora-se a verba honorária sucumbencial, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15, vigente à época da publicação da sentença, e considerando o trabalho adicional realizado pelo advogado da vencedora, bem como o tempo despendido, a natureza e complexidade da causa, deve ser fixada a verba honorária, no cômputo geral, em 12% do valor atualizado da condenação, observando-se o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC/15.

Isto posto, dá-se provimento parcial ao recurso, na parte conhecida, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021386-96.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante TERESINHA ANTUNES PIROTTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.994)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente), DIMAS RUBENS FONSECA e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Seguro de vida. Ação de cobrança. Doença preexistente. Concausa do óbito do segurado. Omissão. Informação relevante. Má-fé configurada. Perda do direito à indenização securitária.

Segurado que, no ato da contratação do seguro, omite a informação de que padecia de doença relacionada com a causa de sua morte, embora essa informação tenha sido solicitada na declaração de saúde, age

Acesso ao Sumário

de má-fé, comportamento que acarreta a perda do direito à indenização securitária.

Recurso não provido. Honorários sucumbenciais recursais arbitrados.

VOTO

Beneficiária de seguro de vida apela da respeitável sentença de fls. 2.474/2.479, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de cobrança de indenização securitária por ela movida em face da seguradora. Sustenta, em síntese, que a relação contratual debatida na demanda é de consumo, de modo que deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao consumidor. Assevera que a apelada não exigiu exame médico do proponente no momento da contratação, aduzindo que o pagamento do prêmio garante ao segurado o direito ao recebimento da indenização. Acena, ainda, com a necessidade de prova cabal da má-fé do segurado.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

O inconformismo manifestado no apelo não merece acolhida, eis que a respeitável sentença recorrida conferiu adequada solução à lide.

Consoante se extrai da proposta de seguro de vida reproduzida a fls. 99/101, em 12.03.2015, o segurado respondeu a questionário no qual declarou que não tinha "**conhecimento de ser portador de quaisquer das doenças ou lesões relevantes que exijam tratamento médico**".

Tal declaração, por si só, revela a má-fé do proponente, eis que omitiu informação capaz de influenciar na aceitação da proposta, notadamente em face da existência de prova de que ele já sabia ser portador da doença de Alzheimer, moléstia indicada na certidão de óbito como concausa da morte (fls. 34), desde muito tempo antes da contratação do seguro.

Assim, por bem demonstrado que, no ato da contratação do seguro, o segurado já tinha conhecimento de que padecia de doença relacionada com a causa da sua morte, porém, omitiu tal informação no preenchimento da declaração de saúde, impedindo a seguradora de analisar, em toda a sua extensão, o risco proposto, motivo pelo qual fica esta exonerada do pagamento da indenização.

O fato de a seguradora não ter exigido exame médico do segurado não tem o condão de mantê-la obrigada ao pagamento da indenização securitária, pois para que ocorra a perda de tal direito é suficiente prova da má-fé deste na contratação.

A respeito do tema, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo eminente Ministro Raul Araújo:

Acesso ao Sumário

"**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. OMISSÃO INTENCIONAL DE DOENÇA GRAVE. MÁ-FÉ RECONHECIDA. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É lícita a recusa de cobertura securitária, por motivo de doença preexistente à celebração do contrato, se comprovada a má-fé do segurado, hipótese que não depende da exigência pela seguradora de exames prévios à contratação. Precedentes. 2. O Tribunal de origem concluiu expressamente pela ocorrência de má-fé, decorrente da omissão deliberada quanto ao real estado de saúde do segurado, apenas um ano antes da morte, de modo que a modificação desse entendimento implicaria reexame de fatos e provas, vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno não provido.**" (AgInt no REsp 1296733/SC - 4ª Turma - J. 21.09.2017).

Imperioso registrar que o contrato de seguro foi celebrado apenas três dias após a alta hospitalar de uma internação que perdurou por quatorze dias (fls. 35) e o óbito do segurado ocorreu em 26.03.2015, quatorze dias após a contratação (fls. 34).

Ademais, como bem consignado na r. sentença recorrida, o segurado sequer possuía capacidade civil para contratar, pois "**o documento de fls. 35/36, juntado pela própria autora, dá conta da real situação do falecido, por ocasião da sua ultima internação, pouquíssimo tempo antes de seu falecimento, vejamos: '*paciente não contactuante, acamado, com dependência funcional total, em acompanhamento paliativo, deu entrada no PS trazido pela esposa...*'. Ademais, as próprias doenças das quais ele era portador (Alzheimer, Parkinson e esquizofrenia) já evidenciam a sua incapacidade**".

Em face desse cenário, a improcedência do pedido se impunha como medida de rigor.

Por fim, afigura-se cabível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, previsto no art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil.

Assim, considerando-se o trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal pelo advogado da apelada, aos honorários sucumbenciais fixados na sentença (10% do valor da causa) ficam acrescidos 5%, totalizando 15%.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso e arbitram-se honorários sucumbenciais recursais.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0165685-

36.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LAERTES DE MACEDO TORRENS, são apelados DENISE FINOCCHIARO PIGNALOSA e GIORGIO PIGNALOSA.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18959)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2017.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: HONORÁRIOS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS - AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Réus que comprovaram a celebração de ajuste entre as partes e pagamento - Art. 333, II, do CPC/73 (art. 373, II, do NCPC) - Cumprimento - DEMANDA IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A sentença de fls. 686/688, proferida nos autos da **ação de arbitramento de honorários advocatícios**, julgou **improcedente** o pedido ajuizado por **Laertes de Macedo Torrens** contra **Denise Finocchiaro Pignalosa** e **Giorgio Pignalosa**, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 3.000,00, a serem divididos igualmente entre os patronos dos demandados.

Inconformado, o vencido interpôs recurso de apelação (fls. 705/719), suscitando a nulidade do julgado, uma vez que não foi requerida a condenação dos demandados ao pagamento de valores em aberto, mas o arbitramento de quantia pelos serviços prestados e devidamente comprovados. No mérito, salienta que exerceu o mandato sem a promessa de gratuidade e tampouco que os honorários recebidos em outras atuações pagariam aqueles referentes a inquéritos e demandas penais diversas.

Acesso ao Sumário

Recurso recebido e bem processado (fls. 724).

Contrarrazões à fls. 727/736 e fls. 737/752.

É o relatório.

Cuidam os autos de **ação de arbitramento de honorários advocatícios** visando o advogado, autor, ao equacionamento e recebimento de remuneração pelos serviços prestados em prol dos acionados em inquéritos e demandas de natureza criminal, que no curso desse processo denominaram de "casos Carlos Ely Eluf" ou "casos Ely Eluf".

O advogado, no exercício do mandato, pode agir judicial ou extrajudicialmente em favor do seu constituinte, e sua contraprestação são os honorários, conforme art. 22 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Muitas vezes, contudo, as partes passam ao largo do contrato escrito, fazendo-o de forma verbal e aleatória, ou sequer fixam previamente qualquer quantia. Nessas últimas hipóteses os honorários advocatícios podem ser arbitrados judicialmente, quando se leva em consideração o trabalho desenvolvido, entre outros fatores (art. 22, § 2º, da Lei Federal 8.906/94).

No caso concreto, o autor comprovou o exercício do mandato, no interesse dos demandados, em inquéritos e litígios de natureza criminal, conforme documentos que instruem a petição inicial (fls. 111/240 e 244/247).

Todavia, nas contestações os demandados reconhecem a outorga de procuração, mas afirmam, entretanto, que já efetuaram o pagamento de honorários ao autor quanto aos "casos Carlos Ely Eluf", na valor bruto de R$ 85.000,00, descabendo, em consequência, o arbitramento buscado.

Tal afirmação de pagamento veio fundada no repasse, ao autor, da totalidade dos honorários que o Banco Luso Brasileiro fizera aos acionados (contratos a fls. 454/456, 458-460, 462/463), tanto que nos correios eletrônicos trocados entre os litigantes, o acionante afirma que:

> "*ficou acertado entre nós, que eu receberia os honorários do Banco, e em contrapartida eu atenderia os casos criminais que pudessem surgir referente ao Carlos Eluf*" (fls. 433).

E ainda (fls. 434):

> "*Após fazer uma conciliação entre teu relatório do dia 21/10 do corrente denominado 'Pagamentos efetuados p/ Sr. Laertes de Macedo Torrens', no valor de R$ 51.300,00, confirmo que os mencionados pagamentos foram efetivamente creditados em minha conta corrente do Bankline Personnalite.*
>
> *Acrescento ainda que nesta data recebi também o cheque nº 003810, sacado contra o HSBC, na conta corrente Giorgio Pignalosa, no valor de R$ 3.000,00, perfazendo portanto o total de meu recebimento em R$ 54.310,00, referentes aos contratos do Banco Luso Brasileiro. Destaco, outrossim, que pelo relatório administrativo financeiro emitido por teu departamento financeiro, o valor total dos contratos com o Banco Luso Brasileiro (Mineral's Group R$ 15.000,00. Taggart do Brasil R$ 50.000,00. Agir Comercio de Aparelhos de Ginástica e Fitness R$ 20.000,00), atinge*

Acesso ao Sumário

a importância de R$ 85.000,00, havendo portanto um crédito a nosso favor na importância de R$ 30.690,00".

Deduz-se, então, que não havia promessa de advocacia "*pro bono*" ou gratuita, mas que existia um ajuste, uma convenção, entre as partes com relação às demandas patrocinadas pelo autor nos litígios de natureza criminal envolvendo "Carlos Ely Eluf", mencionados na petição inicial, de modo que descabida a ação de arbitramento, que somente tem lugar, repita-se, quando não há contrato entre as partes concernente a honorários advocatícios.

Se o autor discordava do valor líquido que recebeu, pois os demandados alegam o desconto de tributos, deveria ter ajuizado ação de cobrança, pleiteando a diferença, mas não a demanda de arbitramento.

De fato, conforme consta dos autos, os réus de desincumbiram do ônus probatório, pois cumpriram o disposto no art. 333, II, do CPC/73 (art. 373, II, do NCPC), trazendo elementos aos autos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor e levam, consequentemente, à improcedência da ação.

Nesse sentido:

"**Prestação de serviços profissionais. Ação de arbitramento de honorários advocatícios**. Ausência de contrato escrito. Fragilidade de prova sobre a efetiva existência do crédito reclamado. Artigo 373, I. Requerida que comprova o pagamento. Honorários recursais. Majoração. Sentença de improcedência mantida. **Recurso não provido, com determinação**."[1]

"**APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de arbitramento de honorários.** Honorários advocatícios. Preliminares afastadas. Agravo retido não conhecido. Deserção não acolhida. Mérito. Autor que não se desvencilhou em produzir provas robustas e convincentes a dar azo à procedência dos pedidos formulados na exordial. Sentença mantida. **Agravo retido não conhecido e apelação não provida.**"[2]

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0706986-49.2012.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLOVIS

1 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0000989-62.2015.8.26.0654 Rel. Des. **Bonilha Filho** - J. 28/09/2017.

2 TJSP - 33ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0002278-27.2007.8.26.0584 - Rel. Des. **Mario A. Silveira** - J. 07/08/2017.

Acesso ao Sumário

MIGUEL DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 38.323)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA E FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Seguro de vida e acidentes pessoais. Ação de cobrança de indenização securitária decorrente de suposta invalidez decorrente de doença. Contrato que prevê cobertura em caso de acidente, desde que resulte invalidez permanente, excluídas as resultantes do trabalho e profissionais. Autor que se apresenta parcialmente incapacitado em razão de doença. Contrato de seguro que deve ser interpretado restritivamente. Risco expressamente excluído na contratação. Sentença de improcedência mantida. Apelo do autor improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação cobrança, com fundamento em contrato de seguro de vida e acidentes pessoais em grupo, ajuizada por Clovis Miguel da Silva em face de Itaú Seguros S/A, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 203/205, cujo relatório se adota, carreando ao autor as verbas de sucumbência, observada a gratuidade deferida.

Apela o autor (fls. 208/215), alegando, em síntese, que as doenças profissionais devem ser reconhecidas como acidente, inclusive acidente de trabalho, seja pela função social do contrato, seja porque incide o Código de Defesa do Consumidor ao caso, devendo o contrato ser interpretado da maneira mais favorável ao consumidor hipossuficiente. Afirma que a sentença contraria o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Pugna pela reforma da sentença com a procedência total da ação.

Recurso tempestivo; isento de preparo, diante a gratuidade de justiça concedida a fls. 29.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 219/245.

É o Relatório.

O autor faz parte de plano de seguro de vida em grupo.

Pretende o pagamento do seguro, pois foi acometido de doença.

A seguradora nega a obrigação de pagar aduzindo que no seguro contratado não existe previsão para casos de doença profissional, mas apenas quando ocorrer invalidez permanente, total ou parcial por acidente.

Examina-se o que foi contratado pelas partes e, sob esse aspecto o réu está com a razão.

Se ocorrer acidente (o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física - fls. 88) a indenização é devida, desde que cause invalidez permanente total ou parcial.

Se ocorrer moléstia (doença) profissional não existe indenização, pois não existe previsão contratual para tanto, ao revés, o tópico seguinte ao previsto para indenização, prevê expressamente que não se incluem no conceito de acidente pessoal:

"as doenças (inclusive as profissionais), qualquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, ressalvadas as infecções, estados septicêmicos e embolias, resultantes de ferimento visível".

Assim, existe limitação legal prevista no artigo 1460 do Código Civil, que prevê a responsabilidade do segurador apenas pelos danos oriundos de risco contratualmente previsto e não de outro.

Cabível aqui a transcrição de parte do voto proferido pelo douto Francisco Casconi, ao Relatar a Apelação com Revisão no. 478.972-0/3:

"Limitação e particularização dos riscos emergem da dicção do artigo 1460 do Código Civil, enquanto a distinção entre cobertura acidentária laboral prevista na lei especial e infortúnio pessoal surge do conceito que Pontes de Miranda lançou com a precisão que lhe era peculiar, no volume 46, p. 37, do Tratado de Direito Privado.

Escreveu o saudoso Mestre:

'O seguro, em qualquer das espécies de seguro de acidentes pessoais, supõe desgraça, infortúnio acidental. Não se há de circunscrever o seu campo às lesões corporais, salvo se se parte da concepção de que toda a patologia psíquica é de causa material, o que é mais restrita do que causa física.

A causa há de ser qualificada (fortuita, violenta e externa).

Se se diz que o seguro de acidentes pessoais há de ser por evento inabilitante para alguma atividade já se restringe o sentido. Mais, ainda, se a inabilitação tem de ser para o trabalho. O seguro de acidente do trabalho

Acesso ao Sumário

já é espécie, que se há de basear no que se considera acidente do trabalho e inabilitação, temporária ou não, para o trabalho. As leis especiais exercem papel de relevo'.

Se o promovente entende que a surdez é profissional e enseja reparação especial ou em decorrência do comportamento da empregadora e seus prepostos, sua a iniciativa de sopesar a situação fática pois diametralmente opostas as pretensões. Enquanto o contrato cuja execução reclama exclui a moléstia sem origem em ocorrência fortuita, violenta e externa, a infortunística especial, lei nº 8.213/91 e seu decreto regulamentador (nº 611/92), define como acidente aquele registrado durante plena atividade profissional, assim definida a doença profissional e a doença do trabalho, esta última adquirida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado (artigos 19 e seguintes do diploma mencionado e 139 e seguintes do regulamento).

A seguradora privada não assumiu o risco amplo e irrestrito do âmbito previdenciário ou acidentário dos direitos sociais. O seguro de acidentes pessoais, devido diante de evento exclusivo, externo, súbito, involuntário e violento, independentemente de eventual relação de causalidade com a atividade profissional 'de modo nenhum se confunde com o seguro de moléstia, que é o seguro para qualquer caso de moléstia, seja violenta ou externa, ou não seja violenta, ou não seja externa, ou não seja violenta nem externa a causa da moléstia'" (obra citada, p. 40).

Responde o réu apenas pelos riscos que assumiu.

É o caso dos autos.

Neste cenário, inviável o acolhimento da pretensão indenizatória veiculada na petição inicial, na medida em que, por força do disposto no artigo 757 do Código Civil, a seguradora se obriga a garantir interesse legítimo do segurado somente *contra riscos predeterminados*.

A respeito desse dispositivo legal **CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY** leciona que:

Na base do ajuste está a cobertura de um risco que, porém, deve ser predeterminado, vale dizer, previamente estipulado pelas partes, posto se admita aí a incluído o quanto despendido pelo segurado para evitar o sinistro ou minorar suas consequências (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil, 3. Ed.. São Paulo, Atlas, 2003, v. III, p. 383). Trata-se do risco de que sobrevenha um evento futuro e incerto, ou de data incerta, não adstrito à vontade exclusiva de uma das partes, chamado, quando ocorre, de sinistro, que tenha sido previsto e que cause lesão a interesse do segurado, assim operando-se sua garantia, pelo segurador, mediante a entrega, àquele, de um capital previamente limitado.

(...)

A rigor, todavia, ressalve-se que, no ajuste de seguro, se pressupõe uma relação mais ampla de mutualismo, em que há um universo de pessoas que, mediante o pagamento do prêmio, compõem um fundo gerido pelo administrador,

Acesso ao Sumário

que calcula a probabilidade dos eventos cobertos para quantificar a soma a ser paga pelos segurados (In *Código civil comentado, 8ª ed., Barueri, Manole, 2014, p. 733*).

Vale dizer, não havendo cobertura de invalidez parcial permanente decorrente de doenças profissionais (fls. 197), não seria possível impor ao apelado a obrigação de indenizar o autor.

Risco excluído, na verdade, é aquele que não faz parte do contrato de seguro, não havendo que se falar em afronta ao Código de Defesa do Consumidor.

A respeito do risco a doutrina mostra:

"*O interesse legítimo deve necessariamente se achar submetido a risco.*

O risco, outro elemento essencial do contrato, é a possibilidade de ocorrência de um evento predeterminado capaz de lesar o interesse do garantido.

Para o seguro, o risco é apreendido em sua dimensão social, coletiva. Não se tomam em conta a incerteza e a insegurança estritamente individuais e sim a previsão, obtida através de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse.

A hipersegmentação, que nos seguros de grandes massas também acontece quando se adota a perfilização, é principalmente uma política comercial e não uma circunstância resultante da aplicação de estudos estatísticos e cálculos atuariais. Não há seguro individualmente taxado, seguro sob medida. Há seguro para as medidas dos grupos ou massas seguradas.

Por isso, as dúvidas relacionadas com a inclusão do risco na garantia exigem soluções que permitam compatibilizar o interesse das partes contratantes com a estruturação técnica comunitária do seguro. O risco, em outras palavras, deve ser buscado também na sua dimensão coletiva, aquela de fato tomada em conta com a padronização do contrato e sua estruturação atuarial e financeira. É essa compreensão transindividual que leva à impostergável apresentação pela seguradora à autoridade de fiscalização e controle das notas técnico-atuariais e clausulados." (*in* O Contrato de Seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro, Ed. Roncarati, pág. 58, Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel).

Acesso ao Sumário

Na mesma obra os doutrinadores indicam, de maneira clara, o que significa risco:

"*É o risco que torna assegurável o legítimo interesse do segurado. Se o risco predeterminado não incide, nem pode incidir sobre o interesse, falta um elemento essencial ao contrato. Não se garante de não há risco.*

.....

A expressão utilizada pelo Código de 1916, 'riscos futuros previstos no contrato' (art. 1.432), foi substituída por riscos predeterminados. O Código anterior utilizava a expressão risco predominantemente para designar o sinistro (realização do risco), razão pela qual lhe atribuía a nota de futuridade,

adjetivação que afastava o risco pretérito e o risco em curso, cuja conversão em sinistro era ainda desconhecida pelas partes no momento da conclusão (processo de formação) do contrato. Tais riscos (putativos), como cediço, também são asseguráveis (CCom. Arts. 677 nº 9 e 685)." (pág. 59 - grifos meus).

Neste sentido é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"Isso porque, segundo o conceito legal, o contrato de seguro é aquele pelo qual o segurador se obriga, mediante pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados (artigo 757 do Código Civil).

Desse modo, a obrigação do segurador só surge quando, e se, sobrevier o evento previsto no contrato. Limitando a apólice os riscos cobertos pelo seguro, somente por eles, e por nenhum outro, responderá o segurador.

O contrato de seguro, portanto, deve ser interpretado restritivamente, restringindo-se a responsabilidade da seguradora aos danos oriundos de riscos previamente estipulados pela apólice, nos exatos limites do que convencionaram as partes, pois foi em função disso que a seguradora calculou o prêmio.

Assim, a obrigação da seguradora apelante deve se limitar ao valor da indenização indicado na apólice contratada, sob pena de se abalar o equilíbrio financeiro e atuarial do contrato." (**Relator: Hugo Crepaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/05/2015 - destaquei**).

"SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - AÇÃO DE COBRANÇA - IMPROCEDÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - Estando presentes nos autos elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador, e uma vez que a perícia requerida não teria o condão de alterar o deslinde da causa, despicienda é a sua produção - Preliminar rejeitada. SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS - Cobrança - Ausência de cobertura para casos de doença profissional - Risco excluído e, portanto, não coberto - Interpretação do contrato que deve ser restritiva, e não ampliativa, não havendo como se exigir o pagamento de indenização sobre riscos excluídos do contrato - Argumentos que refogem ao contrato em exame, envolvendo relação laboral - Recurso desprovido." (**Relator: Carlos Nunes; Comarca: Pindamonhangaba; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/07/2015**).

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao apelo do autor, nos termos acima alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033335-34.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALVARO DOS SANTOS ANES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado DEOLINDO DOS SANTOS COSTA MOZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9032)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E PENSÃO VITALÍCIA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA - LOCATÁRIO QUE SOFREU QUEDA NA ESCADA DO IMÓVEL - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO REQUERIDO - LOCADOR QUE NÃO TEM A OBRIGAÇÃO DE ADAPTAR O BEM ÀS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE CADA LOCATÁRIO - CABIA AO AUTOR PROMOVER AS ADAPTAÇÕES PERTINENTES PARA SEU MAIOR CONFORTO E SEGURANÇA DADA SUA IDADE AVANÇADA - ERRO MATERIAL - PEQUENO REPARO NA SENTENÇA QUANTO À JUSTIÇA GRATUITA - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM GRAU RECURSAL - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, §11º, DO CPC/2015 - RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 114/129), interposto contra a r. sentença de fls. 109/112 (publicada em 27/07/2017) que julgou improcedente

a ação de reparação de danos morais e pensão vitalícia, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00.

O autor apela alegando, preliminarmente, o cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide. Diz que o requerido não faz jus à gratuidade e requer a revogação da *benesse* concedida.

No mérito, sustenta que o apelante desconhecia a possibilidade de notificar o locador dos problemas de segurança na escada do imóvel locado (ausência de corrimão na escada do prédio). Alega que o locador é responsável pelo acidente, uma vez que não cumpriu as regras de segurança de condomínio. Afirma que perdeu sua capacidade laborativa, além de ter ficado internado por setenta dias, bem como seis meses acamado. Requer a condenação do apelado ao pagamento de danos morais em valor não inferior a R$ 50.000,00. Aduz que restou demonstrado o dano estético, razão pela qual o requerido também deve ser condenado a pagar mais R$ 50.000,00. Diz que teve despesas com o tratamento e encontra-se parcialmente inabilitado para o labor, sendo de rigor a condenação em lucros cessantes e pensão mensal vitalícia. Postula o provimento do recurso para julgar procedente a ação, com a condenação do requerido ao pagamento de honorários advocatícios de 20%.

Recurso regularmente processado, recebido em ambos os efeitos (fls. 141).

Contrarrazões a fls. 134/139.

Não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Ab initio, afasto a alegação de cerceamento de defesa, pois como se sabe, o Juiz é o destinatário da prova, cumprindo a ele aferir a necessidade, ou não, de dilação probatória.

Nesse sentido, **"tem o juiz de estar convencido a respeito das alegações de fato da causa para que possa julgar imediatamente o pedido. Não sendo cabível a colheita de prova oral (depoimento pessoal e oitiva de testemunhas, art. 452, II e III, CPC) nem a obtenção de esclarecimentos do perito a respeito do laudo pericial (art. 452, I, CPC), cabe o julgamento imediato do pedido" (cf. LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO. Do julgamento antecipado da lide. Código de processo civil comentado artigo por artigo. 1ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 331). (*sic*)**

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber: **"Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa**

(STJ-6ª Turma - Resp 57.861-GO - Relator Ministro Anselmo Santiago - j. 17.2.98 - v.u. - DJU 23.3.98 - p. 178)". (*sic*)

Cumpre ressaltar que o processo foi instruído com as provas necessárias ao correto julgamento da lide, sendo que a pertinência ou não do pedido inicial decorre da aplicabilidade de determinada norma jurídica ao caso concreto e não de extensa prova documental.

Ademais, o autor pretendia a realização da prova oral com o fim de comprovar o nexo causal entre a conduta do requerido e o acidente (fls. 118), mas tal prova não teria o condão de alterar o desfecho da demanda, uma vez que o decreto de improcedência não se fundamenta na ausência da relação de causa e consequência, mas sim na inexistência de conduta ilícita do locador.

No mais, quanto ao mérito, deixo consignado que o recurso não comporta provimento.

Com efeito, os deveres do locador que ensejariam responsabilidade civil advêm do descumprimento de algum dos incisos elencados no artigo 22, da Lei 8245/91, pois evidenciaria uma ação ou omissão culposa, mas não é caso dos autos.

Ora, a responsabilidade do locador se restringe à manutenção do imóvel em condições de habitabilidade, pois ele não assumiu qualquer responsabilidade pela segurança do idoso que nele habita.

Por seu turno, é permitido ao locatário escolher o imóvel para locar segundo as suas necessidades, além de poder promover adaptações que entender pertinentes para seu maior conforto e segurança, dada sua idade avançada, bem como, comunicar por escrito o locador dos reparos necessários à conservação do bem.

No caso dos autos não há qualquer prova documental de que o autor tenha tentado obter, junto ao locador, eventual solução para o suposto problema de segurança do imóvel (escada de cimento sem corrimão - foto fls. 04).

Além disso, caracterizado o desacordo do locatário com a escada sem corrimão do imóvel, era possível a rescisão do contrato, para buscar outro imóvel que ele entendesse se adequar às suas condições mais exigentes.

Nesse contexto, inexiste indicador de ocorrência de ato ilícito do locador apto a ensejar o dever de indenizar, não se vislumbrando mesmo a existência de elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Como bem asseverou o Douto Magistrado sentenciante (fls. 110): "***Incontroverso nos autos que as partes firmaram contrato de locação verbal tendo por objeto o imóvel descrito na inicial, figurando o autor como locatário e o réu como locador. Incontroverso, ainda, que o autor sofreu queda no imóvel locado, em razão da ausência de corrimão na escada. Entretanto, não consta nos autos que o locatário tenha notificado o locado, antes dos fatos,***

Acesso ao Sumário

sobre problemas de segurança na escada, sendo cediço que é do locatário a obrigação de, ao pretender alugar um imóvel, efetuar a vistoria para constatar se o mesmo se encontra em condições de servir ao fim a que se destina. Anoto, ademais, que a falta de corrimão na escada não pode ser considerado problema estrutural do imóvel pelo qual possa responsabilizar-se o locador." (***sic***)

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão aqui posta, impossível outro deslinde ao caso, sendo de rigor a manutenção da r. sentença, sem que com isso reputem-se violados dispositivos legais ou constitucionais.

Por fim, nota-se que constou na r. sentença (fls. 112): ***"Nos termos do art. 99, §3º, do NCPC, defiro ao réu os benefícios da Justiça Gratuita. Anote-se."*** **(*sic*)**

Compulsando os autos, verifica-se que o requerido não pleiteou a concessão da gratuidade em nenhum momento. Por outro lado, houve pedido do autor nesse sentido (fls. 19), inclusive com apresentação de impugnação pelo requerido (fls. 94/96).

Ademais, ponderou a r. sentença (fls. 111): ***"Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a ação, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando o autor no pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios do patrono adverso, fixados estes em R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por equidade, observada a isenção que decorre da Justiça Gratuita."*** **(*sic*)**

Dessa forma, conclui-se que a r. sentença contém mero erro material quanto ao deferimento da gratuidade, reconhecendo-se que ela foi deferida, em verdade, ao autor, o que remanesce como observação.

Salienta-se que o desprovimento do recurso torna necessária a majoração das porcentagens dos honorários advocatícios impostos ao apelante para R$ 2.800,00, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil atual.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008701-36.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO TOPÁZIO, é apelada LUCIANA FAZZI.

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 do condomínio e provimento ao recurso

da condômina. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.258/22.298)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: CONDOMÍNIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE MULTA. JULGAMENTO EM CONJUNTO. Alteração de fachada. Substituição de teto de madeira por teto de gesso. Aprovação em assembleia condominial para envidraçamento e colocação de cortinas nas sacadas. Teto que se constitui área de propriedade exclusiva da condômina, de pouca visibilidade. Conjunto arquitetônico preservado. Litigância de má-fé descaracterizada. Honorários sucumbenciais. Valor fixado que se afigura abaixo do razoável, sendo o caso de majoração. Recurso do Condomínio provido em parte para afastar a condenação em litigância de má- fé. Recurso da condômina provido para majorar os honorários advocatícios.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO TOPÁZIO** e **LUCIANA FAZZI BELMONT** nos autos da ação de obrigação de fazer c. c. preceito cominatório movida pelo primeiro em face da segunda, e na ação declaratória de inexigibilidade de multa que a segunda move contra o segundo, apreciados em conjunto pela r. sentença de fls. 192/199, cujo pedido da ação de obrigação de fazer foi julgado improcedente, condenando o Condomínio ao pagamento das despesas processuais e da verba honorária fixada em dez por cento (10%) do valor atribuído à causa, e julgado procedente o pedido deduzido na ação declaratória de inexigibilidade de multa, declarando inexigível a multa imposta pelo Condomínio à Luciana Fazzi Belmont, condenando aquele pagamento das despesas processuais e verba honorária fixada em dez por cento sobre o valor dado à causa.

Acesso ao Sumário

Sustentou o Condomínio, em síntese, que não juntou foto de outra unidade, portanto, não litigou de má-fé; que Luciana Fazzi substituiu o teto de

madeira de sua varanda por gesso, modificando o padrão original da fachada, descaracterizando a harmonia do edifício; que as fotos colacionadas aos autos estão com a cortina abaixada, impedindo a visibilidade do teto; que a alteração do teto implica em alteração de fachada, independentemente de passar a fazer parte da área interna da unidade após o fechamento das sacadas com vidro; que é válida a multa imposta à apelada, pois a mesma infringiu norma condominial.

Aduziu a condômina, em suas razões, que os honorários sucumbenciais foram fixados em valor irrisório, sendo caso de majoração.

Foram oferecidas contrarrazões, com pleitos de desprovimento dos recursos.

É o relatório.

O Condomínio ajuizou a presente demanda objetivando compelir Luciana Fazzi Belmont a restabelecer o padrão original do teto da varanda de sua unidade.

Afirma que a ação está motivada na substituição do teto de madeira pelo teto de gesso na sacada da unidade da condômina, o que configura alteração da fachada, quebrando a harmonia do conjunto arquitetônico do edifício.

Pois bem, a legislação veda ao condômino alterar a forma externa das fachadas e as partes comuns, ficando ele sujeito ao pagamento de multa prevista na convenção ou no regulamento do condomínio, além de ser compelido a desfazer a obra ou abster-se da prática do ato, cabendo ao síndico, com autorização judicial, mandar desmanchá-la à custa do transgressor se este não a desfizer no prazo que lhe for estipulado (art. 10, inc. I e § 1º da Lei 4.591/64 e art. 1336, III, do Código Civil).

Ademais, o artigo 6º, IV, da Convenção Condominial dispõe: "*São deveres dos condôminos: não decorar as paredes e esquadrias que se confrontam com as áreas comuns ou externas do edifício, com tonalidades ou cores diversas das empregadas no condomínio*" (fls. 26, Processo nº 1068218-06.2013.8.26.0100).

Pois bem, com fulcro nas normas supracitadas, os elementos probatórios existentes nos autos permitem concluir que a obra realizada pela condômina, ao reverso do que se alega, não consiste em alterações estéticas da fachada do condomínio, tampouco prejudica seu conjunto arquitetônico (fls. 77/84 do processo nº 1068218-06.2013.8.26.0100), não se enquadrando nas hipóteses normativas elencadas.

A prova dos autos também revela que, em Assembleia do Condomínio, foram aprovados o envidraçamento bem como a padronização das cortinas nas sacadas.

Em sendo assim, como bem ponderou a MMª Juíza de primeiro grau, a fachada do Condomínio passou a ser definida pelas novas especificações, quais sejam, sacada fechada com vidros e cortinas tipo *roll-on* na cor *off white*: "*Aliás, veja que a fachada passou a ser justamente a sacada fechada com vidros, nos*

Acesso ao Sumário

termos aprovado em Assembleia. Caso já tenha envidraçado o espaço, ele deixa de ser área comum, restando que a sacada, sem a menor sombra de dúvidas, é uma área privativa, pois está intrinsecamente associada à unidade e não é permitido o acesso a ela de pessoas que não tenham acesso à unidade" (fls. 195/196).

Ora, a finalidade da norma insculpida no artigo 1.336, III, do Código Civil[1] é proibir alteração de fachada que represente modificação ostensiva ao projeto arquitetônico do edifício, prejudicando a sua harmonia visual.

Pertinente, aqui, as lições de João Nascimento Franco: "*o que se proíbe é a alteração nociva e capaz de deteriorar o perfil originário da fachada e não propriamente inovações modernizadoras ou úteis aos moradores*"[2].

No caso em testilha, a substituição do teto de madeira por teto de gesso não implica, portanto, em alteração de fachada, pois, com a sua nova definição (fachada fechada com vidros e cortina), deixou ele de ser área comum ou mesmo fachada para ser considerado área interna de sacada (o que o próprio Condomínio sustentou: "*independente do teto passar a fazer parte da área interna da sacada, a questão é que, claramente, a alteração do teto modificou a fachada condominial*" (fls. 215).

Ora, se as provas colacionadas aos autos - especialmente as fotografias de fls. 74/84 - revelam que a substituição do teto de madeira pelo teto de gesso não alterou a forma externa da fachada, e não prejudicou a harmonia e a identidade visual do conjunto arquitetônico do edifício, não há razão para determinar o desfazimento da benfeitoria introduzida.

O argumento de que todas as fotos supramencionadas mostram a unidade impugnada com cortinas abaixadas não procede, bastando analisar as fotos juntadas as fls. 77/80 e 81/84 para aferir a falsidade da alegação.

Significa dizer, em outras palavras, que estando demonstrado que a substituição do teto de madeira pelo teto de gesso da sacada não compromete o conjunto arquitetônico do edifício, infere-se que a condômina não infringiu as regras condominiais, sendo indevida a determinação do réu para que seja desfeita a benfeitoria e inexigível é a multa aplicada.

No que concerne a litigância de má-fé, ao comparar a foto de fls. 49 (processo n 1068218-06.2013.8.26.0100), juntada pelo Condomínio, com a colacionada pela apelada a fls. 81 (processo n 1068218-06.2013.8.26.0100), verifica-se que ambas as imagens são da unidade *sub judice* (note-se que em ambas fotos, a unidade abaixo possui tela no envidraçamento da sacada), não havendo que se falar em voluntariedade do apelante para alterar as verdades do

Acesso ao Sumário

1 *Art. 1.336. São deveres do condômino: III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas.*

2 Franco, J. Nascimento. *Condomínio*. RT: 2ª ed., pág. 155.

fato.

As razões de apelação da condômina cingem-se na majoração dos honorários sucumbenciais, que comportam provimento, pois a verba honorária foi fixada abaixo de quantia razoável para a remuneração condigna do trabalho do causídico, comportando aumento, em atenção aos critérios legais e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para R$1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento, em parte, ao recurso do Condomínio Edifício Topázio tão só para afastar a condenação em litigância de má-fé, e dou provimento ao recurso de Luciana Fazzi Belmont para fixar os honorários advocatícios em R$1.000,00 (um mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000233-43.2017.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante NATANAEL SANCHES, é apelado DANIEL RUFINO DE ARAUJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.580)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS NUNES (Presidente), FRANCISCO CASCONI e PAULO AYROSA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2017.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO - Preliminar de não conhecimento - recurso que preenche os requisitos legais para tanto, e não há inovação alguma - preliminar rejeitada.

ACIDENTE DE VEÍCULO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Ação proposta objetivando o ressarcimento de danos decorrentes de acidente de veículo - Ação julgada parcialmente procedente - Provas produzidas que demonstram que o acidente ocorreu por culpa do réu apelante, que, com sua motocicleta, teria colidido com

Acesso ao Sumário

a traseira da charrete do autor - Acidente ocorrido em estrada vicinal - Culpa bem definida, posto que o acidente teria sido presenciado pela única testemunha ouvida - Alegação de que a charrete não era sinalizada, não havendo, ainda, prova de que teria sofrido danos - Alegação de que o acidente teria ocorrido no período noturno, fato esse que desautoriza o depoimento da testemunha - Provas que demonstram o acidente e os danos - Danos comprovados, e demonstrados - Dano moral afastado - Juros que são devidos desde a data do evento danoso - Correção de ofício - Recurso improvido, com majoração da verba honorária.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **NATANAEL SANCHES**, junto aos autos da ação de reparação de danos causados por acidente de veículo, proposta contra ele pelo apelado **DANIEL RUFINO DE ARAUJO**, e julgada parcialmente procedente, conforme r. sentença de fls. 117/121, cujo relatório fica adotado.

Foram interpostos embargos declaratórios pelo apelante, os quais resultaram rejeitados (fls. 126/127).

Recorre o réu.

Aduz, em seu reclamo, que a r. sentença não tem como subsistir, porquanto o acidente teria ocorrido já à noite, e a charrete não era sinalizada, e estava sendo pilotada de forma temerária pelo apelado. E a prova oral produzida não se apresenta firme e segura, não tendo o autor comprovado o fato constitutivo de seu direito. Impugna, ainda, o valor dos danos materiais. Pugna pelo provimento do reclamo, com reforma da sentença (fls. 129/135).

Recurso regularmente processado, sem preparo, e com resposta a fls. 138/151, pugnando pelo não conhecimento do recurso, já que ausentes os requisitos legais para tanto, e, no mérito, pelo seu improvimento.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu, junto aos autos de ação de indenização para reparação de danos causados por acidente de veículo, julgada parcialmente procedente, para o fim de condenar o réu ao pagamento da quantia de R$ 2.500,00, a título de danos materiais (conserto da charrete), com correção a partir de 19 de janeiro de 2016, e com juros desde a citação, afastado o pedido de dano moral, com determinação de repartição do pagamento das custas e demais despesas, mas fixando-se honorários sucumbenciais em 10%

Acesso ao Sumário

sobre o valor da condenação.

Pois bem.

De partida, anoto que o recurso merece ser conhecido, pois preenche todos os requisitos legais previstos na lei processual.

E não há qualquer inovação trazida. Na verdade, e pelas razões expostas, o apelante busca a reforma da decisão, cujos argumentos se encontram dentro do contesto da controvérsia.

Afasto, pois, essa preliminar.

Quanto ao acidente, dúvidas não há.

Ele teria ocorrido no dia 16/08/2015, na vicinal TAR 010, ocasião em que o apelante, com sua motocicleta, teria atingido a traseira da charrete do autor. Em razão do acidente, o autor teria experimentado danos materiais, referente ao conserto da charrete.

Os danos morais foram afastados, e não há recurso contra essa decisão.

Pelo que consta dos autos, estou convencido de que a culpa resultou bem demonstrada, vez que foi a motocicleta abalroou a traseira da charrete.

Aliás, o acidente foi presenciado pela testemunha Herbert Aparecido dos Santos e, por mais que o apelante procurasse desconstituir referido testemunho, a verdade é que seu depoimento é firme e conclusivo quanto aos fatos.

Ainda não era noite, era fim de tarde, e a testemunha foi clara no sentido de que ainda havia luminosidade, com ampla visão dos fatos.

E a colisão foi traseira.

Ora, mesmo que se admita que a charrete não fosse sinalizada, ainda assim nada está a justificar a colisão na sua traseira, pois a visão era boa, e a alegação de que o apelado estaria transitando de forma temerária não resultou demonstrada.

E a prova oral confirmou que a charrete estava transitando em sua correta mão de direção.

Assim, e conforme bem ponderou o Juízo, competia ao réu a demonstração e fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Com efeito, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 29, II, prevê, como infração administrativa, considerada como infração grave, que "o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos (...), considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas".

Como é cediço, age com imprudência, e, portanto, com culpa, o condutor que integrando a corrente do tráfego, descura- se quanto à possibilidade de o veículo que lhe vai à frente ter de parar de inopino, estar desenvolvendo velocidade mais baixa, determinando a colisão. É que o motorista que segue

Acesso ao Sumário

com seu carro atrás de outro veículo, prudentemente, deve manter razoável distância do mesmo, atento à necessidade de ter de parar de um momento para o outro.

Assim, trafegando dois veículos no mesmo sentido de direção, será sempre possível e, por isso, previsível, que o motorista que segue à frente se veja forçado a diminuir a marcha ou a frear bruscamente, razão pela qual deverá sempre ser guardada entre veículos a denominada distância de segurança, que se destina a oferecer ao motorista o tempo necessário para a atuação de reflexos e procurar conter a máquina sob sua responsabilidade.

Desta feita, aquele que colide com a traseira de outro veículo tem contra si a presunção de culpa pelo evento, elidida somente se houver prova inequívoca da culpa exclusiva do outro condutor, podendo, eventualmente, conforme as circunstâncias, ficar caracterizada a culpa concorrente de ambos os condutores.

Mas não é esse o caso dos autos.

No sentido do expendido, a jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, assim ementada:

> "***APELAÇÃO PRINCIPAL E ADESIVA - AÇÃO REGRESSIVA DE COBRANÇA - VEÍCULO ABALROADO NA TRASEIRA - CULPA DO MOTORISTA DO VEÍCULO DA APELANTE QUE NÃO GUARDOU DISTÂNCIA DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DE FRANQUIA DO VALOR A SER RESSARCIDO - APELAÇÃO PRINCIPAL IMPROVIDA - APELAÇÃO ADESIVA PARCIALMENTE PROVIDA.***
>
> *1. O veículo que segue outro com a mesma velocidade, deve guardar a distância mínima recomendada pela segurança, que o permita frear, como reação à freada inopinada do outro.*
>
> *2. Recurso especial não conhecido".* ***(STJ, Resp. nº 576.057/ES, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 29/06/2004, DJ de 11.10.2004, p. 319)****;*
>
> *"**CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO PELA TRASEIRA. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MOTORISTA QUE ABALROA POR TRÁS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DOUTRINA. REEXAME DE PROVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.***
>
> *- Culpado, em linha de princípio, é o motorista que colide por trás, invertendo-se, em razão disso, o 'onus probandi', cabendo a ele a prova de desoneração de sua culpa".* ***(REsp 198196/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. em 18/02/1999, DJ 12.04.1999 p. 164).***

Não discrepa, ainda, o julgamento da Apelação relatada pelo Eminente Juiz Hélio de Freitas, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *in*

Acesso ao Sumário

JUTACRIM 71/260:

"*A parada repentina de veículos no trânsito é comum e previsível. Deve, por isso, o motorista manter um espaço livre à sua frente, a fim de que, em caso de brusca parada do veículo que lhe está na dianteira, possa também deter o seu conduzido sem causar colisão*".

Dessa forma, a culpa resultou bem demonstrada, restando verificar, agora, as indenizações concedidas.

Quanto aos danos materiais, correta a decisão de primeiro grau. O valor do conserto da charrete resultou devidamente demonstrado, e atinge o valor de R$ 2.500,00.

Referido valor deverá ser corrigido desde a data do orçamento, e os juros desde a citação, quando o correto é desde a data do evento danoso (súmula 54 do STJ). Assim, e de ofício, corrijo tal questão, pois a mesma é matéria de ordem pública.

Nada mais há o que acrescentar quanto a isto.

Por fim, observo ser o caso de majoração dos honorários sucumbenciais, em razão dos trabalhos recursais. Portanto, majoro tal verba para o patamar de 15% sobre o valor da condenação, corrigido e acrescido. As custas e demais despesas ficam mantidas tal qual disciplinado pelo Juízo.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **REJEITO** a matéria preliminar, conhecendo do recurso, e a ele **NEGO PROVIMENTO**, alterando, de ofício a incidência dos juros de mora, majorando a verba honorária sucumbencial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0032776-26.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado FABIO DOS SANTOS JESUS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado/apelante JOÃO AUGUSTO BADAN (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS 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 do réu e deram parcial provimento ao do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.031)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 8 de janeiro de 2018.
ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Compra e venda de veículo automotor. Adquirente que não providencia a alteração de titularidade do bem. Lançamento de multas e débitos em nome do primitivo proprietário. Cabimento de indenização por danos morais. Irrelevância, quanto a tal ponto, da falta da comunicação prevista no artigo 134 do CTB. Denunciação da lide desautorizada pela ausência de seus pressupostos. Recurso do autor parcialmente provido e improvido o do réu.

VOTO

Sentença cujo relatório se adota julgou parcialmente procedente ação destinada a compelir adquirente de veículo automotor a transferir o bem para seu nome no órgão de trânsito e, assim como o banco a quem ele instituiu alienação fiduciária, reembolsar o pagamento de multas de trânsito e impostos lançados em nome do antecessor e indenizar os danos morais causados pela falta de transferência.

O autor e o primeiro réu apelam.

O promovente insiste na indenização por danos morais, com consequente afastamento da sucumbência recíproca.

Para tanto ele salienta que a indenização se justificava porque em seu nome foram lançadas multas de trânsito e respectiva pontuação, o que gerou a suspensão do direito de dirigir, devendo também o banco responder por aquela verba por ter vendido o veículo que não estava com a documentação regularizada, sendo no caso inaplicável o artigo 134 do Código de Trânsito.

O demandado, de seu lado, insiste no cabimento da denunciação da lide ao atual proprietário do veículo.

Assim, ele assevera que informou nos autos ter repassado o veículo a terceiro, o que nos termos do artigo 70 inciso III do Código de Processo Civil de 1973 autorizava a denunciação da lide de modo a que ele viesse a responder à demanda.

Recursos regularmente processados e respondidos.

É o relatório.

A irresignação do demandado não comporta prestígio.

Com efeito, a denunciação à lide não havia mesmo de ser deferida, já que o réu não deu nem mínima prova de ter ele mesmo repassado o automóvel ao

Acesso ao Sumário

denunciado, isso de modo a deter direito de regresso contra ele.

Tal revelação era indispensável, eis que só assim se poderia dizer configurada a situação indicada no inciso III do artigo 70 do CPC de 1973, diploma sob o qual fora formulado o pedido.

Realmente, aqui não se cuidava de regresso automático, mas condicionado à prova da relação jurídica entre denunciante e denunciado.

Não se pode censurar o Juiz, pois, por ter procedido ao sentenciamento sem antes mandar citar o denunciado.

Já o inconformismo do autor em parte procede.

Como se via nos autos, por ter o réu deixado de regularizar a titularidade do veículo no órgão de trânsito o autor tivera contra si lançados impostos, multas de trânsito e respectiva pontuação, tendo em face disso inclusive sofrido processo administrativo para suspensão da habilitação.

Ora, é até intuitivo que ocorrência daquela sorte não representa mero aborrecimento, mas repercute na esfera moral, o que justifica indenização a título de dano moral.

Evidente, ainda, que a circunstância de o autor não ter no prazo de trinta dias enviado a comunicação indicada no artigo 134 do Código de Trânsito não descaracterizava o dano moral, nem desobrigava o réu de indenizá-lo.

Realmente, o desatendimento ao citado dispositivo gera consequências de ordem puramente fiscal, isto é, torna o alienante solidariamente responsável junto ao Fisco pelo pagamento das multas, taxas e dos impostos que forem aplicados ao veículo.

A falta daquela comunicação não desobriga o adquirente, pois, de providenciar ele mesmo a transferência dominial, como prevê o artigo. 123 da referida Lei 9.053/97, e por isso de responder pelos danos que sua omissão vier a causa.

Por isso, fica agora concedida a indenização.

Reputa-se razoável fixar tal verba em R$ 5.000,00, montante que está na linha dos procedentes desta Câmara e se apresenta objetivamente ajustado às particularidades da causa e à condição econômica das partes, mostrando-se ainda suficiente aos fins da teoria do desestímulo.

Lembre-se que, conforme se tem aqui salientado, "*A indenização por dano moral deve ser arbitrada em valor que proporcione ao ofendido um ressarcimento, isto é, uma recomposição, de tal sorte que o pagamento não pode deixar o ofendido em situação vantajosa em relação à situação anterior à ofensa, sob pena de tornar-se, antes de tudo 'um bom negócio', desviando-se da função de reparar o tecido social, para constituir fonte de danos.*" (Apelação nº 860.036-0/5, rel. Des. Pedro Baccarat, 36ª Câmara de Direito Privado).

Acesso ao Sumário

O valor aqui fixado será atualizado a partir deste julgamento e contará juros de mora à taxa legal da citação.

Por tal verba, contudo, apenas o réu Fábio responde, eis que cabia a ele (artigo 123 do CTB), não à instituição financeira, proceder à regularização da situação do veículo no órgão de trânsito.

Ante esse desfecho o referido demandado passa a responder por 80% das custas e pelos honorários do patrono do autor, agora fixados em R$ 1.500,00, cabendo ao corréu responder pelo restante das despesas processuais e por honorários do advogado do autor arbitrados em R$ 1.000,00, sendo igual montante devido pelo promovente ao patrono do referido demandado, o que bem se ajusta à sucumbência recíproca.

Em suma, nega-se provimento ao recurso do réu e se dá parcial provimento ao do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004847-05.2016.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante DORIVAL TOMAZ DA SILVA LTDA. - AVENIDA VEÍCULOS, é apelado SOLIVAN RUFININHO CANOFF.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35084)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e L.G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

SOARES LEVADA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de reparação de danos. Compra e venda de veículo usado. Defeito oculto. Sentença de procedência. Cerceamento de defesa inocorrente. O juiz não é obrigado a determinar a produção de provas requeridas pelas partes se, ao seu sentir, o que se quer provar já está ou deveria estar demonstrado nos autos de maneira a permitir a formação de seu livre convencimento. Hipótese, ademais, em que impossível a realização de prova pericial, ante o

prévio conserto do motor. Nada obstante tal fato, restou evidenciado, pela retífica parcial realizada vendedora, o defeito do motor. Demonstração, pelo juízo sentenciante, de conhecimento mecânico de motor a combustão, ainda que teórico que, de toda sorte, além de mostrar- se suficiente e lógico para a solução da demanda, não foi impugnado a contento. Aplicação da máxima "judex peritus peritorum" ao caso. Defeito apresentado dentro do prazo contratual de garantia e não solucionado no prazo legal (art. 18, §1º, CDC). Responsabilidade objetiva. Sentença mantida. Apelo improvido.

VOTO

1. Apela a revendedora ré da r. sentença que julgou procedente o pedido inicial, pela qual condenada ao pagamento de R$ 10.081,00, acrescido de juros de mora a contar da citação e de correção monetária desde o desembolso, a título de reparação pelos danos materiais causados pelo vício oculto no motor do veículo adquirido, usado, pelo autor, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação Alega a apelante cerceamento de defesa, eis que não oportunizada a produção de prova testemunhal e pericial. No mérito, alega não ter dado causa aos problemas constatados no veículo, alegadamente decorrentes de desgaste natural, batendo-se na ausência de prova do defeito ou de seu dolo, bem como no escoamento do prazo contratual de garantia, tudo visando à improcedência da demanda. Preparo regular. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. O alegado cerceamento de defesa não houve. O juiz não é obrigado a determinar a produção de provas requeridas pelas partes se, a seu sentir, o que se quer provar já está ou deveria estar demonstrado nos autos de maneira a permitir a formação de seu livre convencimento.

Na hipótese, não se vislumbra mesmo a necessidade de produção de prova testemunhal, inviável ainda a prova pericial, ante a prévia realização do conserto, a expensa do autor (fl. 59/61). Ademais, os documentos juntados com a contestação, notadamente as inúmeras ordens de serviço de reparo do veículo, em curto espaço de tempo, foram suficientes para demonstrar a anomalia do produto adquirido pelo consumidor.

Nesse sentido, confira-se julgado apresentado por CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN e BRUNO MIRAGEM

Acesso ao Sumário

em sua obra Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. RT, 3ª edição, p. 493: "Quando o veículo novo retorna à concessionária por inúmeras vezes, em curto espaço de tempo, e, ainda assim, não são sanadas todas as falhas apresentadas, não é difícil concluir que ele tem defeitos de fabricação que o tornam imprestável à sua normal e segura utilização, competindo à concessionária devolver ao consumidor o valor desembolsado para a aquisição do automotor, devidamente corrigido e acrescido de juros de mora (TAMG - 6ª Câm. - Ap. 270249-2 - rel. Juiz Paulo Cézar Dias - j. 11.02.1999 - RT 769/390)".

Se os elementos necessários à formação da convicção do magistrado encontravam-se nos autos, o julgamento do caso no estado era permitido (art. 355, I, CPC).

Quanto ao mérito, o recurso não merece melhor sorte. A elucidativa sentença monocrática é ora ratificada e transcrita, ante a sua minuciosa análise dos fatos expostos. Veja-se:

> "A cronologia dos fatos não dá margem a dúvidas.
>
> O veículo foi adquirido em 15 de junho de 2016 (fls. 93) e já em 01/08/2016 foi submetido à retífica parcial do motor, conforme documentos de fls. 94. Em 30/08/2016 novos serviços foram realizados, com a troca de um kit de engrenagens (fls. 95). Posteriormente, já no mês de setembro, vê-se que novos serviços foram realizados, com a substituição da junta superior e da válvula termostática (fls. 96)
>
> Por fim, a oficina credenciada pelo réu realizou outros serviços, com nova troca da junta superior, em 13/09/2016 (fls. 97).
>
> Ora, é de sabença comum que na maioria dos casos a retífica parcial do motor de um veículo apenas remedia o problema. A troca dos pistões e dos anéis dá ensejo ao aumento de pressão na câmara de combustão, comprometendo, por conseguinte as partes de baixo do motor (biela e virabrequim), que diante do desgaste natural não aguentam trabalhar com as novas especificações do motor. Também a simples troca da junta superior por vezes não resolve problemas no cabeçote.
>
> Como se vê, os serviços realizados pelo réu não solucionaram o problema apresentado dentro do prazo de garantia, tanto que o autor precisou promover a retífica completado motor, com a troca do cabeçote em 22/02/2017 (fls. 60/61). O artigo 18 da Lei 8078/90 prevê a responsabilização do fornecedor por vícios de qualidade apresentados pelos produtos que disponibilizam ao mercado. São viciados, nos termos da lei, os produtos que não correspondam aos padrões de qualidade que razoavelmente deles possam ser esperados, tornando-os inadequados ou impróprios ao consumo a que se destinam.
>
> No caso em tela, foi comprovado pelo documento de fls. 94/97 que em agosto de 2016 foi constatada por oficina vinculada ao réu a

Acesso ao Sumário

existência de algum vício oculto no motor do automóvel adquirido pelo autor, pois realizou-se a retífica parcial do motor (pistão/anéis fls. 94). Constatada a falha, pleiteou o autor, dentro do prazo legal, a reparação do bem, porém teve sua pretensão negada sob a alegação de que havia expirado o prazo de garantia contratual. Sem razão, contudo. Nos termos do parágrafo 1º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, constatado o vício, compete ao fornecedor o dever de saná-lo no prazo de 30 dias, sem qualquer custo ao consumidor, tratando-se aqui de garantia imposta por lei, desvinculada da garantia contratual estipulada entre as partes. Ademais, vale registrar que a garantia ofertada pelo réu (fls. 93), tem natureza contratual, pois em a cláusula em questão está em desconformidade com a garantia legal, que não pode exonerar o fornecedor (artigo 24, do Código de Defesa do Consumidor).

Desta forma, ao negar assistência ao autor, o réu agiu com desrespeito às normas consumeristas e gerou danos à parte vulnerável da relação contratual, o que dá ensejo ao dever de reparação, na forma prevista pelo artigo 6º, inciso VI da Lei 8.078/90".

Ainda que não realizada a prova pericial - por sua impossibilidade, frise-se -, o juízo sentenciante demonstrou conhecimento mecânico de motor a combustão, ainda que teórico que, de toda sorte, além de mostrar-se suficiente e lógico para a solução da demanda, não foi sequer impugnado pela apelante, que limitou-se a aduzir "desgaste natural do veículo". Anote-se ainda ser aplicável à hipótese a máxima: "*judex peritus peritorum*".

A prova do defeito decorre do próprio conserto iniciado pela vendedora apelante, com a retífica parcial do motor, demonstrado assim o fato constitutivo do direito invocado pelo autor.

Ademais, os problemas do veículo surgiram ainda dentro do prazo de três meses de garantia contratual e não foram devidamente sanados no período legalmente concedido para tanto (art. 18, §1º, CDC), evidenciada a natureza consumerista da relação mantida entre as partes.

A caracterização do dolo é despicienda em casos como o dos autos, em que a responsabilidade é objetiva.

Enfim, é mantida a r. sentença monocrática da lavra do Dr. Orlando Haddad Neto, por seus próprios fundamentos. Ante o improvimento recursal e o teor do art. 85, §11º, CPC, majoram-se os honorários sucumbenciais devidos a parte contrária para 20% sobre o valor atualizado da condenação.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao apelo**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042995-80.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TV OMEGA LTDA., é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP.

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, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17808)**

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

São Paulo, 9 de janeiro de 2018.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - COLETA DE ESGOTO - RESTITUIÇÃO DE VALOR PAGO - Autora sujeita ao regime jurídico de remuneração e cobrança do serviço público de saneamento básico - Ausente a revogação do Decreto Estadual número 41.446/96 pela Lei Complementar Estadual número 1.025/2007 - Custo do serviço de captação de esgoto não se limita à captação em si, mas inclui transporte e tratamento - Razoável o critério de cobrança com base na quantidade de água consumida, para que se mantenha a sustentabilidade econômico-financeira do serviço - Inexiste previsão legal que estabeleça a cobrança da tarifa de esgoto de forma proporcional ao serviço efetivamente prestado - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios (fixados em 10% do valor da causa - a que foi atribuído o valor de R$ 50.000,00) - Valor dos honorários advocatícios majorado (artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil) - RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO E MAJORADOS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO PATRONO DA REQUERIDA PARA 12% DO VALOR DA CAUSA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Autora contra a sentença de fls.497/501, prolatada pela I. Magistrada Renata Barros Souto Maior Baião (em 18 de abril de 2016), que julgou improcedente a "ação de obrigação de fazer, de natureza declaratória, c/c. restituição de pagamentos indevidos", condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios (fixados em 10% do valor da causa - a que foi atribuído o valor de R$ 50.000,00).

A Autora apresentou embargos de declaração (fls.510/513), que foram rejeitados (fls.526/527). Em seguida, apelou.

Em preliminar, alega o cerceamento de defesa (necessária a prova pericial, para "comprovar os percentuais de perdas de água do imóvel"). No mérito, sustenta que o serviço de escoamento de esgoto corresponde a 80% do serviço de fornecimento de água; que descabida a aferição da cobrança pelo serviço de escoamento de esgoto com base no volume de água fornecido (em razão da discrepância entre o volume escoado e o volume fornecido); que devida a tarifação pela prestação do serviço de acordo com o volume de esgoto coletado; que inaplicável o disposto no artigo 5º do Decreto Estadual número 41.446/96; que aplicáveis as disposições do chamado "Código de Defesa do Consumidor"; e que violados os princípios da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia. Pede o provimento do recurso, para o afastamento da sentença, com o prosseguimento do feito, ou para a procedência da ação (fls.530/544).

Intimada para a resposta, a Requerida não apresentou contrarrazões (certidão de fls.551).

É a síntese.

Ausente o cerceamento de defesa, porque a natureza das questões postas possibilita o julgamento antecipado do feito, sendo desnecessária a produção da prova pericial para a aferição da quantidade de água que se perde, uma vez que a cobrança da tarifa de esgoto, disciplinada pelo artigo 5º do Decreto Estadual número 41.446/96, é feita com base na quantidade de água consumida.

Passo a apreciar o mérito recursal.

A Autora pede a cobrança da tarifa de esgoto de forma proporcional ao serviço efetivamente prestado e a restituição dos valores pagos a maior desde janeiro de 2009, alegando que devido o valor equivalente a, pelo menos, 80% do volume de água fornecido, em razão da evidente perda de água por outros meios ("resfriamento das torres de ar condicionado", "lavagem dos pisos e fachadas", absorção pelo solo, evaporação e preparo de alimentos) que não a coleta de esgoto.

Incontroverso que conectado o imóvel à rede da Requerida, que dispõe de fornecimento de água e de coleta de esgoto, o que sujeita a Autora ao regime

Acesso ao Sumário

jurídico de remuneração e cobrança do serviço público de saneamento básico - que é disciplinado pela Lei número 11.445/2007 (regulamentada pelo Decreto número 7.217/10) e pelo Decreto Estadual número 41.446/96, notando-se que ausente a revogação pela Lei Complementar Estadual número 1.025/2007.

Válida a cobrança da tarifa de esgoto com base no consumo de água, destacando-se que o artigo 10 do Decreto número 7.217/10 e o artigo 5º do Decreto Estadual número 41.446/96 estabelecem, respectivamente, que:

> Artigo 10. A remuneração pela prestação de serviços públicos de esgotamento sanitário poderá ser fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água.
>
> Artigo 5º. Para efeito de cálculo da fatura/conta considerar-se-á volume de esgotos coletados no período, o correspondente ao de água faturada pela SABESP e/ou consumida de sistema próprio, medido ou avaliado pela SABESP.

Ademais, a Lei Federal número 11.445/2007 prevê, no artigo 29, *caput*, que os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico - financeira assegurada, sendo certo que o custo do serviço de captação de esgoto não se limita à captação em si, mas inclui transporte e tratamento, de modo que razoável o critério de cobrança com base na quantidade de água consumida, para que se mantenha a sustentabilidade econômico-financeira do serviço.

Por outro lado, inexiste previsão legal que estabeleça a cobrança da tarifa de esgoto de forma proporcional ao serviço efetivamente prestado, notando-se que a Deliberação da ARSESP número 221/11 (que alterou a Deliberação da ARSESP número 106/09) apenas estabelece a possibilidade de "o faturamento dos serviços de esgotamento sanitário" "ter por base um percentual do consumo de água" (sem vinculação ao serviço efetivamente prestado), não estabelecendo de antemão o percentual aplicado (que pode ser cem por cento).

Assim, não há afronta às disposições do chamado "Código de Defesa do Consumidor", pois a cobrança observa as Deliberações da ARSESP (órgão oficial competente para estabelecer o modo de cobrança das tarifas referentes ao serviço de coleta de esgoto no Estado de São Paulo), bem como as demais leis que disciplinam o tema, notando-se que a norma da ABNT (NBR 9649) e as Normas Técnicas da Sabesp (NTS 018 e 025) referem-se às normas procedimentais de construção das redes de saneamento, e não àquelas relativas à cobrança tarifária.

Do mesmo modo, note-se que também não há afronta ao artigo 21, inciso II, da Lei Federal número 9.433/97, pois a cobrança com base no volume de água consumido não desconsidera o volume de esgoto descartado, sendo parâmetro adequado para o cálculo deste.

Portanto, não evidenciado o comportamento contraditório da Requerida, salientando-se que não fere o princípio da isonomia a utilização de diferentes percentuais em diferentes regiões para a cobrança do serviço de captação de

Acesso ao Sumário

esgoto, pois há que se considerar os diferentes custos na execução do serviço, em cada região.

No mais, a apelação devolve a apreciação das matérias, mas não pode inovar no mérito do processo, de forma que intempestiva a alegação de que inaplicável o disposto no artigo 5º do Decreto Estadual número 41.446/96, pois "a competência para regulamentar, fiscalizar e controlar os direitos e deveres dos usuários de serviços de saneamento básico foi expressamente transferida para a Agência Reguladora do Estado de São Paulo, criada pela Lei Complementar Estadual número 1.025/07" e porque "não há que se falar em vigência do Regulamento Anexo ao Decreto Federal número 41.446/96" - não apresentada na petição inicial - o que configura inovação recursal.

Por fim, razoável a fixação do valor dos honorários advocatícios em 12% do valor da causa (a que foi atribuído o valor de R$ 50.000,00), nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil[1].

Dessa forma, mantida a sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, e majoro os honorários advocatícios do patrono da Requerida para 12% (doze por cento) do valor da causa, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o trânsito em julgado da decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002084-66.2017.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante LPJM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E CONSULTORIA LTDA., é apelado JONATHAN WILLIAN SANTOS BISPO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29644)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 10 de janeiro de 2018.

1 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) § 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 6°, 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.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROTEÇÃO DE BENS. FURTO DE MOTOCICLETA. NEGATIVA DE INDENIZAÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DE INFORMAÇÕES QUANDO DO PREENCHIMENTO DE "QUESTIONÁRIO DE RISCO". HIPÓTESE EM QUE O AUTOR COMPROVOU QUE NÃO ESTAVA NO LOCAL DO FURTO NA QUALIDADE DE ESTUDANTE, MAS NA CONDIÇÃO DE PARTICIPANTE DO PROGRAMA DE APRENDIZAGEM DO CIEE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. Recurso de apelação improvido, com determinação.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 124/142, com preparo às fls. 149) interposta contra a r. sentença de fls. 120/121 (da lavra da MMª. Juíza Erika Diniz), cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte ação de cobrança c.c. indenizatória, fundada em "contrato de prestação de serviços de proteção de bens", condenando a ré no pagamento da quantia de R$ 8.209,00, corrigida a partir da data do furto e acrescida de juros legais de mora desde a citação.

Alega a ré-apelante, em síntese, que as partes celebraram contrato de prestação de serviços de proteção de bens, prevendo indenização em caso de furto ou roubo do bem protegido, que o veículo do autor foi furtado, mas a indenização foi negada uma vez que o contratado informou que não estudava, porém no boletim de ocorrência fez constar que, na data do furto, sua motocicleta estava estacionada em frente ao Hospital Veterinário Metodista, onde foi para assistir aulas. Assevera que o autor prestou informações inverídicas ao preencher o "questionário de risco" e que não prevalecem os fundamentos da r. sentença, pois quem sai para estudar é estudante e não aprendiz. Requer a reforma da r. sentença.

O recurso é tempestivo (fls. 123/124) e foi recepcionado em Primeiro Grau (art. 1010 e seguintes do NCPC), preenchendo-se as suas necessárias condições de admissibilidade.

Contrarrazões às fls. 153/155.

Os autos foram redistribuídos por força da r. decisão monocrática de fls. 157/161.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento.

Não há qualquer equívoco nos fundamentos da r. sentença e a ré-apelante não comprovou que o autor fosse estudante, não bastando a análise literal do que constou do boletim de ocorrência de fls. 18/19, sem qualquer cotejo com as demais provas dos autos.

No boletim de ocorrência, o autor-apelado fez constar que (fls. 19) "... *deixou sua motocicleta defronte ao Hospital Veterinário Metodista, onde entrou para assistir aula e por volta das 14:00 hrs ao final das aulas, saiu para buscar sua motocicleta e constatou que a mesma foi subtraída.*".

Trouxe aos autos a declaração de fls. 29, pelo qual comprova sua participação no denominado Programa de Aprendizagem "... *desenvolvendo suas atividades práticas alocado na empresa Lipson Cosméticos Ltda. e atividades teóricas no período das 08h00 às 14h00 às quartas-feiras e encontros adicionais às sextas-feiras no Polo de Capacitação CIEE, localizado na Universidade Metodista de São Paulo - Campus Planalto - Av. Dom Jaime de Barros Câmara, 1000 - São Bernardo do Campo.*".

Juntou também a declaração do CIEE atestando que o autor (fls. 28) "... *participou do Programa CIEE de capacitação para Aprendizes/Aprendiz Legal em AUXILIAR DE PRODUÇÃO.*", no período de 13/10/2015 a 12/09/2016, e consignando que "*Os encontros regulares da capacitação teórica ocorriam nas quartas-feiras e os encontros adicionais na 1ª sexta-feira de cada mês, no período das 8h às 14h.*", bem como que o autor "*Esteve presente no dia 06/05/2016, no encontro adicional.*" no endereço: Av. Dom Jaime de Barros Câmara, 1000 - Planalto - São Bernardo do Campo/SP.

Portanto, o autor comprovou que não frequentava o local na qualidade de estudante, mas na condição de participante do programa de aprendizagem do CIEE, e que no dia do furto (06/05/2016) esteve lá para cumprir carga horária em "encontro adicional", realizados na primeira sexta-feira de cada mês, o que faz ruir as alegações da ora apelante.

Vale transcrever os doutos fundamentos da r. sentença, fazendo a distinção entre estudante e aprendiz e dispondo sobre o dever da ré-apelante em indenizar o autor- apelado (fls. 120/121):

"*De início, deve ser ponderado que o autor não frequentava aquele estabelecimento de ensino na condição de estudante, mas na condição de aprendiz, como demonstra o documento de fls. 28. Nem se alegue que se trata de expressões sinônimas, já que o aprendiz tem como único escopo sua capacitação para o exercício de um ofício, no caso, auxiliar de produção. E, como é cediço, em se tratando de cláusula restritiva de direitos, tendo sido redigitada pela ré, não há que se equiparar expressões diversas em prejuízo do consumidor. O autor era aprendiz, e não estudante, o que afasta a suposta incorreção da informação*

prestada no contrato firmado. Competia à requerida aumentar a abrangência da restrição na cláusula contratual, para abarcar não apenas estudantes, mas também estagiários e aprendizes. Como fez constar apenas restrição em relação a estudantes, defeso estender a vedação a modalidades de aprendizagem de natureza e com objetivo diversos.

E não é só. Não há qualquer indício de má-fé por parte do requerente ao omitir sua frequência no indigitado curso de aprendizagem. Não é possível vislumbrar, tampouco, aumento indevido do risco contratado pela requerida. E, se não há má-fé e tampouco aumento do risco contratado, a negativa de indenização se torna indevida.".

Assim sendo, era mesmo de rigor a condenação da ora apelante no pagamento da indenização a que se obrigou contratualmente.

Relativamente aos ônus sucumbenciais, constou do r. *decisum* que cada parte arcará com os honorários de seus respectivos patronos, sem indicação de valor ou percentual. Como nenhuma das partes se insurgiu, não há o que ser modificado.

Como o art. 85, §11, do CPC prevê a majoração da verba honorária com o julgamento do recurso, condeno a ré no pagamento de honorários advocatícios recursais, em 10% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002312-56.2016.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelada/apelante ANDRÉA FERNANDES DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª 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 22354)**

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

São Paulo, 10 de janeiro de 2018.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO AUTORA E RÉU - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INDEVIDA RETENÇÃO DE VALORES DA CONTA DA AUTORA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Restou incontroverso nos autos que o Réu realizou a abertura de conta corrente em nome da Autora, sem solicitação, e reteve os valores da conta salário, de forma indevida, para pagamento das tarifas da conta corrente, que nunca foi utilizada pela Autora. É evidente o dano moral causado a Autora, uma vez que foi necessária a interposição da presente ação para reaver o numerário, ficando impossibilitada de dispor dos valores. Não há dúvidas de que a Autora experimentou injusto transtorno, tendo seus direitos da personalidade violados e sofrendo incômodo maior que o aceitável, pois são evidentes as dificuldades e os problemas advindos da privação de valores que lhe foram retirados indevidamente pelo Réu. Assim, resta configurado o dano moral suportado pela Autora. - *QUANTUM DEVIDO*. Observando as funções compensatória e punitiva da indenização, bem como a repercussão do dano, a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, o princípio de que o dano não pode servir de fonte de lucro ou enriquecimento, o valor fixado - R$ 9.370,00 (nove mil, trezentos e setenta reais) -, está de acordo com os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade. - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

BANCO SANTANDER BRASIL S.A. e ANDRÉA FERNANDES DE MORAES, interpuseram, reciprocamente, recurso de apelação, nos autos da "AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO", que ANDRÉA move em face de BANCO SANTANDER, cujos pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes, para condenar o Réu a restituir, em dobro, os valores indevidamente retidos da conta da Autora, bem como no pagamento de indenização pelos danos morais causados a esta, no importe de R$ 9.370,00 (nove mil trezentos e setenta reais), nos moldes da sentença de fls. 185/188, do Juiz RODRIGO PERES SARVIDONE NAGASE, da qual o

relatório se adota.

O Réu alega, em síntese, que os fatos narrados não passaram de mero aborrecimento, devendo ser afastada sua condenação no pagamento de danos morais, e, caso mantida a condenação, pleiteia a redução do valor fixado (fls. 193/199).

O recurso foi preparado à fl. 200.

Já a Autora, pleiteia a majoração do valor fixado pelos danos morais lhe causados ante a indevida retenção de valores de sua conta salário (fls. 201/205).

O recurso da Autora não foi preparado em razão da mesma ser beneficiária da gratuidade processual (fl. 41).

As partes não apresentaram contrarrazões recursais (fl. 209).

É o relatório.

A Autora alega que ao proceder a abertura de conta salário perante o Réu, o mesmo efetuou a abertura de conta corrente, sem sua anuência.

Afirma que tomou conhecimento de tal conduta indevida ao ter seu salário indevidamente retido, sendo informada que tal retenção era referente a pagamento de tarifas da conta corrente, que nunca foi utilizada.

Pleiteou a devolução em dobro dos valores indevidamente retidos, bem como indenização pelos danos morais lhe causados.

O Réu apresentou contestação, e o feito teve regular processamento, sobrevindo a r. sentença recorrida.

Ambas as partes recorrem.

O réu pugnando pelo afastamento de sua condenação no pagamento de indenização por danos morais, ou, subsidiariamente, a redução do valor fixado, e a Autora pleiteando a majoração do valor.

Eis os fatos!

Em que pese os argumentos trazidos a reexame por ambas as partes, a r. sentença não merece reforma.

Acesso ao Sumário

É evidente o dano moral causado a Autora, uma vez que foi necessária a interposição da presente ação para reaver o numerário, **ficando impossibilitada de dispor de tal valor**.

Não há dúvidas de que a Autora experimentou injusto transtorno, tendo seus direitos da personalidade violados e sofrendo incômodo maior que o aceitável, **pois são evidentes as dificuldades e os problemas advindos da privação de valores que lhe foram retirados indevidamente pelo Réu**.

Assim, resta configurado o dano moral suportado pela Autora, não havendo que se falar em afastamento da condenação.

Melhor sorte não assiste a ambas as partes em relação ao valor fixado.

Observando as funções compensatória e punitiva da indenização, bem como a repercussão do dano, a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, o princípio de que o dano não pode servir de fonte de lucro ou enriquecimento, o valor fixado - R$ 9.370,00 (nove mil, trezentos e setenta reais) -, está de acordo com os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Este também é o entendimento do Colendo Tribunal de Justiça, conforme se observa nas palavras da Min. Nancy Andrighi: "A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta." (STJ. REsp 318.379/MG).

Destarte, de rigor a manutenção da r. sentença, tal como lançada.

Ante o exposto, **nego provimento a ambos os recursos, da Autora e do Réu.**

Finalmente, majoro em 5% os honorários advocatícios recursais devidos pelo Réu a Autora, nos termos do disposto no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1090080-62.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SIDNEI DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.721)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 12 de janeiro de 2018.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - Pretensão de recebimento de diferença de indenização julgada improcedente - Ausência de impugnação ao grau da invalidez apurado extrajudicialmente e que proporcionou o pagamento

Acesso ao Sumário

de indenização proporcional ao beneficiário, por isso que desnecessária perícia médica - Complementação pretendia a pretexto de que, independente do grau da incapacidade, é sempre devida a totalidade da indenização - Tese que contraria o entendimento jurisprudencial firmado com a Súmula nº 474, do STJ - Prova pericial que, além disso, não foi colhida por desídia do próprio interessado - Recurso não provido, com majoração da verba honorária advocatícia para R$ 1.772,00, observada a gratuidade.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de improcedência da pretensão de recebimento de diferença da indenização do seguro obrigatório (DPVAT), condenado o autor ao pagamento das custas processuais e verba honorária da parte adversa arbitrada em R$ 1.500,00, observada a gratuidade judiciária que lhe foi deferida.

Inconformado, o autor alega que teve sua defesa cerceada ao argumento de que o D. Juízo "a quo" julgou a lide no estado, em respeito a um formalismo exacerbado e desprezando a verdade dos fatos, dando por preclusa a prova médico-pericial. Sustenta que não foi intimado pessoalmente para comparecer ao exame agendado. Afirma que o simples fato de a ré ter reconhecido administrativamente o direito à indenização é suficiente para que se pleiteie judicialmente o pagamento da diferença dessa indenização. Aduz que postulou expressa e tempestivamente a produção da prova médico-pericial, elencando quesitos a ser apreciados no ato, ressaltando que somente será sabido seu grau de invalidez com a realização dessa perícia, razão pela qual a r. sentença deve ser anulada para que seja oportunizada a realização dessa prova, colacionando precedentes em abono de sua posição.

Recurso tempestivo, sem preparo por ser o autor beneficiário da gratuidade processual e respondido, com preliminar de inadmissibilidade do recurso por não atacar os fundamentos da sentença.

É o relatório.

A preliminar de inadmissibilidade do recurso arguida pela apelada não se sustenta. Os fundamentos da sentença foram impugnados, estando perfeitamente delineadas no apelo as razões do inconformismo, guardando correspondência com o que foi objeto da decisão atacada.

Portanto, o apelo deve ser conhecido.

Todavia, não comporta provimento.

Com efeito, conforme admitido pelo apelante tanto na petição inicial,

quanto em sua réplica à contestação, ele recebeu extrajudicialmente a quantia de R$ 1.687,50, a título de indenização do seguro DPVAT, tanto que postula a condenação da apelada ao pagamento da diferença entre essa quantia e a totalidade do capital segurado que é de R$ 13.500,00.

Justifica essa pretensão calcado no entendimento de que, no caso de invalidez permanente, sempre é devida, a título de indenização, a totalidade do capital segurado, o que não foi observado extrajudicialmente.

Vale dizer, o apelante, em passagem nenhuma da petição inicial, impugnou o grau da incapacidade decorrente da sequela do acidente, tal como apurado extrajudicialmente (o que dispensava a produção da perícia médica pretendida), sustentando, apenas, que, pelo fato de ser portador de invalidez, ainda que parcial, tem direito à totalidade do capital segurado.

Ora, equivocado o entendimento esposado pelo apelante, pois constitui entendimento preponderante na jurisprudência que a totalidade do capital segurado só é devida no caso de morte ou no de incapacidade total e permanente da vítima. Se a incapacidade é parcial e permanente, a cobertura deverá ser proporcional ao grau da incapacidade apurada pericialmente.

Nesse sentido, aliás, a Súmula nº 474, do Superior Tribunal de Justiça: "***a indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez***".

Destarte, tal entendimento foi observado extrajudicialmente, com a indenização paga de acordo com o grau da invalidez de que é portador o apelante, nada indicando, até porque nada foi alegado nesse sentido, que o apelante seja portador de invalidez total em decorrência do acidente.

Vale anotar que chegou a ser deferida a produção da prova médico pericial que só não se realizou por desídia do próprio apelante, que não compareceu ao IMESC. A despeito de o seu advogado ter sido intimado da data da perícia, é certo que a intimação postal enviada ao endereço do apelante indicado na inicial, após três tentativas, não foi entregue em razão de sua ausência, conforme certificado a fls. 96.

Cabia ao apelante manter atualizado seu endereço, de modo a que pudesse ser intimado pessoalmente dos atos que devia praticar.

Além disso, a própria defesa do apelante, após tentativas frustradas para sua localização, relatou que "o autor não tem demonstrado o devido interesse pelo andamento do processo" (fls. 101/102).

Diante desse cenário, correto o entendimento firmado em primeiro grau de improcedência da pretensão deduzida na petição inicial, não havendo que se cogitar de cerceamento da defesa do apelante.

Por derradeiro, em face da instauração desta etapa recursal, da qual o apelante saiu vencido, é caso de majoração dos honorários advocatícios

Acesso ao Sumário

sucumbenciais da apelada para R$ 1.772,00, em atendimento à regra do artigo 85, parágrafo 11, do Novo Código de Processo Civil, observada a gratuidade de justiça.

Isto posto, voto pelo conhecimento e não provimento do recurso, majorados para R$ 1.772,00 os honorários advocatícios em favor da apelada, observada a gratuidade processual deferida ao apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015688-64.2016.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes RITA DE CÁSSIA DE OLIVEIRA ALVES e MARIA CLARA DE OLIVEIRA GODOY (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelada ANGELA MARIA MARTINS LOPES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª 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 37050)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente sem voto), SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA E EROS PICELI.

São Paulo, 12 de janeiro de 2018.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou extinto, com fundamento no artigo 487, III, do Código de Processo Civil/2015, embargos de terceiro. Reconhecimento da procedência do pedido por parte das apelantes. Discussão limitada à aplicação da sucumbência, que recai àquele que deu causa à constrição indevida, no caso, às apelantes. Incidência da Súmula n.º 303 do Superior Tribunal de Justiça. Honorários advocatícios majorados nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015. Sentença mantida. Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação (fls. 140/152) interposta por Rita de Cássia de Oliveira Alves e Maria Clara de Oliveira Godoy contra a sentença (fls. 106/107

e 136/137) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Marília, que julgou extinto, com fundamento no artigo 487, III, do Código de Processo Civil/2015, os embargos de terceiro opostos por Angela Maria Martins Lopes. Inconformadas, recorrem com vistas à reforma da sentença, na parte em que lhes foi carreado o ônus da sucumbência. Dizem que não deram causa à constrição indevida, porquanto na data em que pleitearam o registro e a penhora, a embargante ainda não havia adquirido o imóvel. Alegam que a doutrina se posiciona no sentido da isenção de honorários em caso de concordância nos embargos de terceiro e mencionam julgados no mesmo sentido. Subsidiariamente, requerem a redução dos honorários à fração de 1/3 sobre os 10%, o que resulta em 3,33% do valor da causa. Pedem, ainda, a observância do disposto no artigo 90, § 4º, do Código de Processo Civil/2015. Postulam o provimento da apelação.

Angela Maria Martins Lopes apresentou contrarrazões, manifestando-se, em síntese, pela manutenção da sentença (fls. 156/158).

O Ministério Público peticionou às fls. 162/163, reiterando sua manifestação anterior, de fls. 105.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 169/172, opinando, em síntese, pela manutenção da sentença.

É o relatório, no essencial.

Ponto incontroverso, as embargadas, ora apelantes, reconheceram a procedência do pedido formulado nos embargos de terceiro, no sentido de se proceder ao levantamento da penhora que recaiu sobre o imóvel objeto da matrícula n.º 52.650 do 2º Registro de Imóveis de Marília.

Evidentemente que, o pedido de penhora e a efetiva constrição, deram causa à oposição destes embargos e, consequentemente, à fixação de honorários advocatícios em benefício do patrono da embargante.

Trata-se de questão pacificada pela instância superior - não obstante a menção a alguns julgados e à doutrina, no corpo das razões recursais -, porquanto já está consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n.º 303, que: "E*m embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios."*

Em que pese toda a resistência das embargadas em relação à imposição da sucumbência, os autos demonstram que elas tinham meios de saber que o imóvel já integrava o patrimônio da embargante, caso em que, portanto, era possível evitar a penhora e o prejuízo decorrente do ato.

Não há porque creditar qualquer responsabilidade pelo erro ao Poder Judiciário, quando há a certeza de que, na data da lavratura do termo de penhora, a aquisição pela embargante já constava na matrícula. Isto é, eram as embargantes que tinham o dever de evitar a constrição.

Descabido o pedido subsidiário, para efeito de redução dos honorários

Acesso ao Sumário

a 1/3, tendo em vista que a legislação impõe o percentual mínimo de 10%, consoante artigo 85 do Código de Processo Civil.

Inaplicável, também, a disposição do artigo 90, § 4º, do referido estatuto processual, incidente apenas nas hipóteses em que houver, simultaneamente, o cumprimento integral de uma prestação reconhecida.

Mantida a sentença, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015, para o patamar de 12% do valor atualizado da causa, já atendidos os requisitos estabelecidos no § 2º do mencionado dispositivo legal.

Destarte, a apelação não comporta provimento, encontrando-se acertada a sentença proferida em primeira instância. Observem-se os termos deste acórdão em relação à majoração dos honorários.

Posto isto, nega-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031365-56.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante WALDEMIR SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.995)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 15 de janeiro de 2018.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SEGURO – Automóvel – Acidente de trânsito – Reparos efetuados pela seguradora – Desvalorização por ocasião da venda – Reprovação por oficina credenciada pelo DETRAN em razão de comprometimento estrutural – Ação de indenização por danos morais e materiais contra a seguradora – Sentença de improcedência – Apelo do autor – Falha na prestação do serviço não comprovada – Ausência de prova de que a reprovação na vistoria

e a desvalorização decorrem da qualidade do serviço prestado pela seguradora – Indenizações inexigíveis – Sentença mantida – Apelação desprovida

VOTO

A sentença de fls. 132/133, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação proposta pelo apelante, condenando-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça concedida.

Apela o autor (fls. 136/141) alegando ser *"Evidente que carros usados desvalorizam ao longo dos anos, mas não se pode olvidar de que a desvalorização do bem do apelante, provocada pela péssima qualidade de serviços da oficina de confiança da apelada é excessivo e não decorre do desgaste natural, mas sim da falha na prestação de serviços. Ora, Excelências! Se a única opção para haver garantia do reparo era entregar o bem nas mãos de oficina que não era de sua confiança, mas da confiança da apelada, está evidenciada sua responsabilidade objetiva! Errou a r. sentença em julgar pela improcedência do pedido, uma vez que a desvalorização decorre da qualidade dos serviços de reparo e não somente da idade e tempo de uso do veículo. Ademais, a reparação do dano material não pode ser condicionada a entrega do bem à seguradora, uma vez o pedido feito era para que fosse reparado, não a totalidade do valor do bem, conforme referência da tabela FIPE, mas, ao menos, o valor da diferença entre o valor referenciado à época da venda e o efetivamente pago pelo comprador, a fim de que a bruta desvalorização excessiva não pesasse sobre os ombros do apelante, já que a obrigação de reparação TOTAL do dano era da apelada. Seria razoável que o julgamento fosse pela procedência parcial, condenando a apelada ao pagamento da diferença entre o valor referenciado na Tabela FIPE à época da venda e o valor auferido, no importe, minimamente, de R$ 9.697,00 (nove mil, novecentos e noventa e sete reais), evidentemente corrigidos, mas não a improcedência do pedido, que referendou e validou o enriquecimento ilícito da apelada. Quanto aos danos morais, justo é que o apelante seja indenizado na mesma importância da vantagem indevida auferida pela apelada, pois nestes autos, trata-se apenas de um caso em tantos outros em que a seguradora obtém lucros exorbitantes, utilizando-se de sua expertise, em detrimento do pouco ou nenhum conhecimento que tem o consumidor, quanto aos assuntos técnicos peculiares"*.

O recurso foi regularmente recebido e respondido (fls. 145/152).

É o relatório.

Consta da petição inicial que o autor celebrou com a ré contrato de seguro para o veículo de sua propriedade, GM Corsa Hatch Maxx, placas DNT-5627, que se envolveu em acidente de trânsito no dia 14 de julho de 2010 com o

Acesso ao Sumário

veículo de propriedade de Nilson Auletta, conforme boletim de ocorrência elaborado à época do fato.

Relata o autor que a seguradora *"tomou providências no sentido de encaminhar o veículo para vistoria em oficial credenciada, de seu confiança e responsabilidade, bem como efetuou a comunicação ao terceiro de que seu veículo não seria indenizado, já que causador do acidente"*.

Afirma que, ao tentar trocar de veículo, *"foi surpreendido pela informação de que seu veículo tinha um comprometimento estrutural, decorrente do acidente ocorrido em 2010 e que o veículo estava REPROVADO em sua análise. Inconformado, buscou outra oficina credenciada e autorizada pelo órgão estadual de trânsito, a fim de conferir a informação, tendo, no entanto, o mesmo resultado: VEÍCULO COM RESTRIÇÃO. As informações constantes dos laudos resultaram numa perda patrimonial considerável para o autor, que acabou tendo seu veículo avaliado, na troca por outro, em R$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais), quando na avaliação da Tabela FIPE, do mesmo mês da expedição dos laudos periciais, constava o valor de R$ 21.197,00 (vinte e um mil, cento e noventa e sete reais)"*.

Informa que *"o dano estrutural, cuja reparação foi ordenada pela ré, era razão suficiente para indenizar pela perda total do veículo, ou seja, R$ 30.000,00 (trinta mil reais), já que a má qualidade dos serviços gera, inclusive riscos de segurança aos que dele se utilizam, conforme artigos relacionados, que seguem acostados. Por absoluta economia e aproveitando-se da confiança do consumidor e da falta de conhecimento técnico sobre o assunto, encaminhou um veículo definitivamente condenado para que fosse reparado, ludibriando o segurado e colocando em risco a sua família. Ademais, a perda patrimonial do autor é no importe considerável de R$ 18.500,00, valor esse que representa a diferença entre o valor pelo qual o veículo foi vendido e o preço de avaliação à época em que deveria ter sido decretada a perda total do bem. Indiscutivelmente houve falha na prestação dos serviços da ré, que, além de enriquecer sem causa, às custas do autor, expôs ele e a sua família a sérios riscos, considerando a qualidade dos serviços prestados por oficina de sua confiança e o resultado que dela se poderia esperar"*.

Acesso ao Sumário

Diante disso, propôs a presente ação objetivando a condenação da seguradora ao pagamento de indenização por danos patrimoniais no importe de R$ 18.500,00 (dezoito mil e quinhentos reais) e por danos morais no importe de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

A sentença foi de improcedência ao fundamento de que a *"redução do preço do carro é resultado do mercado de veículos usados altamente competitivo"* e dirimiu com acerto a controvérsia entre as partes, razão pela qual deve ser mantida.

Não há dúvidas quanto ao acidente narrado na inicial (fls. 18/21), nem mesmo quanto aos reparos efetuados no veículo pela oficina G2 Goiás, credenciada da ré (fls. 16/117), então seguradora do automóvel (fls. 87/91).

Incontroverso também que os reparos foram integralmente cobertos pelo seguro contratado e que o automóvel permaneceu com o autor até 19 de abril de 2016, quando foi vendido à loja DMD Multimarcas por R$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais) (fls. 28/29).

A controvérsia, portanto, cinge-se em verificar se é verdadeira a alegação de que a qualidade do serviço prestado pela oficina credenciada pela ré resultou na depreciação do veículo.

O veículo foi vendido pelo autor, o que impossibilita a produção de prova pericial e vincula a solução da controvérsia apenas à análise dos documentos juntados pelas partes.

A Vistoria Cautelar nº 1978390, feita pela empresa SuperVisão Vistorias Automotivas em 18 de abril de 2016 (fls. 36/37), revela que o veículo foi reprovado em razão das seguintes constatações: *"folha da lateral traseira direita substituída; painel dianteiro amassado; longarina dianteira direita amassada"*.

O Laudo de Vistoria Cautelar nº 049245/2016, elaborado por Ibizza Vistorias Veiculares em 20 de abril de 2016 (fls. 31/35), apresenta a seguinte conclusão: *"painel dianteiro e lateral direita traseira com reparos de funilaria e pintura, apresentando pontos de solda e massa"*.

Os laudos comprovam que o veículo em questão foi sinistrado e que os reparos necessários foram realizados. Não comprovam, todavia, que os reparos foram efetuados de forma ineficiente ou que o automóvel sofreu avaria de grande monta a ensejar a declaração de perda total.

Vale dizer, não há comprovação de que a reprovação do veículo e sua desvalorização decorreram da alegada má qualidade dos serviços prestados pela oficina que efetuou o reparo, circunstância que rompe o nexo de causalidade entre a conduta atribuída à ré e os danos alegadamente sofridos pelo autor.

Cabe observar também que o autor informa que o automóvel tinha valor de venda, conforme Tabela FIPE, de R$ 21.197,00 (vinte e um mil e cento e noventa e sete reais) (fl. 30), mas que foi vendido a DMD Multimarcas por R$ 11.500,00 (onze mil e quinhentos reais) (fl. 28).

Ainda que por abstração se admitisse estar presente o nexo de causalidade supra aludido, não seria caso de se acolher o pedido de indenização por danos patrimoniais.

Descabe falar em indenização pela depreciação em razão do valor de mercado do veículo, mercê do caráter aleatório de tal pretensão, seja no tocante à desvalorização propriamente dita ou em relação ao valor sugerido pelo autor.

A desvalorização decorre das regras do mercado e se constitui em fenômeno inerente a todo e qualquer automóvel.

O inconformismo do autor, no tocante à indenização por danos morais,

Acesso ao Sumário

também não estaria a comportar acolhimento.

Em que pese o inegável aborrecimento decorrente do fato analisado, o pedido de indenização por danos morais não procede, ao que se acrescenta que este Tribunal de Justiça tem entendimento predominante no sentido de que, salvo circunstância excepcional, de extraordinária angústia ou humilhação, no caso inexistentes, não há dano moral a ser reparado.

É que, salvo em circunstâncias excepcionais e comprovadas, os dissabores ou aborrecimentos do cotidiano não resultam em lesão à honra ou em violação à dignidade humana.

Não consta tenha o autor sofrido algum trauma psíquico a justificar o acolhimento do pedido indenizatório, sendo relevante lembrar que a caracterização do dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade, suscetível de causar grande abalo psicológico ou afronta à honra e dignidade, capazes de interferir intensamente no comportamento psicológico, situação não verificada na hipótese.

De rigor, portanto, a ratificação da sentença.

Na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil *("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")*, fica majorada a verba honorária devida ao advogado da apelada, de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) do valor da causa, com a ressalva de que estará o autor isento de tal encargo enquanto perdurar sua condição de beneficiário da justiça gratuita.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004569-42.2013.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante MIRANTES DE QUITAÚNA SPE LTDA., são apelados LOFTS PLANEJAMENTO E INCORPORAÇÃO LTDA. e ZATZ EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18344)**

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

São Paulo, 15 de janeiro de 2018.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA – AÇÃO MANUTENÇÃO DE POSSE – Conexão – Sentença de PROCEDÊNCIA para a primeira e IMPROCEDÊNCIA para a segunda – Invasão de terreno constatada – Pleito demolitório convertido em indenizatório – Modificação parcial da parte dispositiva da r. sentença para constar a procedência parcial da ação de nunciação de obra nova, com modificação da disciplina da sucumbência.

RATIFICAÇÃO DO JULGADO – Hipótese em que a sentença avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes, dando à causa o justo deslinde necessário – Artigo 252, do Regimento Interno do TJSP – Aplicabilidade – Sentença parcialmente reformada, apenas na parte dispositiva – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1. – A sentença de fls. 395/406, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido de nunciação de obra nova e, em julgamento conjunto, julgou improcedente o pedido de manutenção da posse, condenando a nunciada ao pagamento de perdas e danos em favor das nunciantes no valor de R$ 86.130,00 (oitenta e seis mil e cento e trinta reais). Ante a procedência, condenou a nunciada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Recorreu a nunciada MIRANTES DE QUITAÚNA SPE LTDA. (fls. 410/422), requerendo a reforma da decisão para constar a procedência da manutenção de posse e consequente condenação dos apelados ao pagamento do ônus sucumbencial, bem como para que o pedido de nunciação de obra nova seja reputado como parcialmente procedente, com a redistribuição do ônus sucumbencial. No mais, sustentou ser indevido o valor arbitrado para indenização em perdas e danos, uma vez que não agiu por má-fé ou sequer descumpriu decisão judicial, sendo correto, portanto, o valor de R$ 8.613,00.

O recurso é tempestivo, devidamente preparado, tendo a parte contrária

Acesso ao Sumário

apresentado contrarrazões às fls. 430/435.

É o relatório.

2. – Assiste razão em parte ao apelante.

A sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes, dando à causa o justo deslinde que se impõe. *In verbis*:

> "Assim, concluiu o perito que o Projeto Completo de Implantação do Condomínio de Quitaúna aprovado pela Prefeitura de Osasco respeita, em tese, tanto a área quanto as medidas dos limites e confrontações com os vizinhos. No entanto, quando de sua implantação, a empresa MIRANTES invadiu a propriedade da empresa LOFTS, numa área aproximada de 6,38 m².
>
> Destarte, sob o enfoque exclusivamente possessório, está comprovado nos autos que não houve turbação da posse da requerente/nunciada MIRANTES, mas, ao contrário, foi ela quem invadiu a propriedade alheia, de propriedade da requerida/nunciante LOFTS.
>
> Não obstante, em que pese a invasão constatada, não há como acolher o pedido contraposto de reintegração de posse nem há falar em demolição, haja vista ter sido examinado pelo perito que a pequena incursão não representa perda para os nunciantes, posto que no local não há construção alguma projetada por elas, não representando, também, perda no coeficiente de aproveitamento de seu imóvel.
>
> [...]
>
> Desse modo, diante das peculiaridades do caso concreto, em que foi concluída obra de porte expressivo sobre o imóvel, com invasão pequena da área vizinha, legítima é a fixação do pagamento da indenização pela parte do imóvel invadida, e não a demolição da obra e reintegração na posse, conforme pedido inicial e contraposto, em observância ao princípio da função social da propriedade.
>
> De fato, a solução indenizatória, no caso específico dos autos – em que a obra nova ocupa parte pouco expressiva do imóvel vizinho, ao passo que a edificação é de grande porte e encontra-se totalmente concluída –, corresponde à forma mais razoável de composição do litígio, já que a demolição seria desproporcionalmente superior ao prejuízo econômico sofrido pelas nunciantes.
>
> A bem da verdade, o Código Civil, em seu art. 1258, é peremptório e não deixa margens para dúvidas: o avanço de construção em imóvel alheio, em proporção não superior à vigésima parte deste, implica necessariamente na aquisição, pelo invasor, da porção invadida, esteja de boa-fé ou de má-fé, mediante reparação de danos, sendo possível, por conseguinte, a conversão do embargo ou da demolição em perdas e danos, correspondente à indenização pelo valor do prejuízo causado, embora sem pedido expresso nos autos.

Acesso ao Sumário

[...]

No caso dos autos, a área invadida (6,38m²) não excede à vigésima parte do imóvel da nunciante LOFTS e o valor da área perdida não atinge 1% da totalidade do imóvel (1.473 m²), impondo-se 'a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade para afastar o jus reivindicandi e consolidar a propriedade em favor da nunciada.

[...]

Cabível, portanto, apenas a indenização pelo valor da área invadida, assinalando ter o perito verificado, 'em consulta ao realizada na internet, que o preço do m² na região de localização dos terrenos objetos desses autos é de R$ 1.350,00', no importe de R$ 8.613,00.

Tal quantia deverá ser multiplicada por dez, atingindo o montante de R$ 86.130,00, posto que inequívoca a má-fé da invasora que não respeitou o projeto autorizado pela autoridade administrativa municipal, tampouco o embargo da obra determinado judicialmente."

Em sua maior parte, as alegações trazidas nas razões recursais, na verdade, podem ser entendidas como reiteração daquelas matérias de direito e/ou de fato já resolvidas, razões pelas quais é mesmo desnecessário qualquer acréscimo ou modificação na fundamentação contida no *decisum*.

Entretanto, no que se refere ao dispositivo da sentença, cabe razão em parte ao apelante, no sentido de que não houve total procedência da ação de nunciação de obra nova, ante o reconhecimento apenas parcial do pedido dos nunciantes, pois entendiam estes que a invasão era de, aproximadamente, 75m² do terreno, ao passo que a r. sentença concluiu pela invasão de apenas 6,38m² do terreno e ainda houve a conversão do pedido de demolição em indenização.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – Sucumbência recíproca – Compensação de verbas honorárias advocatícias e rateio, entre as partes, das custas processuais, nos termos do artigo 21, "caput", do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da prolação da sentença – Súmula 306 do STJ – Recurso parcialmente provido, neste aspecto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ SP – Apelação 0002051-45.2012.8.26.0266; Relator: Plinio Novaes de Andrade Júnior; Comarca: Itanhaém; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/10/2017; Data de publicação: 30/10/2017)

Assim, ante a parcial procedência dos pedidos da ação de nunciação de obra nova, há sucumbência recíproca, de forma que as despesas devem ser partilhadas igualmente entre as partes, nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil de 2015. Arbitro honorários advocatícios para cada parte em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, CPC.

Assim, nos termos do art. 252[1] do Regimento Interno, ratifico os fundamentos

1 Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão

Acesso ao Sumário

da r. sentença recorrida, mantendo-a, eis que suficientemente motivada, alterando-se apenas parcialmente o seu dispositivo e, consequentemente, a distribuição dos ônus da sucumbência, nos termos do parágrafo anterior.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028235-22.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelada MÁRCIA JANETE MALHEIROS PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante ATACADÃO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré e julgaram prejudicado o recurso adesivo da autora, por v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 17 de janeiro de 2018.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação de reparação de danos morais. Acidente em loja de supermercado. Parcial procedência. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Indícios de que a autora possa ter contribuído para o evento danoso. Necessidade da produção de prova que elucide a dinâmica dos fatos. Apelo da ré provido. Recurso adesivo da autora prejudicado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra r. sentença de fls. 181/185, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte *"os pedidos formulados nesta ação, para CONDENAR o réu ao pagamento à requerente à quantia correspondente a R$ 3.000,00 (três mil reais), a título de danos morais, com correção monetária e juros de 1% ao mês, ambos a partir do arbitramento (STJ, Súmula 362). Custas e despesas processuais a ser arcadas pela ré,*

recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la.

devendo a mesma arcar com 15% sobre o valor da condenação atualizada a título de honorários advocatícios do produtor da autora (CPC, art. 20, § 3º)".

A autora, beneficiária da gratuidade judiciária, interpôs recurso de apelação (fls. 190/196), pugnando pela majoração do valor indenizatório, porque fixado de forma irrisória, no intuito de *"compensar a dor da vítima e ao mesmo tempo inibir que a infratora reitere em suas práticas lesivas"* (fls. 195).

A ré interpôs recurso de apelação (fls. 197/210), arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa pelo fato de ter ocorrido o julgamento antecipado da lide. No mérito, sustenta que houve culpa exclusiva da vítima, que os danos morais não restaram provados. Na hipótese de se manter a r. sentença, pede para que o valor seja reduzido a 1/3 da quantia arbitrada, com juros e correção incidindo a partir da prolação do acórdão. Prequestiona a matéria ventilada. Recurso preparado (fls. 211/212).

Recursos respondidos (fls. 216/234).

Não houve oposição das partes ao julgamento do recurso na forma virtual, consoante certidão de fls. 238.

É o relatório.

Em primeiro lugar, acolhe-se a arguição de cerceamento de defesa alegada pela ré, porque, apesar de a relação entre as partes ser de consumo e incidir, na hipótese, a responsabilidade objetiva, existem indícios de que a autora tenha contribuído para o evento danoso, circunstância que excluiria o dever de indenizar, à luz do artigo 14, § 3º, II, do CDC.

Nota-se que, apesar de a ré ter requerido a produção de provas (fls. 179 e 180), houve o julgamento antecipado do processo, situação que a desfavoreceu, porque não pôde demonstrar à saciedade os fatos extintos, impeditivos ou modificativos do direito da autora.

Ademais, da inicial constou que *"não havia nenhum aviso de que por lá não poderia haver circulação de pessoas, havendo apenas uma corrente de plástico, sobre o qual os consumidores passavam para poder pegar os produtos de limpeza que se encontravam nas prateleiras do corredor"* (fls. 02 – grifo nosso).

Portanto, verifica-se que a autora admite ter adentrado em local relativamente impedido na ocasião, razão que justifica ainda mais a produção de provas para a elucidação dos fatos, sobretudo porque o documento de fls. 105 corrobora a versão da ré.

Portanto, acolhe-se a pretensão recursal da ré, para anular o processo a partir de fls. 180, ficando prejudicado o recurso adesivo da autora.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo da ré, ficando prejudicado o recurso adesivo da autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000365-23.2017.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante DOMINGOS DE ALMEIDA, é apelado CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª 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 40.251)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente) e LUIZ EURICO.

São Paulo, 17 de janeiro de 2018.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Ação de indenização – coisa móvel – objeto estranho encontrado em uma garrafa de cerveja – bebida que não chegou a ser consumida – dano moral não caracterizado – perícia desnecessária – apelação não provida, com observação (art. 85 § 11 do CPC).

VOTO

Vistos.

Ação de indenização por dano moral decorrente de coisa móvel julgada improcedente pelo M. Juiz Mário Roberto Negreiros Velloso, condenado o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% do valor da causa, que recorre e pede a nulidade da sentença.

Alega o apelante que o julgamento foi precipitado e equivocado, pois o dano moral está no fato de ter ingerido bebida do mesmo lote em que se encontrou uma garrafa com objeto estranho dentro, por isso a necessidade de se periciar todas as garrafas desse lote.

Recurso preparado e respondido.

É o relatório.

Consta da inicial que, em festa natalina o filho do autor, antes de abrir uma garrafa de cerveja da empresa ré, observou nela um objeto estranho em seu interior, vindo a constatar que se tratava de um invólucro de maionese, o que causou muito nojo nas pessoas presentes que já haviam consumido as cervejas de outras garrafas do mesmo lote, sendo este o motivo do ajuizamento da presente ação de indenização por dano moral em valor a ser arbitrado.

Por sentença que não merece reparos, a ação foi julgada improcedente,

Acesso ao Sumário

sob o fundamento de que a garrafa sequer foi aberta e não houve relatos de danos à saúde ou ao bem estar do autor e de seus convidados.

De fato, a inicial não relata que alguém tenha ingerido qualquer objeto estranho em uma cerveja, mas tão somente a sensação de nojo por saber da existência dele em uma das garrafas, o que, por si, não é suficiente a gerar dano moral.

A intenção do autor de se realizar perícia no lote das garrafas de cervejas consumidas para saber se nelas também havia objetos estranhos, significa projetar dano moral futuro, o que seria novidade em matéria de ação indenizatória e que ainda não está amparado em qualquer fonte do direito.

Por fim, nos termos do art. 85 § 11 do CPC, considerado o recurso não provido do autor e as contrarrazões apresentadas, os honorários advocatícios a favor do advogado da ré devem ser aumentados para 20% (vinte) do valor da causa (R$ 5.000,00).

Do exposto, nega-se provimento à apelação, mantida a sentença por seus fundamentos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010057-32.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HORACIO CALIL JORGE, é apelado ARMANDO MARTINS GUERRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.850)**

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Embargos de terceiro - Presunção de boa-fé na transação imobiliária bem reconhecida - Inexistência de registro da penhora na matrícula do imóvel ou de prova da má- fé do terceiro adquirente - Distribuição do ônus da prova sobre a má-fé segundo diretriz traçada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso repetitivo -

Acesso ao Sumário

Procedência confirmada - Apelo improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 132/135, cujo relatório é ora adotado, julgou procedentes os embargos de terceiro opostos na ação de despejo c.c. cobrança relativa a locação de imóvel. Apelou o embargado, a fls. 139/158, aduzindo inépcia da inicial porque esta deixou de observar os requisitos dos artigos 1.050 c.c. 282 do Código de Processo Civil então vigente, faltando ao seu pedido documento comprobatório da alegada boa-fé, deixando ainda de juntar o necessário rol de testemunhas. A documentação acostada demonstra efetivamente que o imóvel foi adquirido após a distribuição da ação principal, em 31/08/07. A boa-fé não está provada, mas sim a fraude, uma vez ao tempo da aquisição havia demanda ajuizada capaz de reduzir a executada vendedora à insolvência. Não obstante a ausência de registro da penhora no Cartório de Imóveis, o comprador dispunha da possibilidade de verificar a existência de demandas capazes de reduzir a vendedora à insolvência através da requisição de certidão de distribuição processual, o que não fez, dispensando a certidão relativa a processos em trâmite.

Processado o recurso e apresentadas contrarrazões, subiram os autos, sobrevindo o recebimento do reclamo.

Redistribuição determinada por prevenção deste relator. (fls. 176/179)

É o relatório.

O inconformismo não prospera.

Afasto, inicialmente, a alegação de inépcia, uma vez que a petição inicial foi instruída com os documentos necessários ao ajuizamento dos presentes embargos.

Se efetivamente a boa-fé está ou não comprovada é questão atinente ao julgamento do mérito e não diz com eventual indeferimento por insuficiência de instrução documental.

Ainda, a existência de rol de testemunhas somente seria exigível se a prova suficiente não fosse documental, o que não é o caso.

Trata-se de embargos de terceiro opostos em ação de despejo c.c. cobrança relativa a locação de imóvel, aduzindo ser indevida a constrição que recaiu sobre imóvel de propriedade do embargante.

É forçoso reconhecer que por escritura outorgada em 18.03.08 o embargante adquiriu da executada o imóvel em discussão, consoante se observa do registro número 05 lançado na matrícula imobiliária. (fls. 57/58)

Na ocasião, embora a ação de conhecimento que originou a penhora já tivesse sido ajuizada, não estão presentes os demais requisitos essenciais para o

reconhecimento da fraude à execução.

Com efeito, em face da existência de recurso repetitivo do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, de rigor adotar o entendimento contido no Recurso Especial nº 956943/PR, fixado como paradigma:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE DE CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4°, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3°, DO CPC.
>
> 1. Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação:
>
> 1.1. É indispensável citação válida para configuração de fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3° do art. 615-A do CPC.
>
> 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375/STJ).
>
> 1.3 A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má- fé se prova.
>
> 1.4 Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4°, do CPC.
>
> 1.5 Conforme previsto no § 3° do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. (REsp 956943/PR; CE - CORTE ESPECIAL; Relª Ministra NANCY ANDRIGHI; Rel. p/ o acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; j. 20/08/2014; DJe 01/12/2014) - grifei

Nessa senda, incontroversa a ausência de registro da penhora ao tempo da aquisição, até porque aquela ainda não havia ocorrido, tem- se que o embargado-exequente não trouxe prova da má-fé do embargante, que não se presume, nem mesmo pela inexistência de prévia pesquisa sobre eventuais ações distribuídas em nome da vendedora-executada.

Como bem salientou o sentenciante:

> A dispensa das certidões de feitos ajuizados, manifestada pelo embargante-adquirente perante o tabelião (fl. 59), não é suficiente porque a Lei nº 7.433/85 (art. 1º, § 2º) foi derrogada pela Lei nº 13.097/15 (art. 59), cujo art. 54, parágrafo único, preceitua que situações jurídicas não constantes da matrícula não são oponíveis ao terceiro de boa-fé. (fls. 135)

Ademais, tem-se que o anterior conhecimento de débitos de IPTU não justificavam o reconhecimento da má-fé porque, como ressaltado pela parte embargante, ele próprio quitou o débito pendente. (fls. 07)

Acesso ao Sumário

Destarte, os embargos de terceiro ajuizados pelo recorrido foram corretamente julgados procedentes para excluir da penhora o imóvel objeto da matrícula acostada a fls. 57/58 destes autos.

Finalmente, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios para 12% do valor da causa, observada a gratuidade concedida ao recorrente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1040606-46.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 03925)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT (Presidente sem voto), CAMPOS PETRONI e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. Sentença que julgou o pedido improcedente. Ônus sucumbenciais carreados à requerente.

APELO DA AUTORA. Oscilação de energia elétrica que ocasionou danos a aparelhos eletrônicos na residência do segurado. Responsabilidade objetiva da empresa requerida, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Pretensão da seguradora de ser ressarcida pelos valores pagos ao segurado, a título de indenização por danos materiais. Cabimento. Inexistência de controvérsia acerca do pagamento do prêmio, ensejando a almejada sub-rogação. Ressarcimento em tela que encontra

Acesso ao Sumário

amparo nos pareceres técnicos colacionados, os quais indicam a queima dos equipamentos por raios ou oscilação de energia, em virtude de descarga elétrica. Concessionária ré que não se desincumbiu do ônus, que lhe cabia, de provar qualquer fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Reforma da sentença que se impõe para julgar procedente, em parte, o pedido inicial, condenando-se a recorrida a ressarcir à demandante o valor de R$ 20.880,00 (vinte mil, oitocentos e oitenta reais), com acréscimo de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir do efetivo desembolso e de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação (não se tratando de responsabilidade civil extracontratual, descabe a aplicação, *in casu*, da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça).

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Invertidos os ônus sucumbenciais, dado o decaimento mínimo da autora verificado - tão-só quanto ao termo *a quo* de incidência dos juros de mora -, fica a requerida condenada a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em R$ 1.500,00, já considerado o trabalho desenvolvido pela patrona da apelante em grau de recurso, nos termos do artigo 8, §§8º e 11, do Código de Ritos de 2015. Recurso provido em parte para os fins delineados na fundamentação.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença (fls. 121/123), proferida pelo MM. Juiz de Direito Fabio Varlese Hillal, acrescenta-se que o pedido inicial foi julgado improcedente. Na oportunidade, carreou-se à requerente o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

A demandante apelou alegando ser cabível a reforma *in totum* da decisão primeva (fls. 125/134).

Apresentadas contrarrazões, a recorrida pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 140/149).

É o relatório em acréscimo daquele constante da r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

2. Recebo o recurso de fls. 125/134 nos efeitos devolutivo e suspensivo, deixando de intimar a apelada para oferta de contrarrazões, eis que já trazidas aos autos.

Passo ao voto.

Alega a autora haver firmado com o Sr. João Carlos de Lima Junior contrato de seguro com cobertura para incêndio, explosão e fumaça, danos elétricos, dentre outros, representado pela apólice nº 0114.26.167.017-3, por meio do qual se obrigou, mediante o recebimento do prêmio, a garantir os riscos aos quais o imóvel situado à Avenida Professora Dea Ehrhardt Carvalho, nº 605, lote 3839, bairro Sítios de Recreio Gramado, no Município de Campinas/SP, estivesse exposto durante o período de vigência da avença (30/01/2015 a 30/01/2016).

Ocorre que, aos 12/12/2015, em decorrência de temporais que atingiram a região onde se situa o imóvel supramencionado, houve um pico de tensão de energia elétrica, com a consequente propagação de danos a bens de propriedade do segurado.

"*Após realizadas as vistorias pertinentes ao sinistro, verificou-se que os equipamentos sinistrados restavam danificados, não havendo dúvida técnica, após análise, de que a extensão e tipificação dos danos se deram em virtude de oscilações de energia, conforme laudo técnico em anexo*" (fls. 03).

Diante de tal situação, houve por bem ajuizar a competente ação, pois "*restou a Seguradora sub-rogada nos direitos e ações que competiam ao segurado contra a empresa requerida para cobrar o ressarcimento devido*" (fls. 03, grifos originais).

Com a inicial, juntou documentos (fls. 27/50).

Sobreveio sentença de improcedência do pleito exordial, segundo descrito alhures.

Pois bem.

Não se olvide que a responsabilidade da requerida no presente caso é objetiva, de acordo com o que reza o artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

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

"*AGRAVO REGIMENTAL - **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - DANO MATERIAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA** - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 126/STJ. REEXAME DE PROVAS. STJ/SÚMULA Nº 7. 1. O acórdão recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional. A ora agravante deixou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a fazer incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126*

Acesso ao Sumário

do Superior Tribunal de Justiça. 2. Ademais, concluindo o acórdão pela existência do prejuízo a ser indenizado, sua reforma no tocante à prova do dano é inviável no âmbito do recurso especial, por demandar a reavaliação de matéria fática (STJ, Súmula nº 7). 3. Agravo regimental a que se nega provimento." AgRg no Ag 1207021/SC. Relator: Ministro Vasco Della Giustina - 24/11/2009 (grifos nossos).

Conforme se dessume da acurada análise do caderno processual, inexiste controvérsia acerca do pagamento de indenização pela autora ao segurado, este comprovado pelos documentos de fls. 48/50, ensejando a pretendida sub-rogação.

Noto, porquanto relevante, que o ressarcimento em tela encontra amparo nos pareceres técnicos colacionados pela autora às fls. 44 e 45, que indicam a queima dos equipamentos por raios ou oscilação de energia, em virtude de descarga elétrica.

Já no que tange à defesa apresentada, insta salientar que a tela de sistema de fls. 58 não tem o condão de comprovar, de maneira idônea, o regular e ininterrupto fornecimento de energia elétrica na data e horário indicados na exordial, pois unilateralmente produzida e não corroborada por outros elementos probatórios. No mais, a tese de exclusão da responsabilidade por caso fortuito ou força maior, decorrente de eventos da natureza, não encontra eco na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA - QUEDA DE RAIO - RISCO IMPLÍCITO À ATIVIDADE - CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR - DESCARACTERIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ART. 14 DA LEI 8.078/90, ART. 25 da Lei 8.987/95 E ART. 37, §6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DANO MATERIAL - COMPROVAÇÃO - PEDIDO - PROCEDÊNCIA - SENTENÇA - MANUTENÇÃO. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO.*" (TJSP; Apelação 1008089-25.2016.8.26.0037; Relator (a): Antonio Luiz Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/11/2017; Data de Registro: 17/11/2017)

"*VOTO Nº 25552 AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS. Queima de eletrodomésticos de segurada da autora em razão de sobrecarga na rede elétrica. Falta de interesse de agir. Ausência de requerimento administrativo prévio, nos moldes da Resolução nº 414/2010 da ANEEL. Inocorrência. Desnecessidade de esgotamento das vias administrativas. Garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Art. 5°, XXXV, da CF. Interesse processual configurado. Prescrição. Inocorrência. Sub-rogação legal da seguradora*

Acesso ao Sumário

nos direitos e ações dos segurados (arts. 349 e 786 do Código Civil). Aplicação do mesmo prazo prescricional previsto para a relação originária, de consumo. Prazo quinquenal (art. 27 do CDC) não decorrido. Prescrição não caracterizada. Mérito. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de energia elétrica, seja pelo risco administrativo (Arts. 37, § 6º, da CF), seja pelo risco da atividade (arts. 14 e 22 do CDC e 927, parágrafo único, do Código Civil). Nexo de causalidade entre a oscilação elétrica e os danos causados nos equipamentos eletrônicos. Hipótese de raios na rede de distribuição de energia que configura fortuito interno. Ausência de prova de qualquer excludente, especialmente a regularidade da prestação do serviço mediante manutenção adequada da rede ou utilização de equipamentos de segurança para evitar as tensões na rede. Dever de reparar. Sentença mantida. Recurso não provido." (TJSP; Apelação 1003750-28.2016.8.26.0100; Relator (a): Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2017; Data de Registro: 27/11/2017)

"*Apelação - Fornecimento de energia elétrica - Ação de regresso - Descarga elétrica - Queima de aparelhos - Danos comprovados - Direito de regresso da seguradora. Tratando-se de responsabilidade civil de concessionária de serviço público, está caracterizada a responsabilidade objetiva, pelos danos causados na prestação do seu serviço, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Fenômenos naturais, ao contrário do que pretende fazer crer a ré, não excluem sua responsabilidade, uma vez que são previsíveis e corriqueiras as intempéries meteorológicas. Não se há de aplicar a Súmula 54 do STJ ao caso sob exame, uma vez que não se trata de responsabilidade civil extracontratual, mas, sim, contratual. Apelação provida em parte.*" (TJSP; Apelação 1000478-74.2016.8.26.0084; Relator (a): Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 4ª Vara; Data do Julgamento: 25/10/2017; Data de Registro: 26/10/2017)

Considere-se, outrossim, que a informação constante da tela reproduzida faz menção à ausência de registro, no sistema da ré, de "interrupção de fornecimento" de energia à unidade consumidora, ocorrência diversa daquela alegada como causa do evento danoso (oscilação e/ou queda de raio na rede de alimentação do imóvel), incapaz de comprovar a tese escolhida pela requerida para que se eximisse de responsabilidade pelos danos verificados.

Destarte, não se desincumbindo a empresa ré do ônus, que lhe cabia, de provar qualquer fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, e evidenciada a má prestação do serviço público por ela exercido por meio de concessão,

Acesso ao Sumário

imperiosa a reforma da sentença para julgar procedente, em parte, o pedido inicial, condenando-se a recorrida a ressarcir à demandante o valor de R$ 20.880,00 (vinte mil, oitocentos e oitenta reais), com acréscimo de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir do efetivo desembolso e de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação (não se tratando de responsabilidade civil extracontratual, descabe a aplicação, *in casu*, da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça).

Invertidos os ônus sucumbenciais, dado o decaimento mínimo da autora - verificado tão-só quanto ao termo *a quo* de incidência dos juros de mora, fica a requerida condenada a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em R$ 1.500,00, já considerado o trabalho desenvolvido pela patrona da apelante em grau de recurso, nos termos do artigo 8, §§8º e 11, do Código de Ritos de 2015.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO** para julgar procedente, também em parte, a demanda, nos termos delineados na fundamentação, devendo a disciplina da sucumbência obedecer ao quanto disposto no parágrafo anterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1076265-61.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes LEANDRO SANTOS FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e ROSANA FRANCISCO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados VERDE DE MORAES BERNAL e GENERALI BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), ANTONIO RIGOLIN e CARLOS NUNES.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - REPARAÇÃO DE DANOS - COLISÃO TRASEIRA - CULPA DO AUTOR - RECONHECIMENTO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO,

Acesso ao Sumário

COM OBSERVAÇÃO. Evidenciando a prova dos autos que a responsabilidade pela colisão traseira ocorrida entre o veículo do réu e o do autor deve ser imputada a este, por não guardar distância segura daquele que seguia à sua frente, de rigor a improcedência da ação.

VOTO

LEANDRO SANTOS FERREIRA e **ROSANA FRANCISCO DOS SANTOS** propôs ação de reparação de danos, decorrentes de acidente automobilístico, frente a **VERDE DE MORAES BERNAL** e **GENERALI BRASIL CIA DE SEGUROS**, julgada improcedente pela r. sentença, de fls. 203/205, declarada à fls. 222, cujo relatório se adota com a condenação dos autores ao pagamento dos ônus de sucumbência, observada a gratuidade judiciária.

Inconformados apelam os autores (fls. 225/234) batendo-se pela reforma da r. sentença, alegando que a seguradora está na posse de seu veículo e dos demais bens que ali estavam instalados, tendo eles autores quitado as demais parcelas do financiamento do mesmo, a contar da de número 35, até a última, de número 48, sem dele poderem usufruir, invocando a norma do art. 18 da Lei nº 8.078/90 a amparar seu direito; afirmam que a colisão ocorreu por culpa do apelado, condutor do veículo que seguia à sua frente e que efetuou frenagem abrupta e imprevisível, determinando a colisão traseira.

O recurso foi respondido (fls. 238/242 e 243/258), buscando os réus a manutenção da r. sentença, aventando o apelado Verde a litigância de má-fé dos apelantes.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Inicialmente é de se anotar a impertinência da alegação de incidência das normas do CDC à espécie, posto inexistir relação de consumo entre as partes, especialmente entre a seguradora e os apelantes. A questão a respeito da não retirada do veículo de sua propriedade da oficina para a qual foi endereçado após a colisão, a pedido da seguradora, a fim de que se procedesse a uma avaliação dos danos, não é o objeto do pedido inicial, cujo pedido está assim redigido:

> A condenação das rés na restituição de outro veículo na exata quantia de R$ 19.000,00 (dezenove mil reais) corrigidos monetariamente e acrescidos dos juros legais desde a data do acidente até a data do efetivo pagamento.

Eventual responsabilidade da seguradora pela guarda do veículo em razão do depósito havido há que ser apurado em ação própria e não decorre

Acesso ao Sumário

diretamente do acidente aqui noticiado, no qual os apelantes debitam culpa do apelado Verde.

No que se refere ao tema de fundo, soa irrelevante o fato de ter o apelado Verde informado aos apelantes que contatassem com sua seguradora para que tratassem de eventual indenização pelos danos havidos na colisão. É que este fato não se traduz em assunção de culpa, mas sim a indicação de sua seguradora, a qual deveria proceder à análise dos fatos por meio do que se costuma chamar de regulação de sinistro, oportunidade em que se examinam os fatos e, em se reconhecendo haver culpa do segurado, assume a seguradora a responsabilidade indenizatória.

Diversamente do alegado pelos apelantes, não há na narrativa do Boletim de Ocorrência de fls. 19/21 qualquer assunção de culpa por parte do apelado Verde. Ali narra ele que foi obrigado a frear seu conduzido em razão da existência de animal na pista, ocorrendo a colisão.

Ocorre que, no caso, apurou-se culpa exclusiva do apelante Leandro, condutor do veículo pertencente à recorrente Rosana, por não guarda distância segura daquele que seguia à sua frente.

Destarte, ao que emerge da prova dos autos é mesmo a prevalência da presunção de culpa de quem colide com a traseira do veículo que segue à sua frente por não guardar distância segura, infringindo a norma do art. 29, II, do CTB, como bem consta da r. sentença recorrida, cujos fundamentos são aqui acolhidos como razão de decidir, nos termos do art. 252 do RITJSP, na qual se reconhece a culpa exclusiva do recorrente no episódio aqui apurado.

Por derradeiro, não se vislumbram quaisquer das hipóteses de caracterização de litigância de má-fé por parte dos apelantes, pelo que rejeito o pedido do apelado.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, elevo a verba honorária sucumbencial para 15% sobre o valor atualizado da causa.

Posto isto, nego provimento ao apelo, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0186711-27.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELA MENICUCCI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado ORLANDO MARCELO PUGLIA MARTINEZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

"Conheceram em parte e negaram provimento na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente) e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Processual. Locação. Impugnação quanto à cobrança de multa diária pelo tempo de ocupação do imóvel após o término do prazo locatício. Locador que pleiteou tal verba, não acolhida todavia pela sentença, que expressamente a descartou. Apelação pois sem razão de ser nesse particular. Ausência de interesse recursal caracterizada. Apelação da ré não conhecida quanto a esse aspecto.

Locação. Despejo por falta de pagamento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas pretendidas insuscetíveis de interferir no julgamento da causa. Nulidade afastada.

Locação. Despejo por falta de pagamento. Alegação da locatária de que não entregue o imóvel com toda a mobília prometida. Contrato de locação que todavia não especifica quais os móveis que equipariam o cômodo locado, remetendo a um anexo não apresentado por qualquer das partes. Argumento da ré de que faltante escrivaninha que utilizaria para seus estudos não suficientemente demonstrada em termos documentais. Locatária que de toda forma vistoriou o imóvel previamente, bem como o recebeu nas condições em que entregue, nele permanecendo mais de três meses além do prazo contratual estipulado, não podendo assim invocar a *exceptio non adimpleti contractus* para recusar o cumprimento de sua prestação. Locativos devidos por inteiro. Sentença confirmada. Apelação da ré desprovida na parte conhecida.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 135/137 julgou procedente demanda de despejo cumulada com cobrança, decretando a resolução do contrato de locação mas deixando de decretar a desocupação compulsória do imóvel, por já entregue espontaneamente pela locatária; condenou a ré outrossim no pagamento dos locativos e demais encargos vencidos até a data da devolução, atualizados desde os respectivos vencimentos e acrescidos de juros de mora desde a citação, excluindo todavia multa moratória quanto aos locativos em atraso e multa diária pela demora na desocupação do prédio locado.

Apela a ré (fls. 142/156), arguindo preliminarmente a nulidade do julgado por cerceamento de defesa, ante a ausência de produção de provas oral e pericial requeridas; no mérito, sustenta justificar-se a falta de pagamento dos aluguéis em razão do descumprimento pelo locador da promessa de entrega do imóvel mobiliado, afetando seu regular uso. Por outro lado, sustenta que a previsão de multa diária por atraso na desocupação seria abusiva, devendo pois tal encargo ser afastado. Bate-se, em conclusão, pelo reconhecimento da nulidade referente ao cerceamento probatório, ou quando não a reforma da r. sentença com o julgamento de improcedência da demanda; subsidiariamente, requer a exclusão da multa diária e bem assim a revisão do valor dos aluguéis, arbitrando-se valor compatível com as condições inferiores em que entregue o imóvel.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido com duplo efeito (fl. 157) e regularmente processado, sem apresentação de resposta pelo apelado no prazo legal (fl. 171).

É o relatório.

Inicialmente, o apelo não é de ser conhecido quanto ao pedido de afastamento da multa diária, por ausência de interesse recursal. Parece não ter a apelante percebido que a sentença já excluiu essa verba, que não integrou portanto a condenação pecuniária lançada; o que se incluiu foi, de outra parte, a multa compensatória de 1 (um) aluguel prevista na cláusula vigésima, igualmente duvidosa, mas que não foi especificamente impugnada pela ré-apelante, de modo que nada se pode a respeito fazer, sob pena de superação do objeto recursal.

No mais, não prospera o inconformismo.

Quanto à alegação de cerceamento probatório, mostra-se descabida porque era mesmo desnecessária a produção de qualquer prova adicional, nos termos em que delineado o contexto litigioso.

O direito a provas, convém lembrar, não é potestativo, e não depende tão somente da manifestação de interesse da parte em tal sentido, senão da presença dos requisitos de admissibilidade da prova em si, dentre eles a relevância dos fatos a serem investigados, a necessidade de prova em torno deles ou a própria adequação do meio pretendido.

Acesso ao Sumário

Ocorre que a apelante se apega ao interesse no aprofundamento instrutório em termos meramente genéricos e especulativos, não esclarecendo qual o objetivo nem muito menos utilidade das provas requeridas; e, em última análise, não teriam elas, mesmo, potencial para interferir no desfecho da demanda.

No tocante à prova técnica, ainda que se imaginasse ter ela por escopo a apuração de um valor descontado de aluguel, dependeria a efetividade dessa prova do acolhimento da própria premissa de exigibilidade no todo do locativo contratado, que como se verá adiante não se sustenta.

Por outro lado, a prova oral em nada contribuiria para a solução da discussão, dependente de prova documental, em torno dos termos em que pactuada locação e das condições em que entregue o imóvel.

Passando ao exame propriamente dito dessa questão, a versão da locatária é a de que locado apenas um quarto integrante de apartamento, com a promessa de que estaria integralmente mobiliado, inclusive com escrivaninha para que a inquilina, cursando pós-graduação, pudesse fazer seus estudos.

De fato, o contrato de locação traz, na cláusula quarta (v. fl. 11), a referência à entrega do cômodo *totalmente mobiliado*, mas não declina expressamente com que itens. Fala apenas nos objetos e pertences declinados em anexo que teria sido assinado na mesma data, mas que a petição inicial não se dignou a apresentar, muito menos o fazendo a ré, maior interessada na demonstração do inadimplemento adverso.

Não se sabe, assim, quais os objetos efetivamente prometidos como integrantes da decoração do cômodo.

De toda forma, as fotos juntadas com a própria contestação acabam por evidenciar que o quarto, embora modesto, tinha armários, uma cama com criado-mudo e, a par de tudo, duas pequenas mesas com uma banqueta (fls. 83/85), em tese passíveis de utilização para fim de leitura e redação. Indicam, ainda, que a cozinha do apartamento, da qual naturalmente também se servia a ré-apelante, estava equipada com geladeira, forno de micro-ondas, fogão e filtro, além de armários (fls. 86/87).

Acesso ao Sumário

O mais importante de tudo, porém, vem a ser a circunstância de ter a ré tido a oportunidade de vistoriar o imóvel, verificando suas condições em termos prévios. Assim, sabia concretamente os equipamentos que o guarneciam, e não deveria aceitá-lo se não atendesse às suas necessidades, ou se não estivesse de acordo com o prometido, ainda que verbalmente, pelo locador.

No entanto, não apenas o ocupou e, sem embargo de algumas reclamações enviadas por e-mail, passou a dele fruir, como também acabou por permanecer por mais tempo que o contratado: o pacto foi de uma locação por temporada de três meses, de maio a agosto de 2011, mas a inquilina, a despeito das queixas em torno da falta de habitabilidade e das dificuldades que o quarto traria ao

desenvolvimento dos estudos, ali permaneceu até dezembro, o que esvazia por completo sua versão de imprestabilidade do imóvel ao fim a que se destinaria, não a autorizando de forma alguma a se recusar ao pagamento dos locativos, nem tampouco a requerer abatimento.

Enfim, o imóvel foi recebido e utilizado no estado em que se encontrava, que estava longe, ressalvada as condições essencialmente modestas da acomodação, de impedir a regular fruição, de modo que cabia à locatária o pagamento do locativo nos termos em que pactuado.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao apelo, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1125574-51.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TOKIO MARINE SEGURADORA S/A, é apelado CAIUÁ DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª 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 40.849)**

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. SEGURO. REGRESSIVA. Se pelo conjunto probatório contido nos autos restou demonstrada a existência do dano material, e não afastado o nexo causal pela concessionária de energia, de rigor o pagamento da indenização pleiteada na via regressiva. Sentença reformada. Recurso provido para julgar a ação procedente.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls. 192/193 que julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Pleiteia a apelante, em preliminar, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Aduz que o sinistro ocorreu por falha na prestação do serviço. Afirma que a segurada comunicou o ocorrido à apelada, em atendimento à Resolução 414/2010, e a mesma permaneceu inerte. Alega ainda que foi comprovado o nexo de causalidade entre a falha na prestação do serviço e o dano causado, conforme laudo anexado aos autos. Tece considerações sobre a prova diabólica. Salienta ainda que era impossível que a segurada aguardasse a morosidade e burocracia da apelada. Aduz que a responsabilidade da apelada é objetiva.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente, cabe observar que era caso de julgamento antecipado da lide, pois a dilação probatória pretendida às fls. 189/191 era absolutamente prescindível ao deslinde da questão que já se encontrava em condições para ser posta em julgamento.

E o recurso merece prosperar.

Pelo conjunto probatório contido nos autos, temos que os danos no aparelho elétrico foi ocasionado por uma queda de energia elétrica, cabendo à concessionária de energia ressarci-lo.

De fato, foi juntado com a inicial o laudo técnico que conclui que o dano no aparelho foi ocasionado por uma queda da energia elétrica (fls. 60).

Também foi juntado um documento que discrimina o protocolo inicial referente ao pedido de reparação de danos formulado pela consumidora para a prestadora apelada (fls. 59).

Deste modo, a alegação pura e simples da apelada de que não houve qualquer problema na rede elétrica não merece acolhida, pois desacompanhada de qualquer embasamento probatório.

Ademais, cabe à empresa ré, dada a natureza do serviço que presta, zelar pela sua manutenção e qualidade. Assim, cabia somente a ela adotar mecanismos de segurança para que oscilações no sistema de energia não causassem prejuízos aos consumidores, com a queima de aparelhos elétricos.

Acesso ao Sumário

Veja-se o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

> ***"(...) concessionária merece ser responsabilizada ante sua conduta omissiva e negligente, porquanto a queda de um raio não é um fenômeno natural, uma vez que, na qualidade de concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, deve adotar de medidas preventivas, como por exemplo, instalar dispositivos de segurança eficazes para controlar a oscilação na tensão da energia elétrica sobretensão ou***

subtensão, que pode ser causada por raio, tendo como consequência, curto circuito e eventual incêndio" (AREsp 139147; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJe 01.08.2012).

E em se tratando de ação regressiva da seguradora contra a empresa de energia, em virtude de queima de aparelhos do consumidor, era de rigor a inversão do ônus da prova, como também já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA CONTRA EMPRESA FORNECEDORA DE ENERGIA ELÉTRICA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 83/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1.- Concluiu o Acórdão recorrido que a relação entre a segurada e a Agravante é de consumo. Assim, incide o Código de Defesa do Consumidor na relação estabelecida entre a Seguradora - que se sub-rogou nos direitos da segurada - e a Agravante. Precedentes. Incidência da Súmula 83 desta Corte. 2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 426017/MG; Ministro SIDNEI BENETI; TERCEIRA TURMA; j. em 10/12/2013).

Observe-se ainda que sendo a ré concessionária de serviço público, a sua responsabilidade é objetiva (art. 37, §6º, da CF).

Desse modo, se a ré não faz prova boa e cabal capaz de infirmar as alegações comprovadas pela autora, a ação procede, conforme dispõe o artigo 373, II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, reiterados julgados desta Corte de Justiça:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO (ART. 5º, INCISO XXXV, DA CF). OSCILAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (DESCARGA). DANOS EM BENS DO SEGURADO DA AUTORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA RÉ. (ART. 37, § 6º, CF). APLICAÇÃO DO CDC. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO DEMONSTRADAS (ART. 14, § 3.º, CDC). RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DO DIREITO DA AUTORA (ART. 373, II, NCPC). EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA

Acesso ao Sumário

DA RECORRENTE E OS DANOS VERIFICADOS. DEVER DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR INERENTE À ATIVIDADE ECONÔMICA DESENVOLVIDA PELA CONCESSIONÁRIA RÉ. RESSARCIMENTO DEVIDO. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDA, EM OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DO ART. 85, § 2º, DO NCPC. RECURSO PROVIDO EM PARTE." (Apelação nº 1010164-34.2015.8.26.0114; Rel. Alfredo Attié; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 02/02/2017).

"Seguro. Ação de ressarcimento de danos, ajuizada por Seguradora sub-rogada nos direitos do segurado. Oscilação de energia elétrica, que provocou danos em aparelho compressor de ar condicionado. Responsabilidade objetiva da Concessionária de serviço público. Inteligência dos arts. 37, §6º, da CF, e 14, do CDC. Inobservância da Resolução 414/2010, da ANEEL. Irrelevância. Circunstância que não tem o condão de afastar a responsabilidade da prestadora de serviço público. Concessionária que não se desincumbiu do ônus de provar alguma das causas excludentes de responsabilidade. Fortuito interno. Nexo de causalidade demonstrado. Danos materiais devidos. Sentença mantida. Recurso improvido." (Apelação nº 1004089-20.2015.8.26.0068; Rel. Des. BONILHA FILHO; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 15/12/2016).

"APELAÇÃO COM REVISÃO. SEGURO DE DANOS. AÇÃO REGRESSIVA. Danos elétricos causados a consumidor. Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é objetiva a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público. Teoria do risco administrativo. Prova do nexo de causalidade entre os danos havidos e a falha na prestação de serviços. Ressarcimento devido. 'O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro' Súmula 188 do E. STF. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO." (Apelação nº 0186917-12.2009.8.26.0100; Rel. Des. ANTONIO NASCIMENTO; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 19/05/2016).

"Seguro. Demanda regressiva. Descarga elétrica a danificar aparelhos do segurado. Reconhecimento de o fato haver sido derivado de problemas na rede elétrica. Temporal, no contexto, que não constitui força maior e excludente de responsabilidade. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6º, da CF. Desnecessidade de averiguação ou procedimento da demandada para a indenização devida (reconhecimento de problemas na rede elétrica). Sentença reformada. Apelação provida." (Apelação nº 1025490-68.2014.8.26.0114, Rel. J. PAULO CAMARGO MAGANO; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 31/03/2016).

Acesso ao Sumário

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO DE RESSARCIMENTO AJUIZADA PELA SEGURADORA SUB-ROGADA NOS DIREITOS DO SEGURADO - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRA PELOS DANOS DECORRENTES DO BLACKOUT - VALORES DESPENDIDOS PARA APURAÇÃO DO SINISTRO - CUSTO INERENTE À ATIVIDADE DA AUTORA - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA COMPUTADOS DO DESEMBOLSO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS, REJEITADA A PRELIMINAR. É incontroverso que a responsabilidade da concessionária é objetiva e, portanto, responde pelos danos causados aos usuários do serviço público de energia elétrica que fornece, independentemente de prova da culpa, bastando a ação ou omissão, o resultado lesivo e o nexo causal entre ambos (art. 37, § 6º, CF)." (Apelação nº 0193326-33.2011.8.26.0100; Rel. Des. RENATO SARTORELLI; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 18/02/2016).

"EMENTA: Ação regressiva de ressarcimento de danos - Interesse de agir configurado - Pagamento de indenização garantida por apólice de seguro contra danos elétricos - Prejuízos causados por oscilações na rede de energia administrada pela ré - Responsabilidade objetiva da concessionária - Desnecessidade da comprovação da culpa - Exegese dos artigos 37, § 6°, da CF e 14 do CDC - Dano e nexo de causalidade demonstrados - Reparação cabível - Honorários advocatícios fixados consoante os parâmetros legais - Recurso improvido." (Apelação nº 1031465-71.2014.8.26.0114; Rel. Des. Vianna Cotrim; 26ª Câmara de Direito Privado; j. em 18/02/2016).

Nesse esteio, o valor pago para a segurada em virtude do contrato de seguro firmado restou plenamente demonstrado (fls. 62).

Desta forma, é de rigor o pagamento da indenização por danos materiais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar a ação procedente, condenando a ré ao pagamento da importância de R$ 4.680,00, corrigida do desembolso e com juros de mora de 1% ao mês da citação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação atualizado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017319-61.2014.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes VITOR

MARTINEZ (JUSTIÇA GRATUITA) e VALDILEA ALVES DE ARAÚJO MARTINEZ (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MAREA CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., FRASSON ENGENHARIA e TAMADA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª 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 23.431)**

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

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA - AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - AVARIAS NO IMÓVEL DOS AUTORES QUE APENAS EM PARTE FORAM CAUSADAS PELA DEMOLIÇÃO E MOVIMENTAÇÃO REALIZADAS NO IMÓVEL VIZINHO - RELAÇÃO DE CAUSALIDADE CONSTATADA POR MEIO DE PROVA PERICIAL - LAUDO TÉCNICO ELABORADO POR PERITO JUDICIAL EQUIDISTANTE DO INTERESSE DAS PARTES, CONCLUSIVO QUANTO À EXTENSÃO DOS DANOS MATERIAIS EXPERIMENTADOS PELOS AUTORES - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - TRANSTORNOS DECORRENTES DO AUMENTO DAS ANOMALIAS NO IMÓVEL E NECESSIDADE DE REPAROS QUE EXTRAPOLAM A ÓRBITA DO MERO DISSABOR - PADECIMENTO MORAL EVIDENTE - INDENIZAÇÃO MAJORADA PARA R$ 15.000,00 A CADA AUTOR, O QUE MELHOR ATENDE ÀS FUNÇÕES RESSARCITÓRIA E PUNITIVA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. - Apelação parcialmente provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de tempestivo recurso de apelação (fls. 471/475), isento de

preparo, interposto contra a respeitável sentença de fls. 460/462, declarada (fls. 469), que julgou procedente em parte a ação de nunciação de obra nova cumulada com indenização por danos materiais e morais que VITOR MARTINEZ e VALDILEA ALVES DE ARAÚJO MARTINEZ movem em face de MAREA CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA., FRASSON ENGENHARIA E TAMADA.

EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., "*para condenar solidariamente as rés ao pagamento de R$15.006,09 por danos materiais, com correção monetária a partir do laudo pericial, datado de 25 de maio de 2016 (p. 450), e juros de mora de 1% ao mês a partir de fevereiro de 2013, data do evento danoso, e ao pagamento de dez mil reais por danos morais, metade dessa quantia para cada autor, com correção monetária e juros de mora simples em um por cento ao mês a partir desta data de arbitramento, levantado o embargo da obra por não haver possibilidade de outro prejuízo*".

Inconformados, recorrem os autores, alegando, em resumo, que os danos materiais experimentados foram mais amplos que os apurados na prova pericial, eis que "*os documentos juntados em exordial não deixam dúvidas de que todos os prejuízos se iniciaram após o inicio das obras, inclusive a queda da edícula que servia de local de trabalho onde a autora confeccionava artesanatos e que hoje já não pode mais contar. O valor informado pelo r. perito R$ 15.006,09 (quinze mil, seis reais e nove centavos) sequer dá para reparar os danos ocasionados ao imóvel, quanto mais construir outra edícula*". Pretendem, ainda, que seja mantida a suspensão da obra, bem como a majoração do valor arbitrado a título de danos morais (fls. 471/475).

Houve resposta (fls. 483/489 e 490/494).

É o relatório.

Consta da petição inicial que os autores são proprietários do imóvel situado na Avenida Cocá, 92, São Miguel Paulista, São Paulo/SP. Sucede, porém, que obras de demolição e terraplanagem, visando à futura construção de empreendimento imobiliário no terreno vizinho, a cargo das rés, culminaram em prejuízos ao prédio dos autores, que ficou mais exposto a intempéries, gerando trincas, infiltração de umidade, fissuras nas vigas, quebra de telhas e invasão de terra e água da chuva, dentre outros danos, como a queda de uma das paredes da edícula, que acabou por ocasionar a demolição e a necessidade de construção e um novo muro de divisa pela corré TAMADA.

Diante disso, os autores ajuizaram a presente demanda, em que, além de fazer cessar as práticas nocivas a seu imóvel, buscam condenar as rés ao pagamento de indenização pelos danos materiais, no valor de R$ 200.000,00, e dano moral, no valor de R$ 72.400,00, totalizando R$ 272.400,00 (fls. 1/12).

A pretensão indenizatória foi parcialmente acolhida pelo Juízo *a quo*, que, com amparo na prova pericial produzida, condenou solidariamente as rés

Acesso ao Sumário

ao pagamento de R$15.006,09 por danos materiais, além do pagamento de dez mil reais por danos morais, metade dessa quantia para cada autor, determinando o levantamento do embargo da obra, concedido em tutela provisória, por não haver possibilidade de novos prejuízos (fls. 460/462).

O recurso comporta provimento em parte.

Cinge-se a controvérsia recursal à extensão dos danos materiais e ao *quantum* fixado a título de danos morais, não havendo insurgência quanto à responsabilidade dos réus pelos danos causados ao imóvel dos autores.

Como cediço, não há como olvidar a regra geral de que nenhum proprietário pode usar seu imóvel de modo a incomodar ou causar prejuízos aos seus vizinhos, incluindo-se a vedação de obras que venham a causar esses incômodos ou prejuízos **(Aldemiro Rezende Dantas Júnior, O Direito de Vizinhança, Forense, p. 143)**.

O Código Civil dispõe que "*O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*" (art. 1.299). Portanto, como se observa, o direito de construir sofre limitações de ordem privada (direito de vizinhança, regras legais e convencionais do condomínio edilício) e pública (normas de posturas municipais, códigos de obras, necessidade de prévia autorização e etc.).

Como leciona Hely Lopes Meirelles, "*Ao direito de construir opõem-se limites de ordem privada e de ordem pública. Aqueles são dados pelas restrições de vizinhança, expressas em normas civis e convenções particulares; estes são estabelecidos pelas limitações administrativas, consignadas em normas de ordem pública*" **(Direito de Construir - 9ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47)**.

Entre as limitações de vizinhança expressas no Código Civil, destacam-se as seguintes, com relação ao direito de construir:

> *Art. 1.311. Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias.*
>
> *Parágrafo único. O proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias.*
>
> *Art. 1.312. Todo aquele que violar as proibições estabelecidas nesta Seção é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos.*

Acesso ao Sumário

Como se observa, se o proprietário, ao construir, causa dano ao vizinho, sua responsabilidade é **objetiva**, ou seja, independente de verificação de culpa, cabendo apenas apurar a ocorrência do prejuízo e da demonstração do nexo causal com a atuação do proprietário (***op. cit.*, p. 145**).

Outrossim, importante destacar que a indenização decorrente da violação às proibições ao direito de construir deverá ser cabal (*restitutio in integram*), não se limitando aos danos materiais diretamente atingidos, mas alcançando, ainda, os lucros cessantes e os danos morais decorrentes dos transtornos experimentados pelo abuso do direito de construir - art. 1.311, parágrafo único c.c. art. 186 e 187, do Código Civil.

Como leciona o eminente Min. Luiz Edson Fachin:

"*Se ... o direito de construir e de usar um imóvel encontra limites também no direito privado, sempre que o uso ou a construção causarem incômodos insuportáveis à vizinhança ficará caracterizado abuso do direito de propriedade, a despeito de sua regularidade perante as regras edilícias e urbanísticas (Código de Obras, Lei de Uso e Ocupação do Solo etc.). Tudo porque uso e ocupação de imóvel urbano sujeitam-se à dupla tutela acima referida. Tal conduta abusiva (geradora de perturbação) pode, em razão de interesse legítimo, sustentar-se; no entanto, essa circunstância não passará incólume: 'Na hipótese de persistir determinado uso incômodo - porque devidamente licenciado - é razoável indagar se não terá o vizinho prejudicado direito a indenização, seja por prejuízos materiais (desvalorização da sua propriedade adjacente), seja por prejuízos morais (transtornos experimentados). Vale dizer, pois, que além da cessação do uso nocivo ou a demolição da construção incômoda (ou redução do incômodo através da obrigação de adotar medidas para amenizá-lo ou eliminá-lo, como, v.g., o isolamento acústico em caso de perturbação sonora), é possível um outro desfecho para os conflitos de vizinhança: a persistência do uso ou construção incômodos, porém com indenização ao vizinho que sofre danos materiais e morais'*" (**Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas, vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368); coord. Antônio Junqueira de Azevedo. - São Paulo: Saraiva, 2003- p. 14**).

Na hipótese dos autos, o laudo pericial (fls. 254/370) e posterior esclarecimento prestado pelo perito (fls. 443/450), não deixam dúvidas de que apenas uma parte das avarias apresentadas no imóvel dos autores foi causada pela obra executada no interesse das rés, estando caracterizado o nexo de causalidade apenas em relação a alguns dos danos materiais descritos na petição inicial, como bem fundamentado na r. sentença.

Eis a conclusão do perito:

"*(...)A demolição da edícula, localizada nos fundos do imóvel dos Autores, ocorreu entre os dias 03/07/2012 e 23/02/2013, portanto em período diferente do descrito na inicial; 3. A Ré MAREA prejudicou a estanqueidade das paredes da garagem, varanda, sala de estar e da suíte do imóvel dos Autores, através da demolição da residência e do muro de divisa ao lado, sem que fossem tomadas medidas de proteção à*

Acesso ao Sumário

edificação dos Requerentes, ficando caracterizado o nexo de causalidade dessas patologias com as demolições do imóvel contíguo pela Requerida; Em contrapartida, as manchas de umidade existentes na sala de jantar e outros locais do imóvel são provenientes das fissuras existentes no imóvel, que foram causadas por falta de compactação do solo no terreno, falta de impermeabilização e falta de manutenção e conservação no local, portanto, sem relação com as obras da Ré; 5. Outrossim, as demais trincas e fissuras existentes no imóvel dos Autores foram causadas pela falta de compactação do solo no local, ineficiência da fundação, emprego de material de baixa qualidade, ausência de projeto executivo, falta de manutenção e conservação do local e, portanto também não têm relação com as obras da Ré" (fls. 361/362).

Como se percebe, o *expert* apurou que não há como estabelecer nexo de causalidade entre as obras realizadas pelas rés e a necessidade de demolição da edícula, a qual teria sido desfeita em período anterior ao que é descrito na petição inicial, sem relação direta com a intervenção das rés no terreno contíguo.

Ademais, apenas uma parte das anomalias existentes no imóvel dos autores tem relação com a obra vizinha, pois a fragilidade da construção, a ineficiência da fundação, emprego de material de baixa qualidade e a falta de manutenção contribuíram para a presença de fissuras, trincas e umidade nas paredes.

Vê-se que os elementos constantes dos autos permitem concluir que os autores concorreram para a ocorrência dos danos descritos na petição inicial, ante a debilidade da estrutura de seu imóvel, como ficou caracterizado no laudo pericial. Diante disso, nos termos do art. 945 do Código Civil, correto o reconhecimento da concorrência de culpa para o prejuízo suportado, a repercutir, evidentemente, no valor da indenização.

Em hipótese semelhante, este E. Tribunal de Justiça já decidiu que: "*É evidente, portanto, a ocorrência de culpa concorrente, em sua clássica definição. Ora, a requerida não poderia ser proibida de realizar sua obra em razão da fragilidade da edificação dos autores. Não pode, também, se furtar da obrigação de responder pelos danos causados, pois se trata de responsabilidade objetiva. Os danos, bem como o nexo causal, estão estimados e evidenciados no laudo pericial. Assim, não havendo que se falar em necessidade de perquirição ou demonstração de culpa, a hipótese é de se manter a condenação, observada a existência de culpa concorrente dos autores.*" (**Ap. n.º 0047154-46.2012.8.26.0405 - Relator(a): Artur Marques; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/02/2017; Data de registro: 20/02/2017**).

O perito judicial apurou o dano material - restrito às anomalias que apresentaram nexo de causalidade com a intervenção das rés - em R$ 15.006,09 (443/450), valor que se mostra consentâneo com a extensão dos danos indicados

na vistoria técnica realizada no local, que contou com o acompanhamento das partes.

Com efeito, o laudo técnico da lavra do engenheiro civil Walmir Pereira Modotti é bastante criterioso, detalhado e foi elaborado por meio de vistoria direta com visita aos imóveis, bem como indireta, por meio de fotografias e demais documentos juntados de parte a parte, elementos suficientes para a elucidação da extensão dos danos materiais experimentados.

As divergências indicadas na impugnação oferecida pelos autores não têm o condão de afastar a precisão do minucioso trabalho realizado pelo perito de confiança do juízo, de modo que os critérios por este utilizados para aferir a extensão dos danos materiais estão corretos, tanto, assim, que foi ele adotado "*in totum*" pela sentença, que fica mantida quanto a tal ponto.

Por outro lado, no que tange aos danos morais indenizáveis, têm razão os autores quando pretendem a reforma da sentença, para majorá-los.

É que o valor da indenização deve levar em conta as funções ressarcitória e punitiva.

Na função ressarcitória, olha-se para a vítima, para a gravidade objetiva do dano que ela padeceu (**Antônio Jeová dos Santos, Dano Moral Indenizável, Lejus Editora, 1.997, p. 62**). Na função punitiva, ou de desestímulo do dano moral, olha-se para o ofensor, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento.

Da congruência entre as duas funções é que se extrai o valor da reparação. No caso concreto, considerando-se a necessidade de compensação aos autores e a capacidade econômica dos réus, arbitra-se a indenização no valor de **R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a cada uma das vítimas**, quantia que se entende adequada na espécie, ante os inegáveis transtornos sofridos pelos autores, conforme destacado pela r. Sentença:

"*O desenvolvimento das atividades das requeridas causaram danos que ultrapassam o mero dissabor. Os autores experimentaram danos significativos à sua residência, na sala de estar e no dormitório, onde houve infiltrações e manchas de umidade severas*"

A indenização será atualizada a partir desta data, e desse termo fluirão os juros moratórios (**Súmula 362 do STJ**).

Por fim, uma vez constatado pela perícia que, por ora, não há risco de que a obra a ser realizadas pelas rés cause novos danos ao imóvel dos autores, desde que, à evidência, respeitadas as normas técnicas de engenharia e imposições legais e administrativas (fls. 369), a manutenção do embargo é medida desproporcional, devendo ser franqueado ao proprietário o direito de construir no terreno.

Caso se verifique a ocorrência de novos danos, poderão os autores se

Acesso ao Sumário

valer das medidas cabíveis para obstar, novamente, o curso da edificação no terreno vizinho.

O provimento parcial do recurso não altera a sucumbência recíproca fixada na sentença, devendo apenas ser majorados os honorários advocatícios devidos aos autores (art. 85, § 11, do CPC), em atenção ao trabalho adicional na fase recursal, ficando arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação, vedada a compensação e observada a regra do art. 98, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso, para majorar o montante arbitrado a título reparatório de danos morais, fixando-o em R$ 15.000,00 a cada um dos autores, com juros moratórios e correção monetária a contar deste arbitramento.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1008279-60.2014.8.26.0068/50000, da Comarca de Barueri, em que é embargante IRRIGABRÁS IRRIGAÇÃO DO BRASIL LTDA., são embargados RUBENS GALHARDO (FALECIDO), GUILHERME CAMARGO GALHARDO (SUCESSOR(A)), MARIA CRISTINA GALLO CIPOLI (SUCESSOR(A)), DIOGO CAMARGO GALHARDO (SUCESSOR(A)) e ARIOVALDO CARMIGNANI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 08.309)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente) e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 8 de janeiro de 2018.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - Alegação de omissão - Embargante busca majorar honorários sucumbenciais, com base no art. 85, §11,

do CPC atual - Não procede - Honorários recursais não são cabíveis quando a decisão sobre a qual o recurso foi interposto data de antes da vigência do CPC/15 - Aplicação do CPC vigente à época da decisão recorrida - Orientação de tribunal superior - Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado embargado - Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

São embargos de declaração opostos contra o julgado de fls. 276/283, que desacolheu recurso de apelação interposto pelos embargados, mantendo a sentença recorrida.

Embarga de declaração a apelada, aduzindo que o julgado embargado é omisso, pois "*entende a embargante que o V. Acórdão deixou de atender o que estabelece o art. 85, § 11 do CPC/2015, incidindo em omissão quanto à majoração dos honorários advocatícios fixados anteriormente*". Pede a fixação de honorários sucumbenciais no valor mínimo de 10% sobre o valor corrigido da causa.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Sem razão a embargante.

Os embargos de declaração terão cabimento quando houver, na decisão embargada, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do que dispõe o art. 1.022, incisos I a III, do CPC.

O recurso sobre o qual a embargante alega incidir sucumbência recursal foi interposto contra decisão datada de março de 2015 (fl. 205), quando o novo CPC ainda não vigia. Alias, a tal respeito, foi baixado o enunciado administrativo n. 07 do STJ:

> "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais do art. 85, §11, do novo CPC.*"

Por estas razões, inexistindo qualquer omissão, contradição ou obscuridade a serem dirimidas, rejeito os embargos declaratórios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração

nº 2137254-88.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes NILSON CORRÊA DA SILVA, LUIZ CARLOS SANCHES e JOSÉ CARLOS MARCONDES, é embargado SERCON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE APARELHOS MÉDICOS HOSPITALARES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.938)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), ALEXANDRE MARCONDES E AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Execução de sentença arbitral. Alegação de omissão quanto à autorização para levantamento de depósito. Vício inexistente. Nítida referência ao depósito na *escrow account*. Alegação de omissão quanto à base de cálculo para a incidência do art. 523, § 1º do CPC. Vício inexistente. Menção expressa no acórdão. Embargos rejeitados.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra o acórdão de fls. 241/249, que deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto. Sustentam os embargantes, em sua irresignação, a omissão do acórdão quanto à autorização para levantamento do depósito feito pela embargada, aduzindo que não houve especificação de qual dos dois depósitos poderia ser levantado; e também a omissão quanto à base de cálculo para a incidência da multa e da condenação em sucumbência.

É o relatório.

Não há, no acórdão embargado, omissão a suprir.

Afinal, ainda que não se tenha determinado expressamente o valor do depósito cujo levantamento foi autorizado no acórdão, o contexto em que a afirmação foi feita permite a conclusão de que se trata de autorização para o levantamento do valor bastante depositado na *escrow account*, considerado o depósito feito em Juízo, cuja possibilidade de levantamento pelos embargantes é, em si, evidente.

Acesso ao Sumário

Tal o que se reforça inclusive pela referência do acórdão à desnecessidade de que o levantamento da conta garantia se devesse fazer pela agravada, para novo depósito em outra conta, ademais a fls. 245 ainda se referindo o acerto do Juízo em considerar ambos os depósitos realizados.

No tocante à base de cálculo dos acréscimos, o acórdão foi claro ao determinar a incidência sobre o montante discutido, isto é, remanescente sobre a parcela que ainda não havia sido objeto de pagamento quando do decurso do prazo do art. 523, *caput* do CPC, de resto na própria esteira do pedido formulado no agravo (fls. 23).

Ante o exposto, **REJEITAM-SE** os embargos declaratórios opostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1042809-23.2016.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante WBBR FRANCHISING LTDA., são embargados KARLA RENATA DE OLIVEIRA SILVA e KROS COMERCIAL EIRELI ME - COMÉRCIO VAREJISTA DE ARTIGOS DE ÓPTICA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial 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 18.041)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 24 de janeiro de 2018.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Embargante que aduz que declaratórios de prequestionamento opostos pelas ora embargadas, rejeitados, deveriam não ter sido sequer conhecidos. Pretensa contradição inocorrente. Embargos rejeitados, sem imposição de multa processual à embargante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração que se opõem ao acórdão de fls. 35/38, assim ementado:

"Embargos de prequestionamento. Desnecessidade, segundo a

jurisprudência do Pretório Excelso (formada ao tempo do CPC/73, mas ainda hoje de se aplicar, mormente em razão da edição do art. 1.025 do NCPC), de prequestionamento expresso de questões federais, mencionando-se artigo por artigo por sua identificação numeral. Basta, para conhecimento de recurso especial ou extraordinário, o prequestionamento implícito (STF, RT 703/226). Embargos rejeitados." **(fl. 36)**.

Aduz a embargante que há contradição no acórdão embargado, uma vez que os declaratórios opostos pelas agora embargadas "*não são cognoscíveis*", sendo "*hipótese de não conhecimento (...) e não de rejeição*".

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Data venia da embargante, mas não há qualquer contradição. THEOTONIO NEGRÃO ***et alii*** anotam que "*para (...) a caracterização do prequestionamento e (...) a consequente abertura da instância superior, basta (...) o diligente comportamento da parte no prévio debate da matéria, por meio dos embargos de declaração*" (CPC, 47ª ed., pág. 955).

Efetivamente, as ora embargadas, ao insurgirem-se com tal propósito, apontaram a existência de omissões no acórdão que solucionou a apelação, que, conquanto inocorrentes, justificaram o conhecimento daquele recurso.

Posto isso, **rejeito** estes declaratórios.

Em que pese o inusitado dos novos embargos, não vejo malícia em sua oposição, que, se presente, imporia fosse apenado o comportamento processual da embargante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2117781-53.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante SYLVIA HELENA DE CARVALHO FERREIRA, é embargada ROSA MARIA DEGRAZIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do 14º Grupo de Câmaras da Seção 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 8864)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR LACERDA (Presidente sem voto), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, MOURÃO NETO, GILSON DELGADO MIRANDA, CAMPOS PETRONI e

Acesso ao Sumário

DIMAS RUBENS FONSECA.

São Paulo, 19 de janeiro de 2018.

ANA CATARINA STRAUCH, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO RESCISÓRIA – *Alegação de contradição, obscuridade e omissão – Pretensão de obter reforma da decisão proferida – Ausência de contradição – A matéria posta foi debatida na decisão, não havendo contradição ou omissão para ser suprida* – Segundo firme orientação jurisprudencial, os embargos de declaração não se prestam ao reexame da matéria decidida ou ao mero prequestionamento de teses, dispositivos constitucionais e legais, visando à interposição dos recursos excepcionais. Ainda é fato que o órgão julgador não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações e teses aventadas pelas partes ou dispositivos constitucionais e legais invocados, bastando que explicite os elementos utilizados na solução da controvérsia. EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Vistos,

Trata-se de embargos de declaração, opostos por SYLVIA HELENA DE CARVALHO FERREIRA (fls.01/07) em face do v. acórdão de (fls.2210/2217) que, por votação unânime, deram provimento em parte ao recurso.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Contra o v. acórdão em apreço sobreveio, os presentes embargos, postulando a embargante a complementação do julgado para determinar: (i) a subsistência da penhora do imóvel; (ii) a restituição do depósito judicial no valor de R$3.614,56 e (iii) a condenação da ré no pagamento das custas e honorários advocatícios.

Manifestação da Embargada, (fls.2.155/2.163)

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

De proêmio ressalto que inexiste contradição ou obscuridade a ser sanada. A matéria ventilada foi devidamente analisada, no julgamento proferido.

Lado outro ressalto que, a questão suscitada, para restituição do valor de R$3.614,56, nos termos do art. 968 do CPC, poderá ser feita através de simples

Acesso ao Sumário

requerimento, não constituindo omissão do julgado.

Quanto a utilização da taxa SELIC, arguida na manifestação oposta pela embargada, a matéria está preclusa, como bem explicitou o juiz togado. De mais a mais, a matéria em questão, sequer foi objeto da ação rescisória interposta, razão pela qual, não merece maiores considerações e digressões.

Assim, como é sabido, os embargos declaratórios não se prestam à rediscussão da lide. Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ainda de acordo com a antiga legislação, mas cuja lição ainda prevalece, já se manifestou sobre o tema:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REDISCUSÃO DA MATÉRIA. TESE DEFENDIDA. DESNECESIDADE DE CITAÇÃO EXPRESSA A TODA LEGISLAÇÃO INVOCADA. A regra disposta no art. 535 do CPC é absolutamente clara sobre o cabimento de embargos declaratórios, não sendo possível sua utilização para fins de rediscutir a controvérsia. Ao formar sua convicção, e defender a tese encampada, o magistrado não está obrigado a explicitar, uma a uma, as legislações apontadas pelas partes, e muito menos a responder a verdadeiros questionários, principalmente em se tratando de recurso especial, no qual a análise da matéria encontra limitações. Embargos rejeitados."* (EDcl no AgRg no REsp 517.632/PB, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Dj. 19.02.2004).
>
> *"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS. SEMESTRALIDADE. LC Nº 7/70. PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. Os Embargos de Declaração não se constituem no meio adequado a provocar o reexame de matéria já apreciada. 2. Ao decidir, o juiz deve prestigiar seu livre convencimento, não estando obrigado a examinar todas as questões suscitadas pelas partes. 3. Embargos de Declaração rejeitados."* (AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 409.029/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dj. 15.09.2003).

De tal modo, a teor do art. 1.022, II do NPC, os embargos declaratórios, somente devem ser acolhidos em caso de reconhecida obscuridade, omissão ou contradição, não ficando configurada qualquer destas hipóteses *"in casu"*, na decisão proferida.

Desta forma, não havendo no v. acórdão recorrido qualquer omissão, contradição ou obscuridade, não há como acolher o pleito do Embargante.

Por esses fundamentos, **REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2189875-62.2017.8.26.0000, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que são impetrantes MOLNAR CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e ANDRÉ JORGE MOLNAR, é impetrado MM JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DO FORO DISTRITAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30914)**

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - Honorários Periciais - Valor exorbitante - Substituição por outro perito - Prova considerada imprescindível, requerida pelas partes, que impugnaram o valor estimado - Seria contrário ao senso comum admitir que a fixação de honorários considerados onerosos fosse causa impeditiva de substituição por outro técnico - No arbitramento dos honorários periciais deve o juiz preocupar-se em atender minimamente aos interesses de todos os envolvidos (partes e perito) - Inviabilizada a redução da verba estimada pela perita, rejeitadas as impugnações das partes e sendo certo que o perito nomeado não pode ser compelido à realização do ofício, de rigor a concessão do *mandamus* para determinar a substituição do perito, assegurado o direito à produção da prova e ao acesso à Justiça. LIMINAR MANTIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

MOLNAR CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. e ANDRÉ JORGE MOLNAR ingressaram com mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara Cível do Foro Distrital de Ferraz de Vasconcelos, por conta de decisão que entendeu ser incabível a substituição da perita designada em função do valor dos honorários estimados.

Sustentam os impetrantes que o Condomínio Residencial Parque das Violetas II ajuizou ação de construção e/ou indenização contra os requerentes ao argumento de que seriam responsáveis pela queda de um muro. Estimou os danos materiais em R$ 53.803,75. Foi deferida a medida liminar com determinação de realização das obras sob pena de multa diária de R$ 500,00. Esclareceu que à época da construção do Condomínio foram feitas as contenções necessárias, entretanto no final de 2014 ocorreram chuvas além dos padrões normais que culminaram com a queda do muro construído há mais de 12 anos. Foi um fato anormal e extraordinário, com índices pluviométricos elevados o que caracteriza caso fortuito ou força maior. Foi deferida realização de prova pericial, sendo estimados os honorários em R$ 70.000,00. O valor foi impugnado por ambas as partes, por ultrapassar, inclusive, o próprio valor da reconstrução do muro, requerendo-se a substituição da perita. Por ser o valor exorbitante, pode acabar inviabilizando ou restringindo o acesso à Justiça, e caso haja discordância do perito, o Juiz poderá substituí-lo. Evidenciaram que não ocorrendo a substituição serão os impetrantes penalizados com a cobrança da multa diária. Requerem a concessão de medida liminar para suspender a execução da tutela antecipada e a substituição do perito - (01/11).

A liminar foi concedida nos termos do despacho de fls. 117/118.

Informações da d. Magistrada a fls. 121/123.

A d. Procuradoria Geral de Justiça considerou dispensável a intervenção Ministerial fls. 126/127.

É o relatório.

Bem examinada a hipótese dos autos, a ordem deve ser concedida.

De proêmio, consigno que o Agravo de Instrumento interposto pelo Condomínio Residencial Parque das Violetas II (nº 2126854-15.2017.8.26.000) contra a decisão de fls. 288 dos autos principais que manteve os honorários pericias conforme decidido a fls. 243 em R$ 70.000,00 não foi conhecido por não reunir condições de admissibilidade, na dicção do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Não obstante, possível a análise da questão em mandado de segurança, uma vez que o arbitramento dos honorários periciais deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de molde a não prejudicar o

Acesso ao Sumário

direito à prova e ao acesso à Justiça efetiva.

Na hipótese dos autos a prova pericial requerida pelas partes foi considerada imprescindível pelo Juízo, rateado seu valor.

A d. perita terceirizou parte dos trabalhos e ofereceu estimativa total dos honorários em R$ 70.000,00, valor que contou com a impugnação de ambas as partes, aduzindo o Condomínio ser o valor arbitrado demasiadamente elevado, uma vez que se mostra superior à quantia de R$ 53.803,75, valor dos orçamentos para a construção do muro quando da distribuição da ação (fls. 246). Os ora impetrantes por sua vez impugnaram o valor dos honorários por excessivo e deixando evidente a falta de condições financeiras dos réus ante a inatividade do Condomínio (fls. 290/191).

Manifestação da d. perita a fls. 275/276 informando que as horas gastas para revisar um projeto é superior ao de realizar um projeto demandando estudo muito mais completo, razão pela qual mantinha o valor inicialmente estimado para os trabalhos.

As impugnações foram rejeitadas pelo Magistrado (fls. 288 e 292).

A propósito do tema 'Prova Pericial no Novo CPC', vale mencionar pela pertinência trechos do trabalho inserido na internet de autoria de Gilberto Melo:

A Constituição Federal assegura a todos o livre acesso ao Poder Judiciário para a proteção ou reparação de direitos, sendo que ao Estado foi atribuído o dever de desempenhar a atividade jurisdicional.

Provocado, o Estado tem o dever de analisar a questão que lhe foi submetida e resolvê-la através da aplicação das normas jurídicas. Assegurará a sobreposição da vontade da lei à vontade das partes, garantindo o respeito à ordem jurídica e à paz social.

O princípio do devido processo legal exige que desde a provocação do Estado-Juiz até o momento em que a tutela jurisdicional é prestada em definitivo, sejam disponibilizados aos jurisdicionados todos os meios legais para defesa de seus interesses, assegurado o contraditório. Consequentemente, às partes deve ser facultada a produção de todas as provas que se mostrarem necessárias à comprovação de suas alegações, pois só assim se desincumbem dos respectivos ônus.

Nas causas em que a matéria envolvida exigir conhecimentos técnicos ou científicos próprios de determinadas áreas do saber, o magistrado será assistido por perito.

Especificamente no que diz respeito aos honorários periciais evidencia o citado autor que: "*Apresentada a proposta de honorários e oportunizada a manifestação das partes, se o valor proposto mostrar-se excessivo poder-se-á pleitear a redução com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo ao magistrado decidir. De fato, a proposta de*

Acesso ao Sumário

honorários periciais apresentada em valor eventualmente exorbitante pode acabar inviabilizando ou restringindo o direito de acesso à justiça, o que justifica e legitima a redução."

Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. Eduardo Talamini e Bruno Dantas, *in* Novo Código de Processo Civil, TR, 3ª Ed./2016, esclarecem que havendo discordância quanto à fixação dos honorários do perito, incumbe ao juiz estipular um valor razoável, que reflita os usos e costumes locais, o tempo necessário para a realização do serviço, o nível de dificuldade envolvido, bem como a qualidade e o caráter do objeto da perícia (art. 596, CC 2002). Neste caso, deve o juiz preocupar-se em atender minimamente aos interesses de todos os envolvidos - partes e perito - (p. 1312).

No presente caso, estamos diante de um impasse.

A perita manteve o valor de seus honorários, que não foram reduzidos posto que rejeitadas em Juízo as impugnações oferecidas.

Por outro lado, a estimativa dos honorários periciais foi considerada onerosa por ambas as partes, que pleitearam dentre outras medias a destituição ou substituição da perita.

Tem-se que, acima de tudo, a prova foi requerida por ambas as partes e considerada imprescindível pelo Magistrado que, inclusive determinou o rateio de valores.

Por outro lado, forçoso reconhecer que o perito nomeado não pode ser compelido à realização do ofício, hipótese em que caberá ao magistrado a nomeação de outro perito para o encargo.

Neste sentido, decisão do E. Superior Tribunal de Justiça em caso assemelhado:

> ***"PERITO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. HONORÁRIOS CONSIDERADOS ONEROSOS. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO PERITO. PROVA PERICIAL CONSIDERADA IMPRESCINDÍVEL. Não está o magistrado, reputando imprescindível ao julgamento da lide a realização da prova pericial, impedido de substituir o perito diante de honorários considerados onerosos. A regra do art. 424 do CPC (468 do CPC/2015) não limita a atividade jurisdicional neste aspecto. Seria contrária ao senso comum admitir que a fixação de honorários considerados onerosos, fosse causa impeditiva da substituição do perito por outro com honorários compatíveis."*** **- (STJ, 3ª T., REsp nº 100.737/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25.02.1998, p. 69 - Citado pelo artigo de autoria de Gilberto Melo)**.

E, na hipótese dos autos, inegável a onerosidade para ambas as partes da estimativa e arbitramento dos honorários periciais, tanto que contou com a pronta impugnação fundamentada dos interessados.

Acesso ao Sumário

Desta forma, inviabilizada a redução da verba estimada pela perita, rejeitadas as impugnações das partes e sendo certo que o perito nomeado não pode ser compelido à realização do ofício, de rigor a concessão do *mandamus* para determinar a substituição do perito, assegurado o direito à produção da prova e ao acesso à Justiça

Diante do exposto, pelo meu voto, mantida a liminar de fls. 117/118, concedo a segurança para os fins e efeitos acima.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2035384-34.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, são réus ANTÔNIO VASCO PARDAL (POR SUAS HERDEIRAS), LEONOR AFFONSO PARDAL (HERDEIRA) e MARLUCI ELOINA PARDAL (HERDEIRA).

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES, BORELLI THOMAZ, ANTONIO TADEU OTTONI, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, FERRAZ DE ARRUDA e SOUZA NERY.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. Violação a literal disposição de lei. Código de Processo Civil anterior, artigo 485, V. Decisão passada em julgado em 07 de julho de 2014, ação ajuizada em 23 de fevereiro de 2016. Alguma demora na citação, não causada pelo autor, que não constitui causa de decadência. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de 2009, a despeito do trânsito em julgado em 2014, que determinou revisão do reajuste dos vencimentos de servidor público municipal de fevereiro de 1995, mandando aplicar as Leis Municipais 10688/1988 e 10722/1989. Decisão do Órgão Especial desta Corte, em incidente de inconstitucionalidade julgado em 2011, em consonância com a Súmula 681 do Supremo Tribunal Federal, editada em 2003 e convertida em 2015 na Súmula Vinculante nº 42, que

Acesso ao Sumário

declarou inconstitucionais dispositivos daquelas leis municipais por vincularem o reajuste a índices de atualização monetária. Decisão do Órgão Especial com efeitos restritos às partes do correspondente processo. Súmula 681 que é produto de interpretação e não tinha efeito vinculante, permitindo por isso outras interpretações. Súmula Vinculante nº 42 sem efeito retroativo, menos ainda contra a coisa julgada que se formou antes da sua edição. Coisa julgada que se formou sem que fosse invocada ou debatida a questão. Julgamento que deve ser ater aos limites da lide, definidos também pelos fundamentos jurídicos do pedido, de modo que, passada em julgado a decisão, consideram-se deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido (Código de Processo Civil anterior, artigo 474, correspondente ao artigo 508 do atual). Ação rescisória que não se presta a suprir fundamentos e defesas que poderiam, mas deixaram de ser apresentados no processo em que se formou a coisa julgada. Precedentes desta Corte em casos similares. Rescisória improcedente.

VOTO

Trata-se de ação rescisória, ajuizada em 23 de fevereiro de 2016, com fundamento no artigo 485, V, do Código de Processo Civil anterior (violação a literal disposição de lei), de acórdão da 13ª Câmara de Direito Público, integrada a turma julgadora pelos eminentes Desembargadores Borelli Thomaz, Ivan Sartori e Luciana Bresciani, decisão passada em julgado em 07 de julho de 2014.

Diz o Município autor que o acolhimento da demanda do servidor público municipal pela revisão do reajuste de vencimentos de fevereiro de 1995, em consonância com as Leis Municipais 10688/1988 e 10722/1989, constitui violação ao disposto nos artigos 18, 30, I, 37, X e XIII, 61, § 1º, II, "a", da Constituição Federal e à Súmula 681 do Supremo Tribunal Federal, atual Súmula Vinculante nº 42, também contrariando decisão do Órgão Especial desta Corte na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0411307-37.2010.8.26.0000, pela inconstitucionalidade dos dispositivos correlatos que vinculavam os reajustes a índices de correção monetária. Afirma que na execução promovida pelo réu foram acolhidos embargos pela inexigibilidade do título. Pediu antecipação da tutela para suspender a execução; a rescisão do acórdão e a realização de novo

Acesso ao Sumário

julgamento, pela improcedência da demanda.

Negada, mas depois concedida, antecipação da tutela para suspender a execução do acórdão rescindendo (fls. 217 e 261).

Noticiado o falecimento do réu, foi deferida a habilitação de herdeiras, que foram citadas (fls. 223, 238 e 284).

Pedido contestado, com alegações de que o trânsito em julgado ocorreu em 07 de julho de 2014 e a citação das herdeiras em 12 de junho de 2017, após o prazo do biênio legal, sendo que a demora na citação, quando motivada pelo autor, enseja a decadência; ser inaplicável a Súmula Vinculante 42 por ter sido aprovada e publicada na imprensa oficial no ano de 2015, depois do trânsito em julgado; ter sido acolhido recurso de apelação nos embargos à execução, de modo que, não tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a inconstitucionalidade dos dispositivos das leis municipais, mas o Órgão Especial desta Corte, subsistiu o título exequendo em respeito à coisa julgada; que a matéria objeto da rescisória está preclusa, não havendo inconstitucionalidade a ser declarada; ser exigível o título judicial; que a obrigação de fazer não foi cumprida, deixando o Município de pagar o reajuste a que foi condenado, devendo ser revogada a medida de antecipação da tutela para que seja retomada a execução (fls. 286/299).

O Município se manifestou sobre a contestação (fls. 362/375).

É o relatório.

Tratando-se de questão exclusivamente de direito, sem necessidade por isso de dilação probatória, é caso de julgamento antecipado da lide.

Decisão rescindenda transitada em julgado em 07 de julho de 2014, com ajuizamento da ação rescisória em 23 de fevereiro de 2016, dentro do prazo bienal previsto em lei, sendo que a demora na citação não decorreu de desídia do autor, que, assim que tomou ciência da certidão do oficial de justiça dando conta do falecimento do réu, se manifestou no sentido de que estava diligenciando para obter o endereço das herdeiras e viabilizar a citação (fls. 175, 227, 248/249, 270/271 e 275/276). Não ocorreu, portanto, a decadência, conforme o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. ART. 219 E 220 DO CPC. (...) A citação, consoante os artigos 219 e 220 do CPC, caso seja válida, tem o efeito de obstar a fluência do prazo decadencial, retroagindo esse efeito à data de propositura da ação, salvo se houver demora do ato citatório por desídia do próprio demandante, o que não ocorreu. (AR 5.101/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/04/2015, DJe 01/06/2015).

Em que pese o trânsito em julgado somente em 07 de julho de 2014, o julgamento a que se refere o acórdão rescindendo ocorreu em 25 de novembro

de 2009, acolhendo demanda de servidor público municipal aposentado pela revisão do reajuste de vencimentos de fevereiro de 1995 para que fosse efetuado segundo o critério das Leis Municipais 10688/1988 e 10722/1989, a partir das receitas correntes de janeiro de 1995, compensado o eventualmente já recebido, sem a compensação determinada pela Lei 12397/1997, pelo percentual de 82,51%, já com dedução dos 6% previstos no artigo 2º da Lei 11722/1995, com reflexos nas demais rubricas que compõem os vencimentos, respeitada a prescrição quinquenal (fls. 71/86, 94/97, 124/131, 153/154, 170/174).

Decisão do Órgão Especial desta Corte, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0411307-37.2010.8.26.0000, julgada em 03 de fevereiro de 2011, declarou inconstitucionais dispositivos das referidas leis municipais por vincularem o reajuste dos vencimentos a índices de atualização monetária, ofendendo o pacto federativo, a autonomia municipal, a disponibilidade orçamentária local e a reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, decisão passada em julgado em 12 de maio de 2011 (fls. 206/214).

Decisão também baseada na Súmula 681 do Supremo Tribunal Federal (*É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária*), que foi aprovada em sessão plenária de 24-09-2003 e veiculada pelo DJ de 09-10-2003, p.4; 10-10-2003, p. 4; e 13-10-2003, p. 4.

Foi depois convertida na Súmula Vinculante nº 42, aprovada em sessão plenária de 11-03-2015 e veiculada pelo DJe nº 55, de 20-03-2015, p. 2 e DOU de 20-03-2015, p. 2.

Ocorre que a Súmula 681 do Supremo Tribunal Federal é produto de interpretação, que não tinha efeito vinculante, o que permitia interpretações em outro sentido, tendo se formado a coisa julgada em centenas ou milhares de decisões desta Corte sem que fosse invocada, debatida ou objeto de apreciação.

A decisão do Órgão Especial em incidente de inconstitucionalidade não tem efeito para além das partes do processo correspondente e a Súmula Vinculante nº 42 não tem efeito retroativo, menos ainda contra a coisa julgada que se formou antes da sua edição.

Restaria, então, a possibilidade de considerar que tais entendimentos poderiam enquadrar a hipótese do acórdão rescindendo como de manifesta violação a norma jurídica.

Todavia, a lide tinha de ser decidida nos limites em que foi proposta, sendo defeso ao juiz conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte (Código de Processo Civil anterior, artigo 128).

E os limites da lide são estabelecidos também pelos fundamentos jurídicos do pedido, de modo que, passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor

Acesso ao Sumário

assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (idem, artigo 474).

Desse modo, a hipótese de manifesta violação à ordem jurídica que pode dar ensejo à ação rescisória deve pressupor aspecto que tenha sido invocado e discutido nos autos, como parte dos limites da lide, para não fazer letra morta à referida disposição do artigo 474 do Código de Processo Civil anterior, repetida pelo artigo 508 do atual, também em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

A ação rescisória, portanto, não se presta a suprir fundamentos e defesas que poderiam, mas deixaram de ser apresentados no processo em que se formou a coisa julgada.

Nesse mesmo sentido, em casos similares, os precedentes desta Corte:

AÇÃO RESCISÓRIA. Pretensão a: desconstituir acórdão que deu provimento, em parte, a recurso de apelação para julgar procedente o pedido de recálculo de reajustes de vencimentos relativo ao mês de fevereiro de 1995 segundo as Leis Paulistanas 10688/1988 e 10722/1989, afastada a incidência retroativa da Lei Municipal 11.772/1995. Alegação de violação literal de dispositivos constitucionais e legais. Não ocorrência. Pretensão à rediscussão sobre questões nem sequer apreciadas no acórdão, porquanto não ventiladas pelas partes. Impossibilidade do acolhimento do pedido rescisório em razão da mudança da orientação jurisprudencial. Ação improcedente (Ação Rescisória 2191008-76.2016.8.26.0000; Relator Des. Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 3º Grupo de Direito Público; Data do Julgamento: 24/04/2017; Data de Registro: 25/04/2017).

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE V. ACÓRDÃO. RECÁLCULO DOS VENCIMENTOS E PROVENTOS. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FEVEREIRO DE 1995. LEIS MUNICIPAIS Nº 10.688/88 E 10.722/89. Ação proposta com fundamento no inciso V do art. 966 do Novo Código de Processo Civil sustentando violação de norma jurídica pela aplicação de lei declarada inconstitucional pelo Órgão Especial. Tese de que o pagamento das parcelas que seria indevido ante a inconstitucionalidade da decisão. Discussão que possui nítido caráter infringente. Não pode a ação rescisória ser instrumento para a rediscussão de tese, revisão de posicionamentos ou plataforma para expor os descontentamentos da parte sucumbente. Precedente. Processo extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso I, c.c. art. 330, inciso III, ambos do Novo Código de Processo Civil, indeferindo-se a petição inicial. (Ação Rescisória 2130894-74.2016.8.26.0000; Relator Des. Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 2º Grupo de Direito Público; Data do Julgamento: 12/12/2016; Data de Registro: 31/01/2017).

AÇÃO RESCISÓRIA. Art. 966, V do NCPC. Violação manifesta de norma

Acesso ao Sumário

jurídica. Alegação de inconstitucionalidade das leis municipais nº 10.658/88 e 10.722/89, com base em dispositivos constitucionais. Impossibilidade. Posição consolidada no STF quanto a inconstitucionalidade do artigo da lei municipal nº 11722/95, que retroagia seus efeitos. Mantidos os reajustes baseados nas outras leis citadas pelo STF. (...) Inaplicabilidade da Súmula nº 681 e Súmula Vinculante nº 42 do STF, posteriores ao acórdão rescindendo. (...) Ação rescisória fundada em modificação da orientação jurisprudencial referente a normas de reajuste de funcionários públicos. Impossibilidade. Inexistência de previsão legal para rescisória com base em tal fundamento. (...) Invocação da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0411307-37.2010.8.26.0000. Inaplicabilidade ao caso. Arguição julgada dois anos após o acórdão rescindendo e proferida sob a égide do CPC de 1973, sem efeito vinculante aos demais casos. Impossibilidade de aplicação retroativa. (...) Impossibilidade de alegar em sede de ação rescisória inexigibilidade do título, fundada no art. 525, § 12º do NCPC. Inexistência de inconstitucionalidade específica declarada pelo STF em relação às leis municipais questionadas. Ausência dos requisitos legais para admissibilidade da ação rescisória. Petição inicial indeferida. Ação julgada extinta (Ação Rescisória 2198965-31.2016.8.26.0000; Relator Des. Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Público; Data do Julgamento: 13/12/2016; Data de Registro: 14/12/2016).

Julga-se, pois, improcedente a demanda, arcando o Município-autor com todas as despesas do processo, em reembolso, fixados os honorários advocatícios em dez por cento do valor da causa, de R$ 12.487,17.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2223663-04.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são autores ALEXANDRE HENRIQUE AUGUSTO DIAS, ANDRE VINICIUS ALVES FIGUEIREDO, WALTER DE PAULA SILVEIRA, JOSE ANTONIO MARIANO, CARLOS ALFREDO RISSETO, ALEXANDRE ROSSI, ANA CRISTINA LUTERIO DIAS, ANA PAULA CIPOLINI IELO, VERA LUCIA PASCHOAL, CARLOS ALBERTO DALLAPE, HARUMI HINO, CASSIO SPERDUTTI, CHRISTIAN CLAUS KOGLER, DALVA APARECIDA DOS SANTOS PLIGER, EDSON DA SILVA CYPRIANO, FRANCISCO PETRARCA IELO NETO, GISELLE PRISCILA CAPELLO, NEWTON SANTOS DA COSTA, ORLANDO COSCARELLI NETO, MARCELO ALVES SANTANA, MARCELO AUGUSTO RODRIGUES ALVES, MARCIA HELOISA MENDONÇA RUIZ, MARLI APARECIDA DE ALMEIDA RAMIRES, VALMIR ALVES

Acesso ao Sumário

FERREIRA, NIVALDO PEREIRA DE OLIVEIRA, SANDRO DE OLIVEIRA, ROBERTA OLEGARIO CONSTANTINO, SIDNEY BEIDERMAN EFRAIM, SIMONE APARECIDA DOS REIS MONTEIRO, VAGNER TEIXEIRA, MANOEL MORENO BILTGE e DEBORAH MONTE BILTGE, é réu FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram improcedente a ação (CPC, 487, I). V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.167)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente), ANTONIO CARLOS VILLEN, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, TERESA RAMOS MARQUES, JARBAS GOMES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 7 de dezembro de 2017.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação rescisória. Pretensão de rescindir parcialmente V. acórdão proferido em ação ordinária, na qual os autores buscavam a revisão da base de cálculo dos adicionais temporais (quinquênio). Ação rescisória buscando alterar os critérios de fixação da verba honorária advocatícia. Alegação de violação a literal disposição de lei. V. Acórdão que fixou os honorários advocatícios com base em critério de equidade. Lei processual vigente ao tempo da decisão que assim o admitia. Ausência de ilegalidade. Descabimento da pretensão de se reapreciar em ação rescisória critérios de arbitramento da verba. Ação rescisória julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Ação Rescisória movida por ALEXANDRE HENRIQUE AUGUSTO DIAS e outros vinte e nove servidores estaduais inativos, e também pelos advogados MANOEL MORENO BILTGE e DÉBORAH MONTE BILTGE, contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Objetiva rescindir V. Acórdão proferido pela Colenda 10ª Câmara de Direito Público deste Tribunal (Apelação nº 0352970-89.2009.8.26.0000, j. 5.11.2012, Rel. o Des. PAULO GALIZIA fls. 8285), que deu provimento ao recurso de apelação por eles interposta, em ação movida contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO para recálculo de quinquênio (ATS).

O V. Aresto rescindendo acolheu a Apelação interposta, julgando procedente a ação proposta contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, condenando a Fazenda Estadual a recalcular os quinquênios (ATS) percebidos pelos autores, para que indicam sobre a integralidade dos seus proventos, excetuadas verbas de caráter eventual e os acréscimos pecuniários que já são calculados sobre os referidos adicionais. Condenou ainda a ré ao pagamento das parcelas vencidas e não prescritas, e honorários advocatícios que fixou na quantia de um mil reais (R$ 1.000,00), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC/73.

A inicial desta rescisória aponta manifesta violação de normas jurídicas (art. 966, inciso V, do CPC/15), porque os honorários advocatícios foram arbitrados com "*manifesta violação da norma do artigo 20, § 4º, c/c § 3º, alíneas 'a', 'b' e 'c'" (fls. 03). Pede-se a procedência da ação "para desconstituir parte do acórdão rescindendo, proferindo, a seguir, novo julgamento da causa, condenando a Ré pagar honorários de sucumbência entre 10% e 20/% do valor da condenação, como previsto nos artigos 20 §§ 3º e 4º do CPC/73 (ou como previsto nos correspondentes artigos 85 do novo CPC), custas, honorários, despesas e demais consectários*." (fls. 13).

Facultou-se aos autores o depósito da importância de 5% (cinco por cento) do valor da causa (art. 968, II, CPC) (fls. 97). Sobreveio contestação da Fazenda do Estado (fls. 109/113). Este, em síntese, o relatório.

II. Anota-se de início que o presente recurso será apreciado na conformidade do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), em cuja vigência foi proferida e publicada a decisão que se busca rescindir (interpretação do Enunciado Administrativo nº 2 do Superior Tribunal de Justiça: "*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*.").

É hipótese de julgamento antecipado da lide. A questão controversa é exclusivamente de direito, inexistindo necessidade de dilação probatória.

O julgado atacado foi proferido em Ação de rito Ordinário movida por servidores estaduais contra a Fazenda do Estado, objetivando o recálculo do quinquênio (ATS), para que recaíssem sobre a integralidade de seus vencimentos.

A r. sentença proferida (traslado de fls. 80/81) julgara improcedente a ação.

Os autores apelaram e o V. Acórdão rescindendo, da Colenda Décima Câmara de Direito Público (fls. 82/85), relatado pelo Des. PAULO GALIZIZ, em sessão de 5.11.2012, deu provimento ao recurso para "*para condenar a ré a pagar ao autor o benefício do adicional por tempo de serviço sobre seus vencimentos integrais, excluídas apenas as vantagens eventuais, bem como*

Acesso ao Sumário

aquelas que já estejam sendo calculadas sobre os quinquênios." (fls. 84. Condenou, outrossim, a Fazenda do Estado ao pagamento das parcelas vencidas e vincendas, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP, e incidência de juros, a partir da citação, nos termos da Lei 11.960/09, Condenou, ainda, a Fazenda do Estado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

A r. decisão da E. Presidência da C. Seção de Direito Público deste Tribunal inadmitiu o Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda do Estado (fls. 86), e, ante a não interposição de recurso, foi determinada, em 10.3.2015,a baixa dos autos (fls. 91).

Inconformados com o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, os requerentes afirmam ter ocorrido violação a literal disposição de lei. Pedem a rescisão parcial do julgado para que a condenação da Fazenda do Estado ao pagamento de verba honorária de sucumbência em percentual sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, atual artigo 85, do CPC/2015.

Ocorre que não é possível a utilização desta via excepcional para, à maneira de inoficioso recurso, ingressar em nova análise do quanto já restou decidido.

O cabimento da ação rescisória com esteio no inciso V do artigo 485, do Código de Processo Civil de 1973, supõe que o dispositivo legal tenha sido violado em sua literalidade. Não houve ilegalidade alguma no arbitramento dos honorários de advogado no processo rescindendo.

A sentença de improcedência de primeira instância foi reformada pelo Acórdão rescindendo, que acolheu o pedido inaugural, condenando a Fazenda Pública a pagar ao autor "*o benefício do adicional por tempo de serviço sobre seus vencimentos intgegrais*", excluídas vantagens eventuais. Ao final, dispôs: "*A Fazenda Estadual fica condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados, por equidade, em R$ 1.000,00*".

Acesso ao Sumário

Ora, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários, mesmo na hipótese de decisão de cunho condenatório a pagar quantia, não era necessariamente vinculada a percentual sobre o montante da condenação. Assim, como é cediço, o § 4º do artigo 20 do Código revogado dispunha: ***"§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo anterior".***

Não bastasse a literalidade da norma então vigente, a jurisprudência era

de todo pacificada quanto ao tema: ***"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE. 1. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade. (...)"*** (STJ, REsp 1.155.125-MG, Primeira Seção, j. 10.03.2010, Rel. o Min. CASTRO MEIRA).

Não houve, em suma, nenhuma ilegalidade na fixação da verba honorária com invocação de critério de equidade, com fundamento no § 4º do artigo 20, do Código de Processo Civil então em vigor.

E não podem pretender os autores que a via excepcional da ação rescisória se transforme em sede para reapreciação dos critérios pelos quais foi a verba estabelecida em seu favor, questionamento sem nenhuma pertinência no bojo de demanda que se preordena a confrontar a coisa julgada.

A respeito de situações análogas, assim tem decidido este Tribunal:

"AÇÃO RESCISÓRIA – Alegada violação literal de disposição de lei – Inocorrência – Inteligência do art. 485, V, do CPC – O Acórdão que dá à lei interpretação, ainda que minoritária e divergente, não se assujeita a ser rescindida se não ocorreu ofensa literal à disposição da lei – Tarefa hermenêutica – Ação improcedente." (TJSP, 3º Grupo de Direito Público, Ação Rescisória nº 2203976-41.2016.8.26.0000, j. 05.06.2017, Rel. o Des. MAGALHÃES COELHO).

AÇÃO RESCISÓRIA – Pretensão de rescisão de V. Acórdão da C. 8ª Câmara de Direito Público que negou provimento ao reexame necessário e ao apelo da FESP e deu parcial provimento ao recurso dos Autores para elevar a verba honorária – Fundamento da rescisória no artigo 966, inciso V, do CPC – Violar manifestamente norma jurídica – Inocorrência – Ausência de afronta ao estabelecido no artigo 20 do CPC/73, mas apenas contrariedade ao entendimento adotado no caso – Alegações que não se enquadram na hipótese de violação manifesta de norma jurídica. V. Acórdão mantido. Ação julgada improcedente." (TJSP, 4ª Grupo de Direito Público, Ação Rescisória nº 2174143-75.2016.8.26.0000, j. 26.07.2017, Rel. o Des. CARLOS EDUARDO PACHI).

"AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO – Propositura com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973 – Descabimento – Ausência de violação a literal disposição de lei – Ação rescisória que não

Acesso ao Sumário

pode ser utilizada como sucedâneo de recurso – Falta de interesse processual, modalidade adequação – Indeferimento da petição inicial – Extinção do processo, sem julgamento de mérito." (TJSP, 4ª Grupo de Direito Público, Ação Rescisória nº 2178053-13.2016.8.26.0000, j. 22.3.2017, Rel. a Des. CRISTINA COTROFE).

Não se trata, pois, de hipótese de ação rescisória.

No dizer da jurisprudência: ***"'Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.' (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RT 634/93. 'Ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei. Justifica-se o judicium rescindens, em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei.' (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154."*** ("apud" THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO FERREIRA GOUVÊA, "Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", Saraiva, 45ª ed., pág. 607, nota 20 ao art. 485 do CPC). **"1. O pedido rescindendo deduzido em ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC depende necessariamente da existência de violação direta, aberrante, observada "primo oculi", a literal disposição de lei. Precedentes. 2. "Demanda rescisória não é instrumento hábil a rediscutir a lide, pois é de restrito cabimento, nos termos dos arts. 485 e seguintes do CPC" (AgRg no AREsp 450.787/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 26/05/2014). 3. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula nº 343/STF). 4. Agravo regimental não provido."** (STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp nº 526.669-SP, j. 18.09.2014, Rel. o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES).

Julga-se improcedente a ação rescisória, condenados os autores ao pagamento de eventuais custas e despesas de reembolso, e de honorários advocatícios fixados na quantia equivalente a doze por cento (12%) do valor atribuído à causa, atualizado.

III. Por todo o exposto, julga-se improcedente a ação (CPC, 487, I).

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto

Acesso ao Sumário

a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085800-69.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante SELMA REGINA QUEIROZ, são agravados APARECIDO PEREIRA DOS SANTOS, DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO e FAZENDA DO ESTADO 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 16.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente) e MARREY UINT.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. IPVA. Decisão que indeferiu a tutela provisória de urgência. Insurgência. Descabimento. No caso dos autos, em uma análise de cognição sumária, adequada na fase vestibular do processo, não se vislumbram a presença dos requisitos autorizadores, sobretudo no tocante à probabilidade do direito. Suspensão do cadastro no CADIN. Admissibilidade. Subversão da ordem jurídica na aplicação de penalidades antes do julgamento do processo, independentemente de sua natureza.

Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Selma Regina Queiroz contra decisão que, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito, indeferiu a tutela de urgência para suspender a exigibilidade de IPVA e cancelar os protestos de Certidões de Dívida Ativa.

Aduz a agravante, em síntese, que no mês de setembro de 2008 adquiriu de Eduardo Luiz Dias o veículo Fiat/Marea HLX, placa DCW5005, tendo realizado a transferência para seu nome em 11.09.2008. No ano seguinte teve conhecimento de que em 19.09.2008, recaiu sobre o veículo um bloqueio judicial oriundo de um processo trabalhista em face do antigo proprietário. Assim, em 01.04.2011, desfez o negócio com o antigo proprietário, sendo que nesta ocasião o Sr. Eduardo solicitou que a transferência fosse realizada em nome de Aparecido Pereira dos Santos. Assevera que empreendeu esforços junto ao Detran para realizar a transferência do veículo, entretanto, em razão do bloqueio judicial tal providência não foi aceita. Alega que formulou quatro requerimentos de concessão de tutela provisória de urgência, contudo o douto juízo indeferiu a tutela pleiteada se omitindo na apreciação dos pedidos insertos nos requerimentos.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a exigibilidade dos débitos de IPVA a partir de 04 .04 .2011, alternativamente a suspensão a partir de 22.10.2013, data considerada pelo DETRAN como sendo a de venda do veículo, determinando-se o imediato cancelamento dos protestos levados a efeito pela Fazenda Estadual, ou, a partir da data da propositura da ação (23.05.2016).

Processado o recurso com o deferimento parcial da antecipação da tutela recursal, para determinar tão somente a suspensão dos efeitos de eventuais protestos unicamente no tocante à inscrição nominal nos órgãos de proteção ao crédito (*v.g.* CADIN ou SERASA), no que diz respeito à dívida em discussão neste feito (fls. 125/131).

Contraminuta a presentada pela Fazenda do Estado às fls. 141/151. Decorreu *in albis* o prazo para apresentação de resposta do DETRAN e Aparecido Pereira dos Santos (fl. 154).

É o Relatório.

Fundamento e voto.

O recurso comporta parcial provimento.

Inicialmente, cabe ressaltar que, na sede deste recurso, não é possível adentrar ao mérito da ação proposta, sob pena de supressão de instância, cabendo, unicamente, averiguar se estão presentes os requisitos ensejadores da

Acesso ao Sumário

tutela pretendida.

O indeferimento da tutela requerida se deu nos seguintes termos:

"Vistos.

Defiro a gratuidade processual à autora.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito de IPVA, com pedido de antecipação de tutela consistente na suspensão dos efeitos de protesto, proposta contra a Fazenda do Estado de São Paulo.

A autora alienou seu veículo a terceiro, sem, contudo, cumprir o dever legal de comunicar essa venda ao órgão competente, razão pela qual o IPVA continuou a ser lançado em seu nome e a requerida lavrou um protesto relativo a essa dívida.

Não estão presentes os requisitos para a antecipação de tutela.

Com efeito, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que, "para fins tributários e de transferência dos débitos provenientes da propriedade de veículo automotor, a simples tradição do bem não basta. A legislação que regulamenta a questão disciplina a responsabilidade solidária do alienante pela quitação dos débitos relativos às parcelas de seguro obrigatório (DPVAT) e taxa de licenciamento e outros débitos, bem como impostos, quando este não cuida de comunicar ao órgão de trânsito a respeito da transferência. A medida tem a finalidade de proteger o interesse público, inclusive porque a Administração não pode fazer outra coisa se não o lançamento dos tributos (como o IPVA) e demais débitos (como a taxa de licenciamento e o seguro obrigatório DPVAT e multas) no nome daquele que figura em seus cadastros como o proprietário, já que nem o vendedor nem o comprador comunicaram a transferência ao órgão de trânsito, para atualização do cadastro. No caso de transferência de propriedade de veículo, o adquirente tem o dever legal de providenciar a alteração do registro e as medidas para expedição de novo certificado, dentro de 30 dias (art. 123, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro). Ou seja, em regra, aquele que adquire o veículo é quem deve efetuar a sua transferência. Entretanto, conforme estabelece o art. 134 do Código de Trânsito Brasileiro, tanto o vendedor como o comprador são solidariamente responsáveis pela notificação da transferência de propriedade aos órgãos competentes. (...)

A mera transmissão do veículo sem a efetiva prova da comunicação da alienação à autoridade executiva de trânsito não atende à exigência legal dessa obrigação acessória. Desta forma, como o autor não comunicou a alienação, é solidariamente responsável pelo pagamento dos débitos relacionados ao veículo. Conclui-se, pois, que a ausência de comunicação ao DETRAN quanto à alienação do veículo acarreta o lançamento dos débitos em nome daquele que se apresenta como atual proprietário do bem" (TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, Apelação n.º 1503539-02.2014.8.26.0068, Rel. JOSÉ LUIZ GERMANO, v.u., j; 3.5.2016).

Assim, tendo em vista que não há prova nos autos da comunicação da

Acesso ao Sumário

venda do veículo ao órgão competente, não estão presentes os requisitos para a antecipação de tutela".

"Vistos.

Mantenho a decisão de fls. 21/22, pois não foi demonstrada a comunicação da venda do veículo antes do fato gerador do IPVA de 2012. Ademais, não consta o protocolo do documento de fls. 43".

E ainda,

"Vistos.

(...) Quanto aos embargos de declaração opostos recebo como pedido de reconsideração cuja apreciação segue abaixo.

Inicialmente, deve ser retificado de ofício o polo passivo da demanda para incluir o Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo DETRAN, bem como o Sr. Aparecido Pereira dos Santos, em virtude dos pedidos da parte autora. Anote-se.

No tocante ao pedido da requerente para que seja determinado que o DETRAN efetue a alteração de seu cadastro provisoriamente, não há como ser acolhido visto que se trata de medida administrativa. Todavia, como a autora esclareceu que não consegue comunicar a venda junto ao competente órgão, concedo parcialmente a tutela antecipada para que o DETRAN receba a comunicação da venda do veículo objeto desta demanda, realizando os apontamentos necessários, independentemente de bloqueio judicial (fls.33).

(...) Cumpre ressaltar, apenas a título de esclarecimento, que a possibilidade do protesto de certidões da dívida ativa já vem sendo admitida, sob o argumento de que, não obstante os resultados práticos de um protesto e de uma inscrição em órgãos como o SERASA e o SCPC serem mais facilmente percebidos, não há dúvida que a propositura de uma execução, sob o ponto de vista jurídico, é fato muito mais grave na vida de qualquer cidadão.

Não se pode olvidar, ser de conhecimento público que o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de cartilhas distribuídas a autoridades do Poder Executivo, tem apontado a conveniência do protesto de CDAs como forma de evitar a propositura de execuções fiscais. Assim, eventual reconhecimento judicial da inconstitucionalidade ou ilegalidade desse procedimento seria contraditório.

No mais, reitero os termos das decisões de fls. 21/22 e 49".

A antecipação de tutela, como o nome indica, importa no provimento do pedido – ou parte dele – de forma excepcional, que só ocorreria de ordinário depois de exaurida a apreciação de toda controvérsia, com a prolação de sentença de mérito.

Para que seja deferido o pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, o novo Código de Processo Civil impõe o preenchimento dos

Acesso ao Sumário

seguintes requisitos: a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e a reversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, *caput* e § 3º).

No que se refere ao protesto de Certidão de Dívida Ativa, consoante reiteradamente vem decidindo este Relator, a Lei nº 9.492/97 não enumera taxativamente os títulos que podem ser objeto de protesto. Dispõe o art. 1º, que "protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigações originadas em títulos e outros documentos de dívida".

E seu **parágrafo único**, introduzido pela Lei 12.767/2012, dispõe: "***Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas***. (negritei)

Essa norma ampliou o poder dos cartórios que, anteriormente, somente podiam protestar títulos de natureza cambial, permitindo-se agora protestar títulos e outros documentos de dívida, inserindo, inclusive, aqueles originados unilateralmente pela Fazenda Pública.

O protesto da Certidão da Dívida Ativa também encontra fundamento na Lei Complementar nº 101/2000, bem como no parecer da Corregedoria Geral da Justiça, emitido do Processo nº 1.522/99.

É sabido que o protesto da certidão da dívida ativa não constitui requisito essencial e obrigatório para o ajuizamento da execução fiscal.

No entanto, o fato de se entender desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública, não quer dizer que o mesmo seja ilegal.

No caso concreto, e em que pese às alegações da agravante, não se vislumbra, por ora, a ocorrência de dano irreparável, sendo perfeitamente possível se aguardar a oitiva da parte contrária.

Por outro lado, com razão a agravante quanto ao perigo da inclusão do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, pois subverte a ordem jurídica a aplicação de penalidades antes do julgamento do processo, qualquer que seja a sua natureza.

Portanto, ficam suspensas eventuais inscrições nominais da agravante nos órgãos de proteção ao crédito relativamente à dívida em discussão no feito principal, até que sobrevenha o julgamento de mérito.

Quando do deferimento parcial do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, consideraram-se esses mesmos fundamentos, não sobrevindo aos autos nenhum elemento que pudesse ensejar resolução divergente.

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2109667-91.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado INSTITUTO SOCIAL SANTA LÚCIA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.536)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 7 de dezembro de 2017.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c anulatória de débito fiscal – Tutela de urgência – ISS – Convênios com o Poder Público Municipal – Entidade de assistência social – Pedido declaratório: imunidade tributária – Art. 150, VI, c, da CF – Norma constitucional de eficácia contida – Necessidade de atendimento aos requisitos dos incisos do art. 14 do CTN – Alegação de fraude na prestação de contas das atividades conveniadas – Tredestinação do repasse de verbas para pagamento dissimulado de dividendos aos membros da mesa diretora da associação – Questão que se confunde com o mérito de fundo da causa, sendo inviável sua análise no atual estágio processual – Pedido anulatório: natureza das atividades tributadas que não se subsome ao conceito de prestação de serviços – Plausibilidade do direito – Acordo de parceria – Fomento à política municipal de assistência social – Lei Federal nº 13.019/14 e Lei Municipal nº 13.153/01 – Atos de cooperação, colaboração, conjugação de interesses etc. – Inexistência da contraposição de interesses típica da prestação de serviços – Repasses que devem ser integralmente aplicados na consecução do objeto

Acesso ao Sumário

conveniado – Verbas que não perdem o caráter de verba pública, não podendo ser consideradas remuneração pela atividade – Inexistência do momento econômico que intermedeia a prestação de serviços – Entidade que atua como *longa manus* do Estado – Mecanismo de descentralização das funções do Estado – Precedente – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Instituto Social Santa Lúcia ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c anulatória de débito fiscal contra a Municipalidade de São Paulo.

A autora é entidade de assistência social, sem fins lucrativos, dedicada a "*promover o acesso aos direitos fundamentais de crianças, adolescentes, jovens adultos, famílias e idosos que se encontrem em situação de risco pessoal e vulnerabilidade social*" (fl. 02 dos autos digitais nº 1014791-02.2017.8.26.0053).

Nessa condição, entende ser beneficiária da imunidade tributária estabelecida no art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal.

Através do processo administrativo nº 2006-0.163.803-0, a Municipalidade reconheceu o direito ao benefício pleiteado, relativamente aos exercícios de 2007 a 2013.

Em 2015, contudo, através do processo administrativo nº 2013-0.114.583-8, a imunidade foi revogada, com efeitos retroativos ao período de 2008 a 2012.

Desta feita, a Municipalidade realizou uma série de lançamentos retroativos de ISS, no valor total de R$ 5.125.610,47 (cinco milhões, cento e vinte e cinco mil, seiscentos e dez reais e quarenta e sete centavos), tomando por base as verbas destinadas à autora por meio dos convênios firmados com a Prefeitura para a realização de objetivos atrelados à política municipal de assistência à população carente da cidade (cópias dos instrumentos dos convênios apresentadas às fls. 1117/1469).

A autora requer a anulação de todos os lançamentos, tanto aqueles já realizados quanto os que venham a se efetivar no decorrer do processo, alegando, para tal: **(i)** ser prestadora de serviços de assistência social, notadamente por meio de convênios firmados com a Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMDAS); **(ii)** ser reconhecida, nos âmbitos federal e municipal, como entidade social e entidade de utilidade pública; **(iii)** fazer jus, nessa condição, à imunidade tributária estabelecida no art. 150, VI, c, da Constituição Federal; **(iv)** ser vedada a retroação de efeitos do ato administrativo que revogou o benefício, em virtude dos princípios da irretroatividade, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica; e **(v)** não incidir o ISS sobre as receitas

Acesso ao Sumário

advindas da execução dos convênios firmados com a própria Prefeitura, por inexistir, na hipótese, relação de prestação de serviços, mas de colaboração.

O juízo *a quo* deferiu a tutela de urgência requerida (fls. 1473), suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários constituídos, sob o fundamento de inexistir proporcionalidade entre as "*ínfimas*" irregularidades apuradas no processo administrativo e a vultosa quantia cobrada, que, se imediatamente executada, poderia inviabilizar a continuidade das atividades da autora.

Inconformada com a decisão, a Municipalidade interpôs o presente recurso de agravo de instrumento, requerendo a reforma da decisão, para que seja revogada a concessão da tutela de urgência.

Conforme sustenta a Municipalidade, a agravada limitou-se a tecer considerações genéricas sobre o instituto da imunidade tributária, não demonstrando a plausibilidade do direito invocado, mediante a apresentação de documentos que demonstrassem a obediência aos requisitos dos incisos do art. 14 do CTN, que delimitam o escopo concreto de abrangência do benefício previsto pelo art. 150, VI, c, da Constituição Federal.

Especificamente, a agravada não teria refutado as conclusões extraídas do processo administrativo nº 2013-0.114.583-8. Neste, foram analisados os bens adquiridos e os serviços contratados pela autora no período de 2008 a 2012, verificando-se a ocorrência de várias incongruências contábeis.

A auditoria das contas da entidade teria constatado a escrituração da aquisição de vários automóveis, num total de dez, no período de 2008 a 2012. Paralelamente a tais aquisições, foram escriturados gastos bastante elevados – todos superiores a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em cada um dos exercícios considerados – com a contratação de serviços externos de transporte. No entender da Municipalidade, a agravada, proprietária de vários automóveis, não teria a necessidade de contratar tais serviços, e a não apresentação dos respetivos instrumentos contratuais, quando expressamente solicitado pela Prefeitura, apenas corroboraria a conclusão de que as verbas destinadas à entidade para a consecução dos objetivos dos convênios firmados com a administração pública municipal estariam sendo tredestinadas para o pagamento dissimulado de dividendos à mesa de diretores da associação, o que, além de configurar ato ilícito nos termos das legislações civil e penal, contrasta frontalmente com o que determina o art. 14, I, do CTN, inviabilizando-se, portanto, o reconhecimento da imunidade pleiteada.

O recurso foi processado sem a concessão de efeito suspensivo (fls. 11/14).

A agravada ofertou contraminuta às fls. 17/26, reiterando seus argumentos iniciais.

É o relatório.

De rigor o desprovimento do recurso.

O art. 150, VI, c, da Constituição Federal veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços prestados pelas instituições de assistência social, dentre outras, atendidos os requisitos da lei.

Trata-se de norma constitucional de eficácia contida, cujo escopo concreto de abrangência está sujeito à observância dos requisitos próprios estipulados em lei.

Os incisos do art. 14 do CTN estabelece quais são esses requisitos. Dentre eles, está aquele (inciso I) que condiciona o reconhecimento da imunidade à circunstância de que as entidades pleiteantes do benefício não distribuam parcelas de seu patrimônio ou de suas rendas a terceiros, a qualquer título, como seria o caso, por exemplo, do pagamento de dividendos aos membros da mesa diretora da associação.

A questão relativa ao atendimento de tal requisito pela agravada constitui o mérito de fundo da causa, cuja análise depende de dilação probatória, mormente através de perícia, que ateste a veracidade (ou não) das alegações da Municipalidade relativamente às fraudes e demais ilegalidades ocorridas nas prestações de contas da associação, o que, evidentemente, é juízo que não pode ser feito em sede de agravo de instrumento, manejado contra decisão interlocutória que meramente deferiu a tutela de urgência, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários constituídos a partir dos lançamentos retroativos de ISS.

Desta feita, deixo de tecer maiores considerações a respeito da matéria, consignando, apenas, que não são nem um pouco "*ínfimas*", nos termos da decisão recorrida (fl. 1473), as irregularidades apontadas pela Municipalidade. A tredestinação de verbas públicas para o pagamento dissimulado de vantagens pessoais aos membros da mesa diretora de entidade conveniada com o Poder Público é conduta grave, independentemente do valor em princípio considerado (o qual, todavia, não é reduzido, conforme alegações da Municipalidade), ensejando a responsabilização cível e criminal dos agentes envolvidos.

Não há, portanto, qualquer ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como equivocadamente sustentou o magistrado *a quo*. Embora a questão toda dependa de prova, não é possível, a priori, afastar a legitimidade da cobrança levada a cabo pela Municipalidade, pelo menos não com base na fundamentação desenvolvida na decisão recorrida.

Contudo, conquanto não seja possível, desde já, vislumbrar a plausibilidade do direito invocado relativamente ao pedido declaratório (reconhecimento da imunidade), é possível vislumbrá-lo em relação ao pleito anulatório (ilegitimidade dos lançamentos), motivo por que a tutela de urgência deveria mesmo ter sido deferida, embora por outro fundamento, sobre o qual me

Acesso ao Sumário

debruço a seguir.

Embora não seja possível afirmar, em princípio, se a agravada faz jus ou não à imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *c*, da Constituição, é possível vislumbrar a probabilidade do direito quando a associação alega, em sua peça inicial, que as atividades tributadas pela Municipalidade não se caracterizam propriamente como prestação de serviços, mas como atos de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, não havendo contraposição real de interesses entre as partes, bem como o pagamento de uma contraprestação pelas atividades desenvolvidas. Trata-se, na realidade, de conjugação de esforços mútuos para a consecução de objetivos comuns, sem a intermediação do momento econômico que caracteriza a prestação de serviços.

No caso, os lançamentos de ISS foram feitos com base nos valores repassados à agravada através dos convênios firmados com a Prefeitura para a realização de objetivos atrelados à política municipal de assistência à população carente da cidade. Os respectivos instrumentos contratuais foram apresentados às fls. 1117/1469. Para facilitar a exposição, remeto-me unicamente aos dispositivos do instrumento de fls. 1117/1125. Os demais apresentam disposições rigorosamente idênticas, com pequenas mudanças relativamente à atividade empreendida e ao valor dos repasses, o que não altera em nada o rigor da análise.

Prevê a cláusula primeira do acordo ("Do Objetivo"):

> Constitui objetivo da celebração do presente convênio a **conjugação de esforços e recursos**, para assegurar direitos sócio-assistenciais para a população que deles necessitar, tendo em vista o contínuo desenvolvimento e aprimoramento das atenções oferecidas nos serviços que compõem, em rede, o Sistema Único de Assistência Social de âmbito nacional SUAS e a política de assistência social da cidade de São Paulo, no âmbito da rede de segurança social, mantendo um sistema de vigilância, monitoramento e avaliação, que assegure padrão de qualidade no atendimento e garantia do caráter público na ação, bem como informação aos usuários de seus direitos, **permitindo a troca de experiências para uma gestão descentralizada e participativa** com o compromisso de buscar alternativas para a reversão do processo de reprodução da desigualdade social na cidade de São Paulo. (grifei).

Prevê a cláusula segunda ("Do Objeto"):

> O presente convênio destina-se à prestação do(s) serviço(s) denominado(s) de REPÚBLICA (República para jovens de 18 a 21 anos), de acordo com os padrões das ofertas que o compõem [...] e em conformidade com a proposta de trabalho escolhida [...]

Embora a atecnia no emprego do termo "serviço" para designar o objeto do convênio, vê-se que não é propriamente de uma prestação de serviços que se trata, mas de um acordo de parceria, firmado entre o Poder Público e uma entidade privada, para a realização de um objetivo comum a ambos: a assistência

Acesso ao Sumário

social é incumbência tanto do Poder Público, por dever constitucional, quanto da agravada, por imposição estatutária.

Regulamentando as parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil, foi editada a Lei nº 13.019/14, nos seguintes termos:

> Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em **regime de mútua cooperação**, para a consecução de **finalidades de interesse público e recíproco**, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. (grifei).

No âmbito do Município de São Paulo, já havia sido anteriormente editada a Lei Municipal nº 13.153/01, em termos bastante similares:

> Art. 1º - As atenções da assistência social no âmbito do Município de São Paulo compreendem a **interrelação de recursos e esforços entre o poder público e a sociedade civil** através de uma relação solidária capaz de garantir o atendimento às necessidades básicas da população e afiançar o disposto na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei Federal 8742/93).
>
> § 1º - A relação solidária expressa entre associações civis sem fins lucrativos e o poder público deve ser orientada por uma política pública de assistência social que garanta a qualificação das condições de vida e de cidadania da cidade de São Paulo.
>
> § 2º - O caráter solidário cooperativo da relação de que trata o § 1º deste artigo compreende a ausência de fins lucrativos na relação, a vinculação a uma política pública de assistência social, a operação através de política pública de convênios para mútua disponibilização de recursos financeiros e materiais na prestação de serviços de assistência social conforme disciplina a presente lei. (grifei).

Dos excertos legais transcritos, colimados com os dispositivos do convênio apresentado, percebe-se uma primeira distinção entre os conceitos de prestação de serviços e acordo de parceria (ou colaboração, cooperação, conjugação de esforços etc.): a prestação de serviços pressupõe a contraposição de interesses entre as partes contratantes. De um lado está o prestador do serviço com os seus interesses particulares; do outro, o tomador, com seus interesses igualmente particulares. O acordo de vontades, aqui, é apenas a forma através da qual os interesses distintos e mutuamente excludentes das partes se realizam: o prestador do serviço tem interesse meramente econômico, efetiva a prestação como forma de realizá-lo, mas não tem, diretamente, nenhum interesse concernente ao efeito útil de sua prestação, basta-lhe que esta seja vendida; o tomador, por sua vez, está interessado na utilidade que o serviço lhe proporciona e que, por qualquer circunstância, não detém os meios próprios para a sua autorrealização.

Acesso ao Sumário

O pagamento do preço da prestação serve-lhe apenas como meio de acesso à fruição da utilidade prestada. O valor pago, aqui, tem para o tomador tanta relevância quanto, inversamente, o efeito útil da prestação para o prestador.

Diferente é o que se dá com o acordo de parceria. Neste, inexiste contraposição de interesses, mas um único objetivo partilhado igualmente pelas partes, de modo que o acordo de vontades, na parceria, não as coloca em relação de oposição, mas de complementaridade, ambas colaborando, com meios próprios, na medida de suas capacidades, para a produção de um mesmo resultado, cujo efeito útil transcende sua esfera privada de interesses. De tal forma que sequer se pode dizer que a atividade, na parceria, seja desenvolvida como prestação de uma parte a outra, a quem incumbe, por sua vez, o pagamento de uma contraprestação. A atividade não é absolutamente prestada a uma das partes, tampouco há uma contraprestação correlata.

No exemplo do convênio, o objetivo é a execução da política de assistência social do Município de São Paulo, a que a Municipalidade é obrigada por comando constitucional e a agravada por disposição estatutária. O objeto do convênio não é prestado no interesse imediato de nenhuma das partes, mas à população carente da cidade, a quem, por sua vez, corresponde o direito subjetivo de exigir a execução da atividade. A Municipalidade não paga à agravada qualquer montante pela execução do objeto do convênio, da mesma forma como a atividade não é exercida em benefício direto da Municipalidade. Os valores repassados à agravada não possuem natureza de contraprestação e, nesse sentido, tampouco perdem o seu caráter de verbas públicas pelo único fato de terem sido postas à disponibilidade da agravada.

Assim está estipulado no Decreto Municipal nº 57.575/16, que atualmente regulamenta a referida lei Municipal nº 13.153/01:

> Art. 57. **Os recursos da parceria geridos pelas organizações da sociedade civil não caracterizam receita própria, mantendo a natureza de verbas públicas.**
>
> Parágrafo único. Não é cabível a exigência de emissão de nota fiscal de prestação de serviços tendo a Municipalidade como tomadora nas parcerias celebradas com organizações da sociedade civil. (grifei).

Como se vê, as atecnias no emprego de termos como "prestação de serviços" e "tomadora" persistem, contudo, equívocos na terminologia não tem o condão de alterar a natureza própria das coisas. As verbas repassadas não constituem remuneração da agravada, mas são a ela entregues com o fito exclusivo de servirem à implementação e execução do objeto do convênio, tanto que, se não utilizadas integralmente em um determinado mês de referência, o excedente converte-se em saldo credor para o mês seguinte, abatendo-se proporcionalmente o próximo repasse. Da mesma forma, caso os custos de

Acesso ao Sumário

execução superem o valor do repasse num determinado mês, a conveniada pode ser reembolsada dos gastos tidos a mais no mês seguinte, desde que haja saldo credor remanescente não utilizado, descontando-se dele a diferença a mais. Em qualquer hipótese, expirado o prazo de vigência do convênio, todos os valores não empregados na consecução do objeto do acordo devem ser restituídos ao Erário.

Assim dispõem as cláusulas do convênio:

III – Das Obrigações de SMADS [Secretaria Municipal Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social]

[...]

4. Disponibilizar mensalmente os recursos financeiros para a realização do preasse mensal à CONVENIADA;

5. Examinar e aprovar a prestação de contas dos recursos financeiros repassados à CONVENIADA, fiscalizando o adequado uso da verba e o cumprimento das cláusulas do convênio;

[...]

IV – Das Obrigações da Conveniada

[...]

5. Aplicar integralmente os recursos financeiros repassados pela SMDAS na prestação das ações objeto deste convênio, conforme estabelecido na cláusula segunda;

[...]

7. Manter a contabilidade, os procedimentos contábeis dos recursos recebidos de SMADS e os registros estatísticos de atendimento de forma que permitam a comprovação da regularidade da aplicação dos recursos públicos;

[...]

VI – Da Prestação de Contas

Cláusula Décima – O período concernente à utilização de recursos financeiros para apagamento das ações conveniadas será dividido em trimestres consecutivos, dentro dos quais se o valor do repasse mensal do convênio não for gasto integralmente no mês correspondente, o saldo remanescente poderá ser utilizado no mês seguinte ou no subsequente pela CONVENIADA, não podendo a compensação exceder o trimestre.

[...]

5. O eventual saldo credor ao final do trimestre será descontado na transferência mensal no primeiro mês do trimestre subsequente;

Parágrafo Primeiro – Na hipótese dos gastos excederem ao valor do repasse mensal do convênio, a CONVENIADA poderá receber a diferença no mês seguinte, desde que haja saldo não utilizado remanescente no trimestre, vedada a compensação de quantias gastas a maior e a menor findo cada trimestre.

Acesso ao Sumário

[...]

Parágrafo Terceiro – Em qualquer hipótese, findo o presente convênio, os saldos de recursos remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas nas aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à SMADS, no prazo improrrogável de 30 dias, sob pena de imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, nos termos do parágrafo 6º, do art. 116, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Disso se infere a segunda diferença fundamental entre a prestação de serviços e o acordo de parceria, que é a ausência, na parceria, do momento econômico que intermedeia a realização da prestação de serviços. O valor do repasse mensal, no exemplo, R$ 19.328,12 (dezenove mil, trezentos e vinte e oito reais e doze centavos), conforme cláusula nona ("Do Custeio") do acordo de parceira, foi estimado de modo a garantir o custeio integral do objeto conveniado durante um mês. A especificação das cifras individualizadas que compõem tal montante encontra-se detalhada no Anexo I do instrumento contratual (fl. 1125), e integra, dentre outras, as seguintes entradas: salários, alimentação, recursos materiais para o trabalho sócio-educativo e pedagógico, aluguel etc.

Ou seja, inexiste relação econômica derivada do convênio. A agravada não percebe qualquer remuneração pela sua execução (ou pelo menos não deveria perceber, haja vista a suspeita de fraude na contabilidade da entidade). Os repasses integram o custeio do objeto conveniado e possuem natureza de verba pública. Diferentemente é o que acontece na prestação de serviços, em que a prestação é custeada com recursos próprios do prestador, que, por conseguinte, cobra do tomador o equivalente aos seus preços de produção, acrescidos do lucro do empreendimento. Desta feita, como bem aponta a agravada em sua peça inicial, "*fica claro que a função da autora é de agir como* ***longa manus****, um* ***braço operacional da Administração Pública****, que a ele repassa valores necessários a esta implementação, e que devem ser destinados única e exclusivamente para a execução das atividades previstas no Convênio*." (fl. 22, grifei).

Tais acordos são firmados como meios de descentralização das funções do Estado, de aproveitamento dos recursos físicos e humanos de entidades privadas, estatutariamente comprometidas com o fomento de políticas de índole essencialmente pública, como forma de otimização da tutela estatal aos direitos fundamentais subjetivos da população. Não há intuito lucrativo na empreitada, mas, mais determinante que isso, não há repercussão econômica da atividade que atraia a incidência de tributos, de qualquer espécie.

Com base nessa ponderação, verificam-se com facilidade os equívocos em que incorre a Municipalidade, nos seguintes casos:

"*Assim, o conceito de serviços de qualquer natureza alcança toda e qualquer atividade humana,* ***com objetivo econômico****, ensejadora da circulação*

de bens imateriais, abrangendo, ainda, toda operação que não constitua venda de um bem material" (fl. 1490, grifei), mas desde que, evidentemente, possua um objetivo econômico. Atos de cooperação, na forma como definidos no convênio e na legislação, não apresentam conteúdo econômico.

"*Colocado no grupo econômico dos impostos 'sobre a produção e circulação', sem dúvida, o ISS apresenta-se como um imposto sobre a circulação econômica, pois o fato gerador da respectiva obrigação é a 'prestação do serviço' (prestação a terceiros), sua base de cálculo é o 'preço do serviço' (que se obtém somente na etapa de circulação, e não na de produção) e o contribuinte é o 'prestador do serviço'.*" (fl. 1491, grifei), ou seja, é imposto que incide sobre a circulação econômica, o que não é o caso, pois não há qualquer bem imaterial (efeito útil do serviço) posto em circulação, o que pressuporia a intermediação do dinheiro e, portanto, o caráter econômico da atividade.

"*O fato de a atividade ser desempenhada mediante convênio nada modifica tal caráter [de prestação de serviços], pois fica claro que* ***a autora recebe por tal atividade****, nos termos do instrumento formal ao qual ela aderiu*." (fl. 1492, grifei). Aqui, ocorre o emprego não criterioso do termo "recebe" como significativo de "aufere renda", o que é de todo equivocado, bastando, nesse tocante, fazer remissão às cláusulas contratuais transcritas mais acima. De todo modo, em sentido vulgar, até se pode dizer que a agravada recebe **para** a atividade, mas nunca **pela** atividade.

Por fim, transcrevo trecho de julgado recente deste TJSP, no sentido ora exposado:

> Apelação Cível – Ação Anulatória de Ato Administrativo c.c. pedido alternativo de Anulação de Débito Fiscal – ISS – Recurso oficial e voluntário da Municipalidade – Ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual – Preliminares afastadas – Ilegalidade dos autos de infração lavrados em face da autora – **Contratos de parceria não sujeitos à incidência de ISS** – Recurso da autora, que se insurge em relação aos honorários advocatícios fixados – Cabimento da elevação do valor fixado – Sentença parcialmente reformada – Recursos oficial e voluntário da Municipalidade não provido – Recurso voluntário Via Pública provido.
>
> [...]
>
> Consoante esclarecido a fls. 735 e seguintes, a autora é entidade qualificada como "OSCIP Organização da Sociedade Civil de Interesse Público", e possui certificado junto ao Ministério da Justiça, constando dos autos que **a natureza dos contratos celebrados entre ela e a Municipalidade é "termo de parceria, que tem por objeto a formação de vínculo de cooperação entre os partícipes**, para fomento, desenvolvimento e implantação de um novo modelo de gestão dos serviços de saúde promovidos pela Secretaria Municipal de Saúde, a fim de proporcionar um melhor atendimento aos usuários, conforme

Acesso ao Sumário

programa de trabalho." (fls. 736)

Ficou esclarecido, ainda, que **não há contraprestação, mas, apenas, repasse de valores recebidos pelo Poder Público à autora na qualidade de parceria, não existindo preço fixado em contrato, e sim indicação de despesas e planilha de custos por ela elaborada e devidamente aprovada pela Municipalidade, a qual indica os valores que deverão ser repassados para gestão e execução dos projetos específicos dos termos de parceria**, o que é corroborado pela prestação de contas.

Apenas para esclarecer, quando a autora atua como prestadora de serviço, aufere receitas e as tributa regularmente, inclusive se sujeitando a eventual retenção quando devida, emitindo a nota fiscal, que não é o caso dos autos.

Como bem salientado pela D. Magistrada *a quo*, **não há o efetivo pagamento por um serviço prestado. Ocorre, em verdade, o repasse dos valores destinados aos termos de parceria e à execução dos convênios.**

Esclareceu o D. Juíza de Primeira Instância, que "*no que se refere aos autos de infração objeto desta demanda, note-se que a perícia destacou que a fiscalização que ensejou a cobrança ora impugnada deu-se justamente em razão de alteração de entendimento da Secretaria das Finanças do Município acerca da natureza das atividades da OSCIP na execução do termo de parceria estabelecido com o Poder Público. Destaco passagem:* 'Foi feito um questionamento pela Secretaria Municipal de Saúde SMS à Secretaria de Finanças SF, em fevereiro de 2008, haja vista que de acordo com o que se verifica nos autos, a SMS sempre possuiu, e ainda possui entendimento de que **a relação de parceria estabelecida entre ela e a autora não se trata de prestação de serviços, e, portanto, não está sujeita à emissão de nota fiscal tampouco retenção de tributos**, conforme se verifica do ANEXO 14, emitido pelo Secretário Adjunto SMS.GAB. Posteriormente, em novembro de 2008, a Municipalidade alterou seu entendimento, emitindo a Ordem de Fiscalização nº 19.246.641 (ANEXO 15), a qual deu origem à atuação objeto de lide'."

[...]

(TJSP; Apelação 0048759-84.2010.8.26.0053; Relator (a): Silvana Malandrino Mollo; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/07/2017; Data de Registro: 08/08/2017). (grifei).

Desta forma, conquanto nada se possa dizer a respeito do pleito declaratório, vê-se que a probabilidade de procedência do pleito anulatório é grande, motivo pelo qual, desde já, possível a concessão da tutela de urgência, mantendo-se a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários já constituídos e que eventualmente venham a se constituir no decorrer do processo, concernentes à

Acesso ao Sumário

mesma causa de pedir, até julgamento final do feito.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso**, nos termos do Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2181549-16.2017.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é agravante JOSÉ RAIMUNDO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados MUNICÍPIO DE JACAREÍ e HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.937)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 8 de janeiro de 2018.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de inexigibilidade de crédito tributário c.c indenização por danos morais e materiais – Pleito em que o autor pugna pela suspensão da cobrança do estacionamento rotativo pago por idosos e pessoas portadoras de necessidades especiais até que estejam resolvidos os problemas de falta de acessibilidade no Município de Jacareí – Recurso interposto contra decisão que indeferiu a tutela antecipada para suspensão da exigibilidade das multas aplicadas e da cobrança do estacionamento realizada por empresa privada – Necessidade de estabelecimento do contraditório – Perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º do CPC) – Decisão mantida.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de antecipação da tutela

interposto por Jose Raimundo dos Santos contra a decisão de fls. 11/12, proferida pela MMª. Juíza da Vara da Fazenda Pública de Jacareí, que nos autos da ação de inexigibilidade de débito tributário c.c. indenização por danos materiais e morais, indeferiu o pedido liminar por não vislumbrar a presença dos requisitos ensejadores da tutela provisória, por ser necessária a dilação probatória e, ainda, por não deter o autor legitimidade processual para pleitear, em nome próprio, direitos para os "*idosos e pessoas com deficiência*".

Recorre o autor, aduzindo ser pessoa idosa, com diagnóstico de câncer, e que vem sendo repetidamente multado pela Zona Azul de Jacareí, pois embora possua cartão que lhe garante prioridade para estacionar, as vagas disponíveis para idosos são insuficientes para atender esse público no Município de Jacareí. Por tal razão, muitas vezes acaba estacionando longe do parquímetro e como tem dificuldade de locomoção, não consegue retornar a tempo para renovar o período de Zona Azul, o que gera autuações por permanecer no local além do limite permitido. Salienta que, na sua maioria, os parquímetros da cidade são inacessíveis a pessoas portadoras de deficiência e idosos. Ao final, requer seja dado provimento ao recurso a fim de haja a imediata suspensão da multa, bem como a suspensão da cobrança do estacionamento rotativo a idoso e pessoas com deficiência até solução dos problemas de falta de acessibilidade.

Sem apresentação de contraminuta nos autos.

É o relatório.

Narra o agravante ser pessoa idosa, com diagnóstico de câncer, e embora possua cartão especial que lhe permite estacionar gratuitamente, as vagas especiais disponíveis não são suficientes para atender esse público bem como os portadores de necessidades especiais no Município de Jacareí, o que o obriga a estacionar longe do parquímetro, e muitas vezes não consegue retornar a tempo para renovar o período de Zona Azul, o que lhe gerou autuações por permanecer com o veículo estacionado no local além do limite permitido. Juntou documentos aos autos principais.

A Magistrada *a quo* indeferiu o pedido de tutela antecipada de urgência, decisão contra a qual se insurge o agravante.

Pois bem.

Sobre a tutela provisória de urgência pretendida pela Municipalidade, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil:

> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."*

Acesso ao Sumário

No caso, faltam elementos concretos para a concessão da medida, sendo necessária, ao menos, a instalação do contraditório, com a citação e o aguardo do prazo legal para resposta dos réus, a fim de se apurarem dados seguros quanto ao tema apresentado.

Considerando o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, entendo ser de rigor a manutenção do indeferimento da tutela provisória.

A decisão interlocutória proferida está devidamente fundamentada, não cabendo a esta instância recursal suprir o convencimento do Juiz monocrático. Salvo hipóteses de ilegalidade ou arbítrio manifesto, ou de decisões de cunho teratológico, e para a salvaguarda de direitos individuais ou coletivos, líquidos e certos, não cabe ao Tribunal *ad quem* a substituição do juízo e da convicção do Magistrado.

Assim, pelo meu voto, mantém-se a decisão agravada.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247467-64.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, são agravados ANAGILSA DE FARIA BARCELLOS (JUSTIÇA GRATUITA) e MILENA PORTO DA CUNHA DESIDERIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.669)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 8 de janeiro de 2018.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA-SAÚDE – O período de afastamento decorrente de licença-saúde deve ser computado como dia efetivo trabalhado, sob o risco de prejudicar sobremaneira o professor municipal que se encontra enfermo, porquanto é direito do servidor público se afastar de seu labor por motivos de saúde, desde que comprove documentalmente seu quadro médico, não podendo referida hipótese onerar sua situação funcional. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão interlocutória (fls. 307/308 do *mandamus*) que deferiu a liminar para determinar que a autoridade impetrada concedesse o direito de as impetrantes participarem do processo de atribuição de aulas 2017/2018, justificando que a licença-saúde é direito do servidor, motivo pelo qual deve ser computada como dia trabalhado, uma vez que "*Esse é um direito do servidor e não pode servir de autorização para que o impetrado proceda à redução da pontuação para o processo de atribuição de aulas.*" (fl. 307).

O município agravante, inconformado com o teor da decisão, pleiteia a reforma do *decisum*, pois: (i) a pretensão das impetrantes não configura direito líquido e certo (fl. 02); (ii) o processo de atribuição de classes e aulas obedece à Lei Complementar 2.524/12, a qual não prevê a licença-saúde como hipótese a ser computada como dias trabalhados (fl. 03/04); a decisão a quo afronta o princípio da legalidade, visto que interpreta de modo extensivo o rol taxativo do art. 36, §1º, da LC 2.524/12, que não prevê a licença saúde como hipótese de dia trabalhado (fl. 04/05). Não requereu liminar e juntou documentos de fls. 07/41.

Recurso tempestivo (vide certidão de fl. 316 e data de interposição de fl. 1), dispensado o preparo por se tratar de recurso manejado pela Fazenda Pública (art. 91 do NCPC/15).

É o relatório.

De início, destaque-se que não há necessidade de intimação da parte contrária para oferecer resposta ao recurso interposto no caso de manutenção da decisão atacada.

Menciono, nesse sentido, precedente do C. STJ:

AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. CONCLUSÃO DO

TRIBUNAL DE ORIGEM PELA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO, PORQUANTO A PARTE NÃO MANIFESTOU INTERESSE EM RECORRER. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO (PAS DE NULITTÉ SANS GRIEF). REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC DE 1973. MANUTENÇÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O sistema processual civil é informado pelos princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, de sorte que a declaração de nulidade dos atos processuais reclama a demonstração da existência de prejuízo à defesa da parte interessada, consoante o princípio 'pas de nulitté sans grief'. Precedentes. 2. ***Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que a intimação da parte contrária para oferecer resposta ao recurso oferecido pela parte contrária pode ser dispensada na hipótese em que a insurgência é inadmitida ou não provida, mercê de a decisão, nesse caso, beneficiar o recorrido.***

3. Na espécie, a Corte local assentou, por um lado, a ausência de prejuízo da ora recorrente para oferecer contrarrazões ao recurso de apelação manejado por uma das partes contrária, tendo em vista que a Corte a quo não conheceu do apelo, sendo certo que, nesse ponto, o aresto não foi impugnado pelo mencionado apelante; lado outro, reiterou a ausência de prejuízo, porquanto a ora insurgente, em sua petição, não manifestou o interesse em recorrer contra a sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro, integrada pela decisão que rejeitou os embargos de declaração. 4. Desse modo, a revisão do julgado demandaria a alteração do quadro fático apresentado pela instância ordinária mediante o revolvimento das provas carreadas aos autos, providência insindicável em sede de recurso especial por força do óbice contido na Súmula 7/STJ. 5. Deve ser mantida a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC de 1973, quando os aclaratórios opostos na origem têm intuito exclusivamente protelatórios. Precedentes do STJ. 6. Agravo interno não provido. **(STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.591.085/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. em 17/10/2017).**

Nesse contexto, dispensável a intimação da parte contrária para apresentar resposta neste recurso.

No mérito, o recurso não comporta provimento, devendo a decisão interlocutória ser mantida na íntegra.

Verifica-se dos autos que a Lei Complementar 2.524/12 do município de Ribeirão Preto não previu em seu art. 36, §1º, a licença-saúde como dia efetivo de trabalho para fins de "*atribuição de classes/aulas*":

Artigo 36 – Para fins de classificação para atribuição de classes/aulas e remoção serão computados os dias efetivamente trabalhados no magistério da Secretaria Municipal da Educação.

§1º – Serão computados como dias trabalhados conforme o "caput" deste artigo os dias em que o professor esteve afastado em virtude de:

Acesso ao Sumário

a) férias;

b) nojo;

c) gala;

d) exercício de cargo de provimento em comissão ou para prestar serviços educacionais na Secretaria Municipal da Educação;

e) convocação para o serviço militar;

f) júri e funções honoríficas;

g) licença-prêmio;

h) licença maternidade, licença paternidade ou adoção;

i) acidente de trabalho;

j) falta abonada;

k) doação de sangue;

l) VETADO;

m) desempenho de função eletiva, na forma do inciso 4º do artigo 38, da Constituição Federal;

n) exercício de mandato de dirigente sindical ou de associação de classe;

Ocorre que a licença-saúde é direito inerente ao servidor público, sendo patente o seu cômputo, durante o período de afastamento, como se fosse dia trabalhado, motivo pelo qual deve ser incluído na contagem para fins de atribuição de classes/aulas.

O servidor público não pode ter sua situação funcional prejudicada em razão de moléstia adquirida no curso do ano letivo, devendo, para tanto, comprovar documentalmente que faz jus à licença-saúde.

No caso dos autos, percebe-se que houve comprovação das enfermidades, razão pela qual o juízo *a quo*, em sede de cognição sumária, concedeu a segurança requerida pelas impetrantes, porquanto estavam presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo da demora.

O agravante, em que pese o teor da decisão *a quo*, não infirmou as provas e argumentos que deram causa à concessão da segurança, sendo de rigor negar provimento ao recurso aqui analisado.

Acesso ao Sumário

Inclusive, este Tribunal já teve oportunidade de julgar caso equivalente ao presente, versando sobre a mesma situação fática, isto é, sobre a não previsão de licença-saúde da Lei Complementar 2.542/12 de Ribeirão Preto, ocasião em que se decidiu pela contagem dos dias de afastamento como dia efetivo de trabalho:

"REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – Professor Municipal de Ribeirão Preto – Processo de atribuição de aulas – Redução de pontuação decorrente de afastamento por licença-saúde – Impossibilidade – Posicionamento da jurisprudência no sentido de que o servidor não pode ser prejudicado em sua situação funcional por regular afastamento para tratamento de saúde – Sentença mantida – Recurso

desprovido" **(TJSP, Reexame Necessário 1040601-12.2016.8.26.0506, Rel. Des. DANILO PANIZZA, 1º Câmara de Direito Público, j. em 24/07/2017).**

Em outra oportunidade, o E. TJSP continuou corroborando o cômputo do período de licença-saúde como dia efetivo de trabalho:

"[...] Licença saúde. Professor. Resolução SE-75/2013. O art. 12, II da Resolução SE nº 75/13 dispõe que a redução da carga horária do docente e ou da jornada de trabalho, resultante da atribuição de carga horária menor ou da perda de classe ou de aulas, será concretizada de imediato à ocorrência, independentemente de o docente se encontrar em exercício ou em licença/afastamento a qualquer título, exceto nos casos de licença saúde, licença à gestante, licença adoção e licença acidente de trabalho. Realizada a atribuição de aulas e tendo a carga horária do professor diminuído, a redução opera de imediato, salvo as exceções previstas no dispositivo, no qual se inclui a licença saúde, como pretende a impetrante" **(TJSP, Apelação/Reexame Necessário 1013702-49.2016.8.26.0482, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, 10ª Câmara de Direito Público, j. em 24/07/2017).**

Ante a situação narrada, imperiosa a manutenção da r. decisão pelos seus próprios fundamentos, visto que a parte agravante não infirmou a probabilidade do direito e o perigo da demora comprovado pela parte agravada.

Não aperfeiçoada a relação jurídica processual recursal, uma vez que desnecessária a intimação da parte adversa para o oferecimento de contraminuta, não se mostra possível a fixação de honorários recursais. Ademais, o juízo *a quo* não condenou as partes a arcarem com os honorários advocatícios, devendo ser observado o entendimento deste Tribunal: "*descabimento dos honorários advocatícios recursais (§ 11 do art. 85 do NCPC) quando não se está diante de recurso interposto contra decisão de primeiro grau que tenha fixado honorários advocatícios*" **(TJSP, Agravo de Instrumento 2093310-70.2016.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO CHIMENTI, 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. em 02/06/2016).**

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2160192-77.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante J C DURIGAM COMERCIO DE AUTOPEÇAS, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.222)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente), COIMBRA SCHMIDT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – Execução fiscal – Súmula nº 190 do STJ que e aplica apenas à hipótese em que a realização da diligência se tenha dado a pedido da Fazenda Pública, o que não é o caso, pois a indicação do bem foi feita pelo executado, de sorte que haverá ele de responder pelo pagamento dos valores correspondentes às diligências do Oficial de Justiça, necessárias ao cumprimento do mandado de penhora, cuja expedição foi ordenada pelo juízo – Nomeação de bens à penhora integrantes do estoque rotativo da exequente – Justificada a recusa da parte e o indeferimento do juiz, sobretudo porque desconsiderada a ordem legal na indicação – Aplica-se, no caso de creditamento indevido do ICMS, a regra do artigo 173, I, do CTN, impondo-se o reconhecimento da decadência de parte do débito tributário apenas – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos etc.

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por *JC Durigam Comércio de Autopeças* contra decisão que, em execução fiscal, deixou de acolher tese relativa à decadência de parte do débito tributário objeto da Certidão de Dívida Ativa nº 1.176.985.594, insurgindo-se a agravante, ademais, contra o indeferimento da oferta de bens à penhora, consistentes em produtos do estoque rotativo da empresa, bem como contra a determinação no sentido de que a executada recolhesse, em guia própria, o valor correspondente à diligência do Oficial de Justiça, necessária ao cumprimento do mandado de penhora de imóvel.

Não houve pedido de concessão do efeito suspensivo, tampouco de antecipação da tutela recursal.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

No que diz respeito à expedição do mandado de penhora de bens, é certo que a regra do artigo 91 do Código de Processo Civil, que reproduz o texto da legislação anterior, prevê que "as despesas dos atos processuais, praticados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido". Sobre a matéria, ainda ao tempo da regra do artigo 27 do Código de 73, foi editada a Súmula nº 190 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça.*

Todavia, no caso, a penhora do bem imóvel não foi requerida pela exequente – que, na verdade recusou a oferta –, mas por determinação judicial. Bem por isto, correta a decisão do juízo de primeiro grau, que impôs o recolhimento da guia do Oficial de Justiça à executada, esta sim interessada na constrição dos bens por ela indicados, orientação esta que se encontra afinada com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "As despesas dos atos processuais (...) devem ser antecipadas pela parte que as requereu, seja ela particular ou órgão público" (STJ – 2ª Turma, REsp 73.610, Min. Peçanha Martins, j. 10.10.96, DJU 09.12.96) .

No que diz respeito aos bens que integram o "estoque rotativo", tampouco assiste razão à recorrente. De fato, pouco remota se mostra a hipótese de que sirvam para garantir a execução – a exemplo do que se passa com o capital de giro, cuja impenhorabilidade já foi reconhecida pela doutrina –, mesmo porque ninguém estará em situação confortável para assumir o encargo de depositário de mercadorias que são vendidas no dia a dia.

Não bastasse, a indicação desatende a ordem legal, não sendo ocioso lembrar que a regra do artigo 835 do Código de Processo Civil aplica- se à execução fiscal, considerada a norma do artigo 1º da Lei Federal nº 6.830/80 (José da Silva Pacheco, Comentários à nova Lei de Execução Fiscal, SP, Saraiva, 1987, p.77).

E o juiz pode recusar a nomeação do bem oferecido, mormente aquela que se faça em desconsideração à ordem legal (JTA 103/171; RT 826/283 e 841/264).

Por fim, argumenta a Agravante com a ocorrência da perda do direito de constituição do crédito tributário, o que tornaria nulo o Auto de Infração.

Tratando-se de creditamento indevido de ICMS (o que se deduz da capitulação da multa constante na Certidão de Dívida Ativa), cujo lançamento se dá de ofício, aplica-se a regra do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Neste sentido, cabe trazer à colação entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, donde se dessume a não ocorrência, *in casu*, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários (STJ, Segunda Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 76.977/RS, Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 12/04/2012).

Neste sentido também a orientação desta E. 7ª Câmara de Direito Público:

AÇÃO ANULATÓRIA – ICMS – Auto de infração lavrado por creditamento indevido de ICMS – Inocorrência de decadência, pois o caso é de creditamento indevido de ICMS, razão pela qual aplicável o disposto no artigo 173, I, CTN (...) (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0004482-12.2012.8.26.0053, Des. Rel. Magalhães Coelho, j. 30/01/2017, v.u.).

No caso em exame, o creditamento indevido, conforme se apurou, deu-se entre janeiro de 2009 e julho de 2014, mês este em que se deu, também, a constituição definitiva do crédito tributário (fls. 24 a 34). Considerando- se a expressão "exercício", utilizada pelo legislador no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, e levando-se em conta que, em se tratando de ICMS, os períodos são mensais (neste sentido, STJ, REsp 719350/SC, DJe 21/02/2011), conclui-se que os exercícios relativos a janeiro a junho de 2009 foram, sim, alcançados pela decadência, havendo de se observar as datas de referência apontadas na CDA, concernentes à ocorrência do creditamento indevido.

Nestes termos, dou parcial provimento ao Agravo de Instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2247989-28.2016.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DE SÃO PAULO – CDHU, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

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 13.183)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 22 de janeiro de 2018.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – IPTU de 2011 a 2.014 – Objeção Prévia de executividade – Imunidade recíproca reconhecida – CF, art. 150, VI, letra "a", parágrafos 2º e 3º – Recurso provido.

VOTO

Agravo[1] de instrumento interposto contra a decisão que, em execução fiscal para cobrança de IPTU no período de 2.011 a 2.014, rejeitou a objeção prévia de executividade por considerar que a agravante não goza de isenção ou imunidade tributária.

Sustenta a CDHU, em síntese, gozar de isenção tributária nos termos da Lei Municipal nº 6.888, de 18/09/1990, além de imunidade tributária recíproca, por prestar serviço público em regime de monopólio estatal, nos termos do artigo 23, inciso IX e 150, da Constituição Federal, em favor da população de baixa renda para aquisição de moradia.

Recurso regularmente recebido e processado, sem efeito suspensivo e sem resposta do Município, embora intimado.

Relatado.

O recurso merece provimento.

Com efeito. 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 imunidade recíproca às empresas públicas e às sociedades de economia mista que prestam serviços públicos essenciais e/ou inerentes à atividade estatal, conforme a ementa que segue:

1 *Valor da causa – R$ 5.245,00 – para novembro de 2.015.*

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 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

Acesso ao Sumário

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 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 pela Lei Municipal nº 6.888, artºs 1º e 2º, de 18 de setembro de 1.990.

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso** para acolher a objeção prévia de executividade e extinguir a execução, 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000073- 91.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada ISAURA MAZOLINI ROLIM DE MOURA.

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 19.493)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 19 de janeiro de 2018.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

PROCESSO

Cumprimento de sentença – Art. 5º da Lei 11.960/09 – Tema 810 – STF – Correção monetária – Inconstitucionalidade por arrastamento – Possibilidade:

– A correção monetária se faz pelos índices que prevaleceram na jurisprudência e estão considerados na tabela prática do Tribunal de Justiça.

VOTO

RELATÓRIO

Rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença.

Daí o agravo, no qual a Fazenda alega que embora o REext nº 870.947 já tenha sido julgado, o acórdão ainda não transitou em julgado. Também é precário, pois ainda passível de recurso com provável efeito infringente. A aplicação de tese consolidada não pode ser feita em dissonância com o julgado e o caso concreto que lhe deram origem. Pelas notícias disponíveis, a tese fixada não está em conformidade com o julgado que lhe deu origem, pois o Min. LUIZ FUX, relator do tema 810, expressamente teria consignado que "devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública", com remissão ao julgado nas ADI`s 4357 e 4425 e à decisão que nelas se tomou pela aplicação do IPCA-E somente após

Acesso ao Sumário

25.03.15. Aplicar de forma prematura e precipitada a tese fixada no tema 810, sem conhecer o teor do acórdão que lhe deu origem, não é razoável a afronta os fins sociais a que a norma se destina. Antes do trânsito em julgado do acórdão proferido no REext nº 870.947, os índices da caderneta de poupança continuam a ser aplicados para fins de atualização monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, desde a vigência da Lei nº 11.960/09 até a expedição do requisitório. Além disso, a decisão proferida no REext nº 870.947 diz respeito tão somente à aplicação ou não da TR após 25.3.15, porque até tal data já havia sido convalidada na modulação dos efeitos do julgado nas citadas ADIs. O julgado deve ser interpretado restritivamente para abarcar apenas o período posterior a 25.3.15. Ao determinar a aplicação do IPCA-E por todo o período do cálculo, o juiz desrespeitou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e, além disso, aplicou erroneamente a tese fixada no tema 810. Os juízes e tribunais devem observar as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (art.927, inc. I do Código de Processo Civil).

FUNDAMENTOS

1. Rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença, sob os seguintes fundamentos:

"Trata-se de impugnação ao cumprimento de sentença ofertada pela Fazenda do Estado.

Sustenta, em síntese, o excesso de execução, poiso cálculo dos exequentes não observou a Lei nº 11.960/2009, que alterou o art. 1-F da Lei nº 9.494/97, no que toca à correção monetária, tampouco a taxa SELIC no que toca aos juros, conforme o disposto na Lei nº 12.703/2012. Pede a procedência a fim de que seja reconhecido o apontado excesso. Os exequentes argumentaram que a sua conta está correta, ao passo que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009. É o relatório. Fundamento e decido. Inexiste o alegado excesso de execução. A correção monetária e os juros de mora obedecem a metodologia de cálculo da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para os débitos judiciais em geral, e o disposto no art. 1º- F, da Lei nº 9.494/97, mas sem a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, pois foi declarada inconstitucional, por arrastamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (ADINs 4.357 e 4.425) e, desde já, deve ser reconhecida a sua ineficácia, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade acarreta efeitos repristinatórios, tornando sem efeito a lei inconstitucional revogadora de lei anterior. Nesse sentido: "Isso significa que a decisão proferida no bojo daquelas ações diretas determina a imediata incidência do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.497/97com a redação que vigia antes da modificação perpetrada pelo

Acesso ao Sumário

artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/09. Em razão disso, e tendo em vista a possível insegurança jurídica a que pode ser submetido o jurisdicionado, tem essa Colenda Câmara entendido pela aplicação imediata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.960/09, ainda que pendente de publicação o acórdão daquelas ADI sì, notadamente em razão do que restou decidido pela Min. Carmen Lucia no curso do RE nº 747.702-SC (j. 4.7.2013). Em razão disso, é de rigor ter-se por vigente a redação do artigo 1º-F da Lei Federal 9.494/97, com a redação que lhe deu a MP nº 2.180/01"(TJSP, Ap. 0048104-78.2011, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. José Maria Câmara Junior, j. 11.12.2013). Cabe acrescentar que as respeitáveis decisões proferidas pelo Ministro Luiz Fux em ambas as ações, no dia 11 de abril de 2013, tinham por escopo coibir a paralisação do pagamento de precatórios por alguns tribunais do país, com recursos disponíveis para tanto, mas que preferiram aguardar a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Assim, sua Excelência tão somente determinou que todos "deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro". Nada se falou sobre critérios de correção monetária até a expedição do precatório/requisitório e nem poderia ser diferente, pois nada nesse sentido foi pleiteado. Já a modulação ocorrida em 25 de março de 2015, que estabeleceu a TR a partir de 2009 e o IPCA desde a decisão, diz respeito exclusivamente aos precatórios, sendo de rigor lembrar que ***o Colendo Supremo Tribunal Federal abriu novo tema de repercussão geral (nº 810) para tratar também da atualização monetária e dos juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública, antes de expedido o precatório. Ademais, decidido o Recurso Extraordinário nº 870947-SE e o Tema de Repercussão Geral nº 810, pelo Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, fica definitivamente afastado o emprego da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública, mesmo no período anterior à expedição do precatório.*** *No que toca aos juros, a Lei nº 12.703/2012 alterou o art. 12 da Lei nº 8.177/91, estabelecendo a taxa de 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for superior a 8,5%, o que vem se repetindo mês a mês, lembrando-se que nas últimas reuniões do COPOM, fixou-se a taxa em patamares superiores a 10%. E isso, de qualquer modo, aplica-se exclusivamente aos rendimentos dos depósitos sem caderneta de poupança, mas não às condenações da Fazenda Pública ao pagamento de verbas remuneratórias a servidores e empregados públicos, visto que a*

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009 restaurou a redação original do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, determinando que os juros de mora sejam computados nessa hipótese em até 6% ao ano. Portanto, correta a conta elaborada pelos exequentes. Ante o exposto, rejeito a impugnação, prosseguindo-se com o cumprimento de sentença. Pagará a Fazenda do Estado os honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 10% sobre o excesso alegado" (decisão agravada, textual, fls.531/534).

2. O Supremo Tribunal Federal entendeu que é inconstitucional a utilização da TR como índice de correção monetária, como ocorre no art. 5º da Lei nº 11.960/09, conforme acórdão proferido na ADI 4.357, publicada em 26.9.14, cuja ementa segue:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. (...) PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

(...)

5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

6. (...) Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma

Acesso ao Sumário

extensão dos itens 5 e 6 supra."

Posteriormente, em 25.3.2015, o STF modulou os efeitos das decisões das ADIs 4.357 e 4.425.

Contudo, tal modulação limitou-se aos precatórios já expedidos ou pagos até referida data.

Cumpre ressaltar que o STJ, em recurso repetitivo, também decidiu que a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art.5º da Lei Federal 11.960/09, a correção monetária das dívidas Fazendárias deve observar os índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança.

Confira-se:

VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no §12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários

Acesso ao Sumário

ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude 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 as quais prevalecerão as regras específicas.*

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.

(REsp nº 1270439/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, publicado em 2.8.13)

Em **20.9.2017**, o STF, ao julgar o **mérito do Recurso Extraordinário nº 870.947**, submetido à sistemática da **Repercussão Geral n. 810**, deu parcial provimento àquele recurso, reiterando a inconstitucionalidade da aplicação da

Acesso ao Sumário

Lei Federal nº 11.960/09 para correção das condenações impostas à Fazenda Pública, nos seguintes termos:

> *"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o* ***tema 810*** *da repercussão geral,* ***deu parcial provimento ao recurso*** *para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não- tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º- F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e* ***2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.*** *Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017"* (movimentação processual, sitio do Supremo Tribunal Federal).

No Informativo nº 878 consta um resumo dos fundamentos que justificaram o provimento parcial do recurso, a saber:

> *"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – LIQUIDAÇÃO/CUMPRIMENTO/EXECUÇÃO*
>
> *Condenação contra a Fazenda Pública e índices de correção monetária*

Acesso ao Sumário

– 4

O art. 1º-F da Lei 9.494/1997 (1), com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia [CF, art. 5º, "caput" (2)]; quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997**, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, **na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade** [CF, art. 5º, XXII (3)], uma vez que **não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Com base nessas orientações, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, deu parcial provimento a recurso extraordinário em que discutida a validade da utilização dos índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança para a correção monetária e a fixação de juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Na espécie, o ora recorrido ajuizou ação ordinária em face do INSS com pedido de concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF (4). O juízo de primeiro grau, então, julgou procedente o pedido e determinou que o INSS instituísse, em favor do autor, benefício de prestação continuada, na forma do art. 20 da Lei 8.742/1993 - LOAS (5). O pagamento das prestações vencidas deveria ser acrescido de correção monetária pelo IPCA, a partir de cada parcela, e juros de mora de acordo com o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança. Interposta apelação pela autarquia previdenciária, a sentença foi mantida. (Informativos 811 e 833).

O Colegiado assentou a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário); manteve a concessão de benefício de prestação continuada (LOAS, art. 20) ao ora recorrido, atualizado

Acesso ao Sumário

monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença; e fixou os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

O Tribunal destacou, inicialmente, que as decisões proferidas pelo ***STF na ADI 4.357/DF (DJe de 26.9.2014) e na ADI 4.425/DF (DJe de 19.12.2013) não fulminaram por completo o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009. Nesses julgados foi declarada a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento****. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs [CF, art. 100, § 12, incluído pela EC 62/2009 (6)] referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação após a conclusão da fase de conhecimento.*

A redação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, como fixada pela Lei 11.960/2009, é, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de precatórios quanto a atualização da própria condenação. ***Não há, contudo, qualquer motivo para aplicar critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.***

A finalidade básica da correção monetária é preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação*. Esse estreito nexo entre correção monetária e inflação exige, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda.* ***Índices de correção monetária devem ser, ao menos em tese, aptos a refletir a variação de preços que caracteriza o fenômeno inflacionário, o que somente é possível se consubstanciarem autênticos índices de preços.*** *Os índices criados especialmente para captar o fenômeno inflacionário são sempre obtidos em momentos posteriores ao período de referência e guardam, por definição, estreito vínculo com a variação de preços na economia.*

Assim, no caso, está em discussão o direito fundamental de propriedade do cidadão (CF, art. 5º, XXII) e a restrição que lhe foi imposta pelo legislador ordinário ao fixar critério específico para a correção judicial das condenações da Fazenda Pública (Lei 9.494/1997, art. 1º-F). ***Essa restrição é real na medida em que a remuneração da caderneta de poupança não guarda pertinência com a variação de preços na economia, sendo manifesta e abstratamente incapaz de mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda. Nenhum dos componentes da remuneração da caderneta de poupança guarda relação com a variação***

Acesso ao Sumário

de preços de determinado período de tempo, como disciplinado pelo art. 12 da Lei 8.177/1991 (7).

Desse modo, a remuneração da caderneta de poupança prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação dada pela Lei 11.960/2009, não consubstancia índice constitucionalmente válido de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública.

Vencidos, em parte, os ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia (Presidente) e Gilmar Mendes, que deram provimento total ao recurso.

Vencido, também, o ministro Marco Aurélio, que negou provimento ao recurso" (textual, Informativo nº 878, publicado em 27.9.17).

Esse entendimento ficou expressamente consignado no acórdão, publicado pelo Supremo Tribunal Federal no dia **20.11.17**, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). ***INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS****. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.*

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

Acesso ao Sumário

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto ***a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.***

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, ***razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.***

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

(RExt nº 870947/SE, Rel. Min. LUIZ FUX, publicado em 20.11.17)

Dessa forma, alinhado ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 810) e considerando, ainda, que o requisitório ainda não foi expedido e não está compreendido na modulação das ADIs nºs 4357 e 4425, para correção monetária deve ser adotada a **Tabela Prática não modulada do TJ**, que compreende as alterações que prevaleceram na jurisprudência, inclusive nos tribunais superiores.

Essa Décima Câmara já vinha decidindo pela inaplicabilidade do art.5º da Lei 11.960/09 para correção monetária, mesmo no período anterior à expedição do precatório.

Nesse sentido, confira-se o Agravo de Instrumento nº 2007474-95.2017.8.26.0000, Rel. Desembargador Marcelo Semer, julgado em 13.2.2017, a saber:

O recurso não comporta provimento.

É que, no âmbito da ADI nº 4357/DF, o E. Supremo Tribunal Federal acabou por declarar a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62/09, e, por arrastamento, do artigo 5º, da Lei nº 11.960/09, no tocante aos

juros de mora e correção monetária.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.270.439/PR, sob o regime do artigo 543-C do CPC, considerou que a partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 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.

A orientação foi inclusive firmada nesta Câmara, revendo, neste particular, entendimento anterior. Nesse sentido: Apelação nº 1005531-51.2014.8.26.0037, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 02/02/15; Apelação nº 0007181-35.2011.8.26.0562, Relª. Desª. Teresa Ramos Marques, j. 09/02/15; Apelação nº 1000555-50.2014.8.26.0053, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 09/02/15; e apelação nº 0002113-79.2011.8.26.0053, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 02/02/15.

Convém anotar, ademais, que a modulação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em 23 de março de 2015, ateve-se aos precatórios e requisitórios expedidos, hipótese diversa da tratada nestes autos.

No mais, importa consignar que ainda não foi julgada a Repercussão Geral nº 810 (Leading Case RE n.º 870.947), reconhecida em 27/04/15, atinente à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, consoante observado pela E. Des. Teresa Ramos Marques, nos Embargos de Declaração nº 0037763-90.2011.8.26.0053/50000:

> *"Posteriormente, em 25.3.2015, o STF modulou os efeitos das decisões das ADIs 4.357 e 4.425. Contudo, tal modulação limitou-se aos precatórios expedidos, não abrangendo, portanto, o processo na fase de conhecimento, que ainda não foi objeto de pronunciamento expresso pelo STF, posto que ainda não julgada a Repercussão Geral nº 810 (RE nº 870.947)".*

Ainda que se diga da ausência de modulação pelo STF da aplicabilidade da Lei nº 11.960/09 às hipóteses diversas dos precatórios e requisitórios expedidos, tal motivo não justifica o pleito da Fazenda, conforme explicitado pelo E. Des. Torres de Carvalho, nos Embargos Declaratórios nº 0034567-44.2013.8.26.0053/5000, julgado por esta C. Câmara em 17.08.2015:

> *"[...] Não há perspectiva de decisão diferente, mas apenas a necessidade de, sob o aspecto formal, seguir o rito da repercussão geral para*

Acesso ao Sumário

atribuir-lhe o efeito vinculante e impedir a subida de novos recursos ('bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte') Por um lado, a declaração de inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária indicada na EC nº 62/09 e, por arrastamento, na LF nº 11.960/09 e a previsão do §1º do art. 481 dispensam o órgão fracionário de submeter ao plenário ou ao Órgão Especial a arguição da inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão e a decisão se amolda ao entendimento exarado [...]".

Dessa forma, é o entendimento desta C. Câmara que a correção monetária não deve ser calculada com base na Lei n° 11.960/09, como pretende a FESP.

Assim, também, observou o Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, na apelação nº 1001143-07.2016.8.26.0047, cujo acórdão foi publicado em 28.6.17:

"No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4357/DF o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, em parte e por arrastamento, o art. 1º F da Lei n. 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09. ***A declaração de inconstitucionalidade abrangeu justamente a aplicação da Lei n. 11.960/09 no tocante à utilização do índice de remuneração oficial da caderneta de poupança para atualização do montante devido pela Fazenda Pública do Estado. Disso decorre que deve ser utilizado o índice de correção monetária constante da Tabela Prática de Cálculos de débitos judiciais sem "normas específicas estabelecidas por lei"****, e os juros de mora deverão ser calculados na forma do art. 1º-F da Lei 9494/97 c.c. Lei n. 11960/09, a partir de sua vigência".*

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022574-90.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SOLUMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente), J. M. RIBEIRO DE PAULA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Decisão que rejeitou seguro-garantia ofertado pela agravante, para fins de antecipação dos efeitos da penhora que seria realizada em futura execução fiscal. Multa contratual cominada em razão de suposta inexecução contratual. Inadmissibilidade. Seguro-garantia equivale ao depósito integral do débito. Decisão reformada.

Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de r. decisão copiada a fls. 107 destes autos digitais***, que rejeitou o Seguro-Garantia ofertado*** pela agravante para fins de "*antecipação dos efeitos da penhora que seria realizada em futura execução fiscal*", referente a multa contratual cominada em razão de suposta inexecução contratual, nos autos do Processo Administrativo nº 2015-0.238.187-3.

O recurso foi processado com o efeito ativo almejado.[1]

Sobreveio contraminuta.[2]

É o relatório.

A despeito das alegações fomentadas pela Municipalidade, não se verifica, ao menos neste momento, razões que justifiquem a recusa do seguro-garantia, posto se tratar de meio idôneo para assegurar a dívida.

A agravante oferece seguro garantia que cobre o valor total do débito, como garantia da dívida fiscal ainda não ajuizada.

Evidente, portanto, o interesse da requerente, uma vez que a ausência de tal providência (caução) poderia privá-la da obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa, prevista no artigo 206 do Código Tributário Nacional, bem como fazer constar o seu nome no CADIN.

A garantia do juízo por carta fiança bancária ou Seguro-Garantia **equivale** ao depósito em dinheiro do valor da discussão, e, estando seguro o juízo, não há razão para que não seja aceito pela agravada, sendo de rigor a reforma da decisão.

1 Fls. 133 – da lavra do ilustre Des. VENÍCIO SALLES.

2 Fls. 179-193.

Acesso ao Sumário

Pelos motivos expostos, por meu voto, proponho seja dado provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3001596-75.2017.8.26.0000, da Comarca de Nazaré Paulista, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada GOLD BAG CONTAINERS LTDA. EPP.

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 28.019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – O redirecionamento da execução contra os sócios deve ser efetuado no prazo de cinco anos a contar da citação da empresa executada – Art. 174 do CTN – Inclusão do sócio no pólo passivo da Execução Fiscal requerida após o esgotamento do prazo quinquenal – Prescrição reconhecida – Decisão mantida.

Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 191 dos autos principais, que, em execução fiscal, indeferiu pedido de inclusão de sócio no polo passivo da demanda.

Alega, em suma, a inocorrência da prescrição, vez que a inatividade da empresa devedora se caracterizou somente em 2017 (fls. 01/13).

Negada a tutela recursal foram dispensadas as informações e manifestação da agravada.

É o Relatório.

Cuida-se de execução fiscal em que indeferido pedido de inclusão de sócio no polo passivo da ação, ante a ocorrência de prescrição.

A executada foi citada em 06.04.2009 (fls. 03), todavia, a FESP concluiu pelo encerramento irregular da empresa e pugnou pelo redirecionamento da execução face ao sócio em julho de 2017 (fls. 04).

De fato, é possível a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda (art. 135, III do CTN), quando do encerramento irregular da empresa, ou então, quando haja uma conduta ilegal, com infração à lei ou ao contrato social.

Entretanto, no presente caso, há que se reconhecer a impossibilidade do redirecionamento da ação executiva face ao sócio, em decorrência da prescrição.

Com efeito, verifica-se que já havia transcorrido o prazo prescricional de cinco anos (art. 174 do CTN), contados da citação da empresa devedora, quando solicitado pela Fazenda Pública o redirecionamento da ação contra o sócio da empresa executada.

De fato, a citação ocorreu em 06.04.2009 (fls. 03 vº) e a inclusão dos sócios no polo passivo foi requerida em julho de 2017 (fls. 04).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, tem se manifestado no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve se dar no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, conforme se verifica dos julgados abaixo elencados:

> *"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DO EXECUTIVO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO DA EMPRESA DEVEDORA E DOS SÓCIOS. PRAZO DE CINCO ANOS. ART. 174 DO CTN.*
>
> *1. "A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, consolidou o entendimento de que, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interrompa a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal" (AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 07/12/2009). Ainda, no mesmo sentido: REsp 1.022.929/SC, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Segunda Turma, DJe 29/04/2008; AgRg no Ag 406.313/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 21/02/2008; REsp 975.691/RS, Segunda Turma, DJ 26/10/2007; REsp 740.292/RS, Rel. Ministro Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/3/2008; REsp 682.782/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 03/04/2006.*

Acesso ao Sumário

2. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade a jurisprudência do STJ, não merecendo reparos, pois, in casu, a empresa executada foi citada em 31/12/1992 e o pedido de inclusão dos sócios no pólo passivo ocorreu em 29/04/2008 (fl. 205), ou seja: não houve a citação dos sócios dentro do prazo prescricional de cinco anos contados da citação da empresa.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AI 1308057 - Rel. Min. Benedito Gonçalves - Julgado em 19.10.2010).

No mesmo sentido: REsp nº 263.661/MG, rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 11.11.2002; REsp nº 142.397/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 06.10.1997; REsp nº 757.795/SP, rel. Min. Castro Meira, DJU de 19.09.2005.

Assim sendo, é de rigor a manutenção da r. decisão que indeferiu o pleito de inclusão do sócio no polo passivo da ação.

Nesse sentido:

"REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DOS SÓCIOS. Decurso de prazo superior a cinco anos. Citação da empresa para redirecionamento da execução. Citação válida da pessoa jurídica interrompe o prazo de prescrição em relação aos responsáveis solidários. No caso de redirecionamento da execução fiscal opera-se a prescrição com decurso do prazo de mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação dos sócios. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. A prescrição ocorre com o decurso de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica devedora." (AI nº 2117846-82.2015.8.26.0000 - Voto nº 10.901 - Rel. José Maria Câmara Jr.)

Por fim, a própria recorrente informou que a decisão proferida no RESP 1.201.993-SP determinou a suspensão de todos os recursos especiais repetitivos, não interferindo, por ora, no deslinde do recurso.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2120559-59.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são agravantes RICARDO RIBEIRO e RICARDO RIBEIRO MICROEMPREENDOR INDIVIDUAL - MEI, é agravado JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP.

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. V.U., de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 11.160)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2018.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Inscrição supostamente fraudulenta de ato societário na JUCESP – Legitimidade passiva da autarquia estadual – Suspensão cautelar da inscrição na Junta Comercial em relação ao agravante – Atendimento dos requisitos legais autorizadores da medida, quais sejam, a plausibilidade do direito e o risco de lesão grave e de difícil reparação – Inteligência do artigo 300 e seguintes do CPC/2015 – Perquirição da responsabilidade da JUCESP que deve se dar em cognição exauriente do julgador, sendo incabível a discussão na presente sede recursal – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Agravo de instrumento manejado por **Ricardo Ribeiro** em face de **Junta Comercial do Estado de São Paulo**, nos autos de demanda ordinária em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, objetivando a declaração de nulidade de ato societário registrado pela JUCESP e a consequente exclusão do seu nome do quadro de sócios da empresa Ricari Latícinios e Frios Ltda.

Vindica a desconstituição da r. interlocutória dardejada que indeferiu a tutela de urgência para suspender os efeitos dos registros na junta comercial.

Recurso tempestivo, processado com a antecipação parcial da tutela recursal, apenas para suspender o registro do nome do agravante no quadro societário da empresa Ricari Latícinios e Frios Ltda. (fls. 14/16).

Houve a manifestação da parte agravada por meio de contraminuta às fls. 28/40.

Tal, em abreviado, o relatório.

A demanda originária deste agravo foi ajuizada pela parte agravante, objetivando, em síntese, a declaração de nulidade de atos societários registrados pela JUCESP e a consequente exclusão do seu nome do quadro de sócios da empresa Ricari Latícinios e Frios Ltda., constituída supostamente mediante

Acesso ao Sumário

fraude.

O Juízo *a quo* **indeferiu a liminar**, nos seguintes termos:

Indefiro o pedido de tutela de urgência, pois não se tem como estabelecer, ao menos nesta fase de cognição sumária, juízo de probabilidade do direito alegado, por depender da realização de mais provas, em momento oportuno, com o crivo do contraditório. (fls. 7).

Da leitura dos autos, impõe-se a reforma da decisão interlocutória dardejada, comportando parcial provimento a pretensão do agravante, conforme os fundamentos que restarão expostos.

De proêmio, considerando-se que a Junta Comercial é responsável pela execução e administração dos serviços de registro público das empresas mercantis (**art. 3º, inciso II da Lei Federal nº 8.934/94**), consistindo em autarquia de personalidade jurídica de direito público subordinada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia (**art. 1º e 2º da Lei Complementar Estadual n º 1.187/2012**), não há que se falar em ilegitimidade passiva.

Outrossim, sendo pleiteado o encerramento da inscrição em virtude de fraude, não há condições de se compelir o requerente a mover demanda contra a sociedade empresária, constituída irregularmente, ou mesmo em face de seus sócios, já que consta como tal o requerente.

Pois bem. Alega o agravante, nos autos de origem, que é pedreiro, atuando como Microempreendedor Individual na construção de estruturas de alvenaria. Relata que, em fevereiro de 2017, fora surpreendido com a sua inclusão de forma fraudulenta no quadro de sócios da empresa Ricari Laticínios e Frios Ltda., constituída na cidade de Suzano, por meio do ato de constituição e transformação de empresário em sociedade limitada.

Assim, pretende, por meio do presente agravo, a declaração de nulidade do ato de transformação junto à JUCESP e a exclusão do seu nome do quadro societário da empresa Ricari Laticínios e Frios Ltda.

Quanto ao pleito nulidade do ato societário em decorrência da alegada fraude, impende destacar que, em sede de cognição sumária na qual se encontra o feito, a tutela provisória se dá por meio de um juízo de probabilidade, no qual não há um conhecimento exauriente do julgador sobre as peculiaridades da lide. Dessa forma, demonstrada a verossimilhança das alegações do agravante e diante do risco de dano irreparável, impõe-se a concessão de medida estritamente necessária e adequada a impedir maiores danos, que se consubstancia, com a devida prudência, em determinação para que se suspenda cautelarmente **o registro do nome do agravante no quadro societário da empresa Ricari Latícinios e Frios Ltda**., nos exatos termos em que se deu a antecipação parcial

de tutela recursal às fls. 14/16.

Atendidos os requisitos legais autorizadores, quais sejam, a plausibilidade do direito e o risco de lesão grave e de difícil reparação (**artigo 300** e **ss, CPC/2015**), a manutenção da suspensão do registro dos ato societário em tela é medida que se impõe.

A análise perfunctória peculiar ao estágio processual evidencia que, *prima facie*, os documentos que acompanham a petição inicial indicam a verossimilhança dos fatos alegados pelo agravante, apontando para uma possível falsificação nos dados inseridos na JUCESP. Ademais, restou demonstrado o risco de grave lesão, ante os débitos contraídos em nome da empresa e que estão sendo apresentadas ao agravante.

Tal medida se dá em conformidade com o **princípio da personalidade transcendente**[1], pelo qual as pessoas jurídicas tem existência distinta da de seus membros, de forma que o seu tratamento como realidade única se dá apenas em situações excepcionais, previstas em lei, sem dispensar a responsabilização pelos eventuais excessos cometidos por agentes públicos ou pessoas de direito privado na tarefa de discernir e aplicar o referido princípio, impedindo assim que a agravante sofra qualquer restrição ou dano referente à inscrição junto à JUCESP.

Assim, descabida a perquirição da responsabilidade da autarquia estadual na presente sede de agravo de instrumento, em que se discute apenas a concessão de tutela provisória, mostrando-se apenas relevante a adoção de medidas aptas a evitar a ocorrência de eventos danosos ao agravante, sem que represente maiores constrições à agravada, que demandariam a formação de um exauriente contraditório.

Neste tocante, informa a JUCESP em sua contraminuta que "*Assim que recebida a citação na presente ação a JUCESP já determinou a providência prevista no artigo 40 do Decreto 1800/96*", qual seja, a sustação dos efeitos do instrumento ou documento público ou particular na esfera administrativa, até que seja resolvido o incidente de falsidade documental.

Desta feita, comporta reforma a r. decisão interlocutória, com o **parcial provimento do presente agravo, mantendo- se a decisão exarada às fls. 14/16 para apenas suspender cautelarmente a inscrição na JUCESP em relação ao agravante, até a resolução definitiva do mérito.**

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão em sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, **dou parcial provimento** ao recurso, **para que**

1 As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros - **PONTES DE MIRANDA**, *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo I, 4ª edição, 1983, Editora Revista dos Tribunais, p. 334.

mantida a antecipação parcial da tutela recursal, nos termos deste Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2208531-67.2017.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª 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 2.801/17)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Execução de julgado. Alegação de excesso de execução. Impugnação acolhida. Defensoria Pública condenada ao pagamento de honorários advocatícios, observada a gratuidade. Insurgência do Município de Jundiaí. Pretensão de afastar a concessão do benefício de gratuidade. Admissibilidade. Decisão reformada. Pedido de majoração da verba honorária não acolhido. Agravo de instrumento provido em parte.

VOTO

VISTOS.

Contra decisão que, em ação de execução de julgado, acolheu impugnação reconhecendo o excesso de execução relativo a verba honorária fixada no acórdão e determinou o prosseguimento da execução pelo valor apurado pelo Município/impugnante, condenando, neste incidente, a parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 500,00, observada a gratuidade (p. 328/329), opôs o Município de Jundiaí agravo de instrumento defendendo, preliminarmente, o cabimento deste recurso, à vista da não extinção da execução; no mérito, alegou que a decisão agravada merece reforma, "porquanto a gratuidade da parte autora, no caso a Srª. Lucimara Muller, não se estende ao cumprimento de sentença de verba honorária promovido em nome próprio da

Acesso ao Sumário

Defensoria Pública Estadual" (sic. p.04); disse que a gratuidade da parte não se confunde com a de outros "atores processuais" (sic. p.04), que o argumento do Juízo a quo de que o afastamento da gratuidade à Defensoria poderia minguar sua atuação institucional não se sustenta porque todas as pessoas públicas, da Administração Direta e Indireta, têm por finalidade o atendimento às demandas sociais, de interesse público, notadamente dos menos favorecidos, e que nem por isto Município, Estado e União são isentos de honorários advocatícios, via de regra, exceto hipóteses excepcionais expressamente previstas; acrescentou que tem sido reiteradamente condenado ao pagamento de verbas honorárias em favor da Defensoria Pública; pugnou pelo provimento do recurso, requerendo seja autorizada a execução nos moldes do art. 100 da CF, com a majoração dos honorários advocatícios fixados na origem. A Defensoria Pública apresentou contraminuta alegando que os honorários advocatícios são indevidos, posto que sempre atuou de boa-fé e não houve resistência à pretensão da Municipalidade; e pediu, subsidiariamente, a compensação dessas verbas.

É o relatório.

Inicialmente, de fato, trata-se de hipótese de admissibilidade do presente agravo de instrumento. Dispõe o art. 1.015 do CPC que cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

"**Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário**" (g.n.).

Assim, conhece-se do agravo de instrumento, conforme a previsão do art.

Acesso ao Sumário

1.015, parágrafo único, do CPC e visto que oposto dentro do prazo legal, em matéria de ordem pública, que não se sujeita à preclusão ou coisa julgada.

No presente caso, trata-se de agravo de instrumento relativo a ação de rito ordinária ajuizada em nome próprio pela Defensoria Pública do Estado contra o Município de Jundiaí, objetivando o fornecimento de medicamentos a portadora de epilepsia; a sentença julgou parcialmente procedente a ação e condenou o requerido ao pagamento das custas e verba honorária em favor do patrono da parte autora (p. 196/217). Tal decisão foi reformada em parte por acórdão quanto à imposição de multa diária e também para redução dos honorários advocatícios, que foram fixados em R$ 1.000,00 em favor da Defensoria Pública do Estado (sentença p. 196/217 e acórdão p. 286/291).

O Juízo *a quo* acolheu impugnação reconhecendo excesso em relação à verba honorária fixada no acórdão e determinou o prosseguimento da execução pelo valor apurado pelo Município/impugnante, condenando, neste incidente, a parte exequente (Defensoria Pública do Estado) no pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 500,00, observada a gratuidade. Insurgiu-se, então, o Município/agravante contra determinação de observação de incidência da gratuidade na condenação de verba honorária imposta, além de requerer a sua majoração.

É cediço que nas causas em que a Defensoria Pública atua a condenação em verbas sucumbenciais em seu favor são destinadas ao Fundo de Aparelhamento da instituição e capacitação profissional de seus membros e servidores, conforme previsão legal (art. 4º, XXI, da LC n. 80/1994), sendo vedado ao Defensor atuante o recebimento de qualquer valor a esse título (art. 46, III, 91, III e 130, III, da LC n. 80/1994).

Com efeito, independentemente de se tratar de pessoa jurídica de direito público, não se aplica a isenção à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, haja vista a natureza jurídica desta verba. No caso em apreço, os honorários são devidos não só pela sucumbência experimentada pela Defensoria Pública, como também porque o Município é pertencente a ente federativo diverso.

Assim, nada impede a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais contra a Defensoria Pública do Estado neste incidente, em que restou vencida ante a inexatidão do cálculo do valor exequendo. E pelo princípio da sucumbência o vencido na demanda deve arcar junto ao vencedor o encargo de verba honorária advocatícia.

No caso concreto, o cerne da discussão é se se estende à Defensoria Pública o mesmo direito à gratuidade concedido à parte.

O deferimento da gratuidade de justiça é benefício disciplinado na Lei n. 1060/50, para que os hipossuficientes possam ter acesso a Justiça, sem prejuízo

do sustento próprio ou da família, enquanto os honorários definem-se como verba em prol dos advogados. Assim, não há que se confundir o deferimento da gratuidade de justiça com a concessão de honorários advocatícios, conforme dispõe o art. 98 do CPC.

"Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

(...)

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário".

Assim, respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, assiste razão ao Município/agravante, pelo que deve ser afastada a concessão de gratuidade de justiça em favor da Defensoria.

Por fim, não há como acolher a pretensão da Defensoria Pública de compensação de verbas honorárias, à vista do disposto no art. 85, §14, do CPC.

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária, consideram-se expressamente pré-questionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, em especial os enumerados pelo apelante, aos quais não se contrariou nem se negou vigência.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento para afastar a observação de gratuidade em relação à Defensoria Pública, mantida a decisão agravada quanto ao valor, de R$ 500,00, fixado no incidente pertinente à verba honorária.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2234427-15.2017.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante VIA VENETO ROUPAS LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE PIRACICABA.

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 6.097)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Município de Piracicaba – IPTU e taxas dos exercícios de 2004 e 2005 – Ilegitimidade passiva da parte executada – Impossibilidade de alteração do polo passivo da demanda – Inteligência da Súmula nº 392 do STJ – A modificação do sujeito passivo da relação tributária em razão do que dispõem os artigos 121 a 123 e 128 do CTN só é permitida na fase administrativa – Inaplicabilidade do art. 338 do CPC/2015 – Honorários advocatícios fixados em R$ 800,00 (oitocentos Reais) e majorados para R$ 1.000,00 (mil Reais) – Aplicação do § 11 do art. 85 do CPC/2015 – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **VIA VENETO ROUPAS LTDA.** contra a decisão copiada às fls. 168/171, proferida na execução fiscal ajuizada pelo **MUNICÍPIO DE PIRACICABA**, inicialmente em face de Itaiby Construtora e Incorporadora Ltda. e posteriormente direcionada à agravante, que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada com fundamento na ausência de prescrição dos créditos executados relativos aos exercícios de 2004 e 2005, bem como na na legitimidade passiva da excipiente, que se trata de sucessora tributária, nos termos dos arts. 130 e 131, ambos do CTN, já que o IPTU é obrigação propter rem e ela adquiriu o imóvel com a dívida constituída.

Alega a agravante que a decisão merece reforma, com o reconhecimento da prescrição do crédito do exercício de 2004 inscrito na CDA nº 85.005/2009, nos termos do art. 219, §5º, do CPC e Súmula nº 409 do STJ, já que o fato gerador ocorreu em 2004, enquanto a execução foi ajuizada em 29/12/2009. Ademais, sustenta nulidade das CDA´s nºs 85.005/2009 e 85.006/2009, já que os créditos não foram lançados em face do proprietário à época, e ainda, que

Acesso ao Sumário

a agravante é adquirente de boa-fé e não pode responder pelas dívidas, pois não constava qualquer débito incidente sobre o imóvel perante os cadastros da Prefeitura Municipal de Piracicaba. Por fim, requereu a majoração dos honorários advocatícios para que sejam fixados nos termos do § 3º do artigo 85 do CPC/2015.

Não há pedido liminar.

O recurso foi recebido e processado, tendo o agravado apresentado contraminuta às fls.210/223 requerendo a manutenção da decisão impugnada, alegando, em síntese, que a prescrição dos créditos não ocorreu, já que o ajuizamento da ação se deu dentro do prazo estabelecido pelo art. 174 do CTN, e que a cobrança do IPTU referente aos exercícios de 2004 e 2005, posteriores à data da arrematação, permanece lídima, de modo que o adquirente deve suportar o ônus na qualidade de sucessor tributário, nos moldes dos arts. 129 a 131 do CTN, salientando que a transferência da titularidade no cadastro imobiliário ocorreu muitos anos após o ajuizamento, em afronta ao que determina o CTM.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 29/12/2009 pelo Município de Piracicaba em face de Itaiby Construtora e Incorporadora Ltda. para a cobrança de IPTU e taxas dos exercícios de 2001 a 2005.

Posteriormente, em junho de 2015, a exequente requereu a alteração do polo passivo para que nele constasse Via Veneto Roupas Ltda., alegando que o imóvel foi alienado após o ajuizamento (fls.47).

Via Veneto Roupas Ltda. apresentou sua defesa por meio de exceção de pré-executividade alegando que o imóvel era originalmente de propriedade de Itaiby Construtora e Incorporadora Ltda., e, devido ao inadimplemento de valores referentes ao IPTU e taxas, a Municipalidade ajuizou a execução fiscal nº 704/94 em face de referida empresa, restando o imóvel penhorado naqueles autos e arrematado pela Construtora e Incorporadora Delta de Piracicaba Ltda., e posteriormente vendido para Paulino Naoki Kamachi, quem, por fim, transmitiu o bem por compra e venda à excipiente em 06/05/2008.

Sustentou, ainda, que, no ato da compra, realizou levantamento de débitos com base nos cadastros da Prefeitura Municipal de Piracicaba delineados na matrícula, constatando que não havia pendências sobre o imóvel. Não obstante, posteriormente, a Municipalidade contatou a excipiente informando a possibilidade de parcelamento de débitos pendentes sobre o imóvel desde 1991, que ultrapassavam o importe de trezentos mil reais, e que o CPD correto do imóvel é o nº 47290-6, e não o nº 1162380, constante na matrícula, sendo patente que a excipiente é adquirente de boa-fé e a sua sujeição aos débitos exequendos afronta o princípio da segurança jurídica, o qual pretende resguardar as relações jurídicas pautadas na publicidade dos autos e registros públicos delineados nos

Acesso ao Sumário

registros cartorários.

Alegou prescrição dos créditos, já que os fatos geradores se deram entre 2001 e 2004 e o despacho citatório foi prolatado em julho de 2010, bem como sub-rogação dos débitos sobre o preço da arrematação em hasta pública, ocorrida em 18/06/2003, conforme dispõe o art. 130 do CTN. Ademais, arguiu ocorrência de nulidade dos lançamentos inscritos nas CDA´s nº 05005/2009 e 85006/2009, que não foram efetuados em face da proprietária à época, qual seja, Construtora e Incorporadora Delta de Piracicaba Ltda. (fls.54/71).

A Municipalidade de Piracicaba requereu a extinção da execução fiscal em relação ás CDA´s nºs 85.002/09, 85.003/09, 85.004/09 e 85.007/09, já que os débitos eram anteriores à arrematação, e sustentou inocorrência de prescrição dos débitos remanescentes, já que a constituição definitiva se deu com as inscrições na dívida ativa, ocorridas em 01/01/2005 e 01/01/2006, enquanto a execução foi ajuizada tempestivamente em 29/12/2009, nos termos do art. 174, I, do CTN, e ainda, impossibilidade de extinção da lide pela ilegitimidade passiva, ante a redação do art. 339 do CPC/2015, que possibilita a substituição do demandado, salientando que o adquirente não cumpriu a obrigação acessória que lhe competia, deixando de efetuar a alteração cadastral perante a Municipalidade, conforme determina o art. 179 do CTM, sendo cabível, portanto, a substituição da CDA nos termos do art. 392 do STJ, em face do sucessor tributário, tendo em vista que eventuais equívocos cometidos na averbação do bem pelo Cartório Registral não possuem o condão de extinguir o crédito fazendário incidente sobre o bem (fls.123/139).

O D. Juízo *a quo* entendeu por bem rejeitar a objeção com fundamento na ausência de prescrição dos créditos e na legitimidade passiva da excipiente, que se trata de sucessora tributária, nos termos dos arts. 130 e 131, ambos do CTN, já que o IPTU é obrigação *propter rem* e ela adquiriu o imóvel com a dívida constituída (fls.168/171), gerando a interposição do presente recurso, que merece prosperar.

No presente caso, a execução fiscal para a cobrança de IPTU e taxas dos exercícios de 2001 a 2005 foi ajuizada em dezembro de 2009 em face de Itaiby Construtora e Incorporadora Ltda., que deixou de ser proprietária do imóvel no exercício de 2003 quando o imóvel foi arrematado, e posteriormente a exequente requereu a substituição processual, para que no polo passivo constasse Via Veneto Roupas Ltda., proprietária do bem desde maio de 2008, tendo a transferência da propriedade sido registrada no Cartório de Imóveis em 06/03/2009, momento anterior ao ajuizamento (fls.48/52).

A Súmula nº 392 do STJ, dispõe que "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito

passivo da execução."

Sobre a matéria:

"EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTÓRIO CONTRA O ATUAL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CDA NULA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

I - A hipótese em questão diz respeito a execução fiscal relativa a dívida de IPTU e taxas, concernente aos exercícios de 1996 e 1997, em que a Fazenda Pública Municipal requer a inclusão no pólo passivo de pessoa física que adquiriu imóvel da empresa executada no ano de 1995.

II - A sentença a quo julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, com base no art. 267, inciso VI, do CPC, em razão da ilegitimidade passiva ad causam da executada, ora recorrida.

III - É inviável a substituição do sujeito passivo no curso da lide, após a constatação da ilegitimidade passiva ad causam, ensejadora da extinção do processo sem exame do mérito, conforme inteligência do art. 267, inciso VI, do CPC. A substituição da Certidão de Dívida Ativa é permitida até o momento em que for proferida decisão de primeira instância, somente quando se tratar de erro formal ou material, e não em casos que impliquem alteração do próprio lançamento. Precedentes: AgRg no Ag nº 732.402/BA, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 22/05/06; REsp nº 829.455/BA, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 07/08/06 e REsp nº 347.423/AC, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 05/08/02.

IV - Recurso especial improvido." (REsp 705.793/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJe 07/08/2008).

Outrossim, cabia ao Município utilizar-se da esfera administrativa para acionar os responsáveis tributários, nos termos do disposto no art. 131 do CTN, para que, quando da propositura da ação, o requisito da legitimidade estivesse devidamente atendido, prosseguindo-se a ação em face de quem de direito.

Os artigos 121 e 128 do CTN, que tratam da sujeição passiva e atribuição de responsabilidade tributária, autorizam a Fazenda Pública a exigir o crédito de quem de direito, alterando se necessário o polo passivo, desde que na esfera administrativa.

Em sede judicial, quando já definido o legítimo devedor, passam a incidir as normas processuais que vedam qualquer alteração no curso da demanda por ter sido o crédito já consolidado na esfera administrativa.

Ademais, consiga-se que às execuções não se aplica o disposto no art. 338 do CPC/2015, uma vez que o processo executivo fiscal é regido pela Lei

Acesso ao Sumário

nº 6.830/80 e pelo CTN, prevalecendo, portanto, a especialidade destas leis, com aplicação subsidiária da lei geral apenas naquilo que não colidirem com os preceitos contidos nas leis específicas.

Por fim, verifica-se que a decisão condenou a Municipalidade exequente a arcar com os honorários advocatícios da executada, fixados em R$500,00 (quinhentos Reais), nos termos do art. 85 do CPC, em razão da extinção parcial do feito. Assim, considerando-se a extinção total do feito, fixo a verba honorária em R$ 800,00 (oitocentos Reais), que deve ser majorada em R$ 200,00 (duzentos Reais), de acordo com o disposto no inciso I e § 11, do artigo 85, do CPC, equivalendo a verba honorária final a R$ 1.000,00 (mil Reais).

Ante o exposto, **dá-se provimento ao agravo de instrumento**, extinguindo-se a execução fiscal impugnada na sua totalidade, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036153-08.2017.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante MAR ATLÂNTICO - CENTRO DE VELA DE CARAGUATATUBA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.689)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE PRAZO PROCESSUAL. ADVOGADO DA AGRAVANTE QUE SUBSTABELECEU SEM RESERVA DE PODERES A OUTRO PROFISSIONAL. PROVIDÊNCIA QUE IMPLICA EM RENÚNCIA AO MANDATO.

DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO RENUNCIANTE SOBRE OS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQUENTES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por MAR ATLÂNTICO – CENTRO DE VELA DE CARAGUATATUBA contra a r. decisão que, nos autos da ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, indeferiu o pedido formulado pela agravante de devolução do prazo processual (iniciado com a decisão que julgou os embargos de declaração).

Sustenta, em suma, que não houve renúncia ao mandato, mas apenas o substabelecimento sem reservas de poderes, razão pela qual não podendo deixar de ser intimado da decisão que julgou os embargos de declaração. Postula a devolução do prazo (fls. 02/15).

Recurso processado sem efeito suspensivo e contrariado. A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento recursal.

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO com o objetivo de impor à agravante o dever de recuperar área de preservação permanente existente em propriedade ocupada no Município de Caraguatatuba/SP.

Após regular trâmite, o pedido foi julgado procedente pelo Juízo *a quo*.

Interpostos embargos de declaração, estes foram rejeitados. Alegando que não foi intimado de tal decisão, o patrono da agravante requer a devolução do prazo.

Razão, contudo, não lhe assiste.

De acordo com a doutrina pátria, o substabelecimento sem reservas constitui "cessação de procuração" (PONTES DE MIRANDA, Tratado, vol. XLIII, p. 167); "exoneração do mandatário" (SERPA LOPES, Curso, vol. 4, p. 272); "renúncia ao poder de representação" (ORLANDO GOMES, Contratos, p. 425).

De modo que, a juntada de substabelecimento sem reservas de poderes confere ao substabelecido a plena titularidade para representar a parte outorgante, excluindo, consequentemente, os poderes anteriormente concedidos ao substabelecente.

Na hipótese, tendo o patrono da agravante substabelecido sem reserva de poderes à advogada Josely Campos da Silva Almeida Araújo, todas as

Acesso ao Sumário

publicações das decisões proferidas no processo passaram a ser feitas em nome daquela.

Como bem observou a i. Procuradoria Geral de Justiça:

"Importa considerar que, a rigor, as demais petições posteriormente dirigidas pelo Advogado que substabeleceu sem reservas já não traduziam atos praticados em nome do mandante, mas sim postulação individual do Advogado para defesa de interesses profissionais que ele, de forma equivocada, com a devida vênia, entendeu violados. Mandato já não existia" (133).

Correta, assim, a r. decisão que indeferiu o pedido de devolução de prazo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2194087-29.2017.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante EVENTOS E PROMOÇÕES COUNTRY TORRINHA S/C LTDA., é agravado NATURAE VITAE – SOCIEDADE DE PROTEÇÃO ANIMAL E AMBIENTAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.494)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e PAULO AYROSA.

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MEIO AMBIENTE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Rodeios e provas com animais – Atividades não vedadas por lei – Proibição, apenas, do uso de apetrechos técnicos que causem sofrimento no animal – Provas que podem ser realizadas com atendimento dos critérios, limites e exigências estabelecidas na Lei nº 10.519/02, que disciplinam o uso de tais equipamentos – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por **EVENTOS E PROMOÇÕES COUNTRY TORRINHA S/C LTDA**. contra respeitável decisão trasladada a fls. 22/27 que, nos autos da ação civil pública que **NATURAE VITAE SOCIEDADE DE PROTEÇÃO ANIMAL E AMBIENTAL** move contra si e o **MUNICÍPIO DE ITAPUÍ**, deferiu parcialmente a tutela provisória pleiteada pela autora, para determinar, apenas, que a ré se abstenha: (I) de utilizar, nas montarias de bois, touros e cavalos, os instrumentos provocadores de maus tratos, como sedém (quaisquer), esporas (qualquer delas), choques, peiteiras; e (II) de realizar as provas de laço com derrubada de animais, análogas a 'calfroping', 'buudog', 'bareback', 'team roping', laçada de bezerro, laçada dupla, pega garrote e vaquejada e outros.

Pleiteia a agravante a reforma da decisão, para que seja deferida a realização de "rodeios em touros, em sua forma tradicional, utilizando apenas esporas redondas e lisas, não pontiagudas e cintas em lã natural", argumentando que as cintas substituíram os antigos sedéns, os quais sequer serão utilizados, e pugnando para que seja autorizado o uso de tais apetrechos, permitidos pela Lei Federal 10.519/2002 (fls. 11).

Foi deferido o efeito suspensivo/ativo.

Intimada, a parte agravada não apresentou contraminuta (fls. 139).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, em seu parecer, pelo não provimento do recurso (fls. 142/152).

É o relatório, passo ao voto.

Tal como consignado na decisão concessiva do efeito suspensivo, as provas com animais não são, em tese, atividades vedadas por lei. Por outro lado, o ordenamento jurídico estabeleceu, por meio da Lei Federal 10.519/02, como deve se dar a tutela do bem jurídico constitucionalmente assegurado. Não cabe ao Poder Judiciário, mormente em sede de antecipação de tutela, emitir juízo de valor acerca dos critérios adotados pela legislação infraconstitucional, ou substituí-los por critérios próprios.

A Lei Federal 10.519/02 é, à primeira vista, a referência para assegurar o bem-estar e coibir maus tratos aos animais, de modo que, respeitadas as suas diretrizes e limitações, onde se determina, inclusive, a adequação às "*regras internacionalmente aceitas*" (artigo 4° e parágrafos), não se pode presumir a lesividade do uso dos apetrechos nos termos ali previstos, tampouco reputar inconstitucional a sua autorização.

O princípio da precaução não é bastante para sustentar a proibição da realização das provas com animais, porquanto a própria legislação, ao disciplinar o uso de apetrechos técnicos nos animais, implica na presunção de inexistência

Acesso ao Sumário

de dano. Controvertida, portanto, diante da expressa autorização legal, a alegação da autora, fundada nos pareceres e estudos acadêmicos referidos na petição inicial, no sentido de que tais provas e equipamentos, independentemente de qualquer circunstância, causam danos e implicam em maus tratos aos animais, o que afasta, ao menos em sede de juízo provisório, a probabilidade do direito da autora.

Assim, assiste razão à agravante, tendo em vista que tanto o uso de esporas não pontiagudas como o de cintas, cilhas e barrigueiras, confeccionadas em lã natural e com dimensões adequadas, são expressamente autorizados pela Lei nº 10.519/02, devendo, apenas, serem atendidas as exigências, critérios e limites ali previstos, especialmente no seu artigo 4°, caput e parágrafos.

Inviável, mormente em sede de tutela provisória, estabelecer restrições não previstas na legislação que disciplina a realização dos rodeios e o uso dos apetrechos correspondentes.

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - RODEIO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CONSISTENTE NA ABSTENÇÃO ABSOLUTA DO USO DE SEDÉM, ESPORAS, PEITEIRAS, LAÇOS E DEMAIS INSTRUMENTOS QUE CAUSEM SOFRIMENTO FÍSICO AOS ANIMAIS - TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA QUE NÃO SE RESTRINGE APENAS AO EVENTO ESPECÍFICO, ALIÁS, JÁ REALIZADO, MAS A TODOS OS OUTROS, DO MESMO GÊNERO, A SEREM REALIZADOS NA COMARCA - EXTENSÃO DESCABIDA - EFEITO ERGA OMNES NÃO CARACTERIZADO - LIMINAR CONCEDIDA, COM ELEVAÇÃO, INCLUSIVE, DO VALOR DA MULTA - EXAME DO MÉRITO RECURSAL – UTILIZAÇÃO DOS APETRECHOS TÉCNICOS NAS MONTARIAS, SOB OS CRITÉRIOS PREVISTOS NA LEI FEDERAL Nº 10.519/02 - POSIÇÃO CONSOLIDADA DESTA CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE - MONTANTE DA MULTA ADEQUADO AO FIM INIBITÓRIO QUE LHE É INERENTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO". (Agravo de Instrumento 0080475-89.2013.8.26.0000, Relator(a): João Negrini Filho; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do julgamento: 05/09/2013).

Portanto, deve ser provido o recurso, para confirmar a decisão concessiva do efeito suspensivo/ativo, que autorizou a realização do rodeio organizado pela agravante com utilização de "esporas redondas e lisas, não pontiagudas e cintas em lã natural", conforme pleiteado nas razões recursais.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, **nos termos acima alinhavados.**

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007658-89.2016.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante JUVERCINA DE SOUZA AZEVÊDO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.038)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação Cível – Responsabilidade Civil. Indenização por Danos Morais – Assédio moral – Auxiliar de Enfermagem, servidora pública do município, que, durante o estágio probatório, foi convocada para realizar horas extras em todas as folgas de seus plantões e acusada de ministrar medicamento intravenoso errado em paciente por superiora hierárquica, que após tal fato, mesmo ciente de que a autora era portadora de problemas de coluna que a impediam de realizar esforços físicos, transferiu-a para o setor de transporte de macas – Fatos que levaram a autora à depressão (CID F32.1) e estresse grave (CID F43.2), resultando no seu afastamento do trabalho por sessenta dias – Pedido improcedente – Sentença reformada – Assédio moral configurado – Boas avaliações realizadas durante o estágio probatório, antes e após a mudança de chefia, somadas ao testemunho de dois servidores, que demonstram satisfatoriamente a ocorrência do assédio moral – Recurso provido em parte para julgar parcialmente procedente o pedido.

Acesso ao Sumário

Dá-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada por Juvercina de Souza Azevedo em face da Municipalidade de Santo André, deduzindo, em síntese, ser servidora pública municipal, exercendo o cargo Auxiliar de Enfermagem desde agosto de 2010. Sustenta ter tido avaliações positivas nas 2 (duas) primeiras avaliações a que submetida durante o estágio probatório, mas que, após a mudança de chefia, assumida pela enfermeira Sandra Regina Germano Bazílio do Carmo, passou a ser avaliada negativamente e a ser tratada de forma ríspida e agressiva, sendo convocada para fazer horas extras em todas as suas folgas de plantão e acusada de, em 07 de agosto de 2012, ministrar medicamento subcutâneo errado em uma paciente, causando-lhe parada cardiorrespiratória, o que culminou com a abertura de procedimento administrativo, o encaminhamento de denúncia ao Conselho Regional de Enfermagem – COREN e a transferência da requerente para o setor de transporte de macas, mesmo a superiora hierárquica estando ciente de que problemas de coluna dos quais a requerente era portadora a impediam de realizar os esforços físicos necessários ao desempenho da função, situações que causaram à requerente estresse grave e depressão, resultando no seu afastamento do trabalho por 60 (sessenta) dias, após os quais foi novamente transferida de setor e voltou a ter avaliações positivas. Sustenta estar caracterizado o assédio moral a que submetida pela preposta da municipalidade e presente o nexo causal entre o assédio e os danos morais sofridos, azo pelo qual postula a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00. Pedido julgado improcedente (fl. 212/218).

Inconformada, apela a requerente, visando, em resumo, a reforma da sentença, com a inversão do julgado (fl. 221/227).

Processado regularmente com contrarrazões (fl. 231/235), subiram os autos a esta Instância.

É o relatório.

2. A respeitável sentença proferida não pode subsistir.

Juvercina de Souza Azevedo ajuizou ação de indenização por dano moral em face da Municipalidade de Santo André deduzindo ser servidora pública municipal desde agosto de 2010, exercendo o cargo de Auxiliar de Enfermagem no Hospital Municipal de Santo André, tendo sofrido assédio moral por parte de sua superiora hierárquica no período de abril de 2011 a agosto de 2012, situação que teria acarretado um quadro de estresse grave e depressão que culminou com seu afastamento do trabalho pelo período de 60 (sessenta) dias.

Sustenta a requerente ter tido avaliações positivas nas duas primeiras

avaliações a que submetida durante o estágio probatório, mas que, após a mudança de chefia, assumida pela Enfermeira Sandra Regina Germano Bazílio do Carmo, passou a ser avaliada negativamente e a ser tratada de forma ríspida e agressiva, sendo convocada para fazer horas extras em todas as suas folgas de plantão e acusada de, em 07 de agosto de 2012, ter ministrado medicamento subcutâneo errado em uma paciente, causando-lhe parada cardiorrespiratória, o que culminou com a abertura de procedimento administrativo, o encaminhamento de denúncia ao Conselho Regional de Enfermagem COREN e a transferência da requerente para o setor de transporte de macas, mesmo a superiora hierárquica estando ciente de que problemas de coluna dos quais a requerente era portadora a impediam de realizar os esforços físicos necessários ao desempenho da função, situações que causaram à requerente estresse grave e depressão e resultaram no seu afastamento do trabalho por 60 (sessenta) dias.

Sustenta ainda que o procedimento administrativo a que submetida foi arquivado e que a denúncia no COREN-SP resultou na declaração de sua inocência, bem como que, após o afastamento, foi novamente transferida de setor e voltou a ter avaliações positivas, tudo a demonstrar a ocorrência do assédio moral e da existência do nexo causal entre o assédio sofrido e os danos suportados, azo pelo qual postula a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00.

Julgado improcedente o pedido (fl. 212/218), insurge-se a requerente, insistindo na ocorrência do assédio moral e na existência do necessário nexo causal entre os fatos relatados e os danos sofridos (fl. 221/227).

Em primeiro plano de discussão cumpre observar que a hipótese *sub exame* deve ser cuidada sob a temática da responsabilidade objetiva da Administração Pública, dado que se trata aqui de apreciação de um *facere* danoso (Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *in* Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos, *in* RT 552/14).

Consoante disposição inserta no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal "**As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa**". Nesse passo, indiscutível a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes da ação do agente no desempenho de suas funções, o que inclui a prática de eventual assédio moral, não sendo demais observar que o dano moral é gênero do qual o assédio moral é espécie, sendo este o dano causado especificamente na seara de trabalho.

Oportuno recordar a lição de Yussef Said Cahali a respeito do tema: "**No plano da responsabilidade objetiva, consagrada no Direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposo do agente público,**

Acesso ao Sumário

como, também, de ato que, embora não culposo ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo" (Responsabilidade Civil do Estado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p.49).

Na lição de Hely Lopes Meirelles, a responsabilidade civil do Estado compreende a reparação não apenas do dano patrimonial, mas, igualmente, do dano moral, uma vez que "**o abuso no exercício das funções por parte do funcionário não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso, traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa [...] assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco de sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da *responsabilidade objetiva* da Administração, vale dizer, da *responsabilidade sem culpa*, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução dos seus fins**" (grifos do original. Cf. *in* Direito Administrativo Brasileiro, ed. Malheiros, 32ª ed., São Paulo, 2006, pág. 654).

Buscando delinear os limites em que se dá o assédio moral, o artigo 2º da Lei Estadual nº 12.250, de 09 de fevereiro de 2006, que veda o assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta, indireta e fundações públicas, assim estabelece:

> **"Artigo 2º - Considera-se assédio moral para os fins da presente lei, toda ação, gesto ou palavra, praticada de forma repetitiva por agente, servidor, empregado, ou qualquer pessoa que, abusando da autoridade que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a auto-estima e a autodeterminação do servidor, com danos ao ambiente de trabalho, ao serviço prestado ao público e ao próprio usuário, bem como à evolução, à carreira e à estabilidade funcionais do servidor, especialmente:**
>
> **I – determinando o cumprimento de atribuições estranhas ou de atividades incompatíveis com o cargo que ocupa, ou em condições e prazos inexeqüíveis;**
>
> **II – designando para o exercício de funções triviais o exercente de funções técnicas, especializadas, ou aquelas para as quais, de qualquer forma, exijam treinamento e conhecimento específicos;**
>
> **III – apropriando-se do crédito de idéias, propostas, projetos ou de**

Acesso ao Sumário

qualquer trabalho de outrem.

Parágrafo único – Considera-se também assédio moral as ações, gestos e palavras que impliquem:

1 – em desprezo, ignorância ou humilhação ao servidor, que o isolem de contatos com seus superiores hierárquicos e com outros servidores, sujeitando-o a receber informações, atribuições, tarefas e outras atividades somente através de terceiros;

2 – na sonegação de informações que sejam necessárias ao desempenho de suas funções ou úteis a sua vida funcional;

3 – na divulgação de rumores e comentários maliciosos, bem como na prática de críticas reiteradas ou na de subestimação de esforços, que atinjam a dignidade do servidor;

4 – na exposição do servidor a efeitos físicos ou mentais adversos, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional."

Ressalte-se que, segundo a Organização Internacional do Trabalho, o assédio moral também resta configurado quando a vítima tem razoável motivo para crer que sua recusa resultaria em desvantagem em relação ao acesso ou manutenção do emprego, com reflexos em sua progressão dentro da organização, ou ainda que daí resultaria um ambiente hostil, sendo exatamente esta a situação em que se vê o servidor ou funcionário em estágio probatório convocado a fazer horas extras por seu superior hierárquico.

A conduta danosa promovida pelo assediador não pode ser eventual, mas repetida, durante um espaço de tempo suficiente a causar impacto real e configurar verdadeira perseguição, sendo certo que não existe na doutrina e na jurisprudência parâmetro temporal definido, até porque em se tratando de dignidade humana não há como fixar tal parâmetro, pois cada ser humano é único e reage de forma diferente.

De qualquer modo, a configuração do dano sofrido é de difícil comprovação, em especial pelo fato do assediador invariavelmente negar a agressão e afirmar que nada aconteceu, deduzindo que a pessoa está imaginando coisas (Marie France Hirigoyen, Assédio Moral – A violência perversa no cotidiano, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, 4ª edição), e mais, "**uma das formas mais comuns utilizadas pelos agressores é deixar a vítima sem nenhuma atribuição, negar-lhe trabalho, fazendo-a passar o tempo todo no trabalho sem nada para fazer"; "monitoram o tempo que levam para comer ou até para ir ao banheiro", "a violência moral pode ainda se dar através do isolamento. O assediado é mantido sem contato com o restante dos empregados, sem qualquer tipo de comunicação**" (Endereço eletrônico constante do texto original), p.28, visitada dia 19.06.2017), hipótese em que se afiguram essenciais os testemunhos colhidos.

Acesso ao Sumário

A municipalidade refuta a obrigação de indenizar, argumentando que o assédio moral não restou demonstrado, vez que as orientações dadas pela enfermeira Sandra à requerente não tinham caráter punitivo ou de humilhação, mas caráter educativo, visando o bom desenvolvimento dos trabalhos, ressaltando ainda que a realização de horas extras não era obrigatória, tendo a requerente liberdade para se recusar a fazê-las. E no que atine à transferência da requerente para o setor de transporte de macas afirma se cuidar de ato administrativo discricionário que atendeu a conveniência da administração, estando o desempenho de tal tarefa inserido nas atribuições do cargo exercido pela requerente. Por fim, afirma inexistir o necessário nexo causal entre eventual assédio e os danos alegados.

Não é essa, no entanto, a convicção que se extrai do conjunto probatório.

É fato incontroverso que a requerente, admitida em 09 de agosto de 2010, cumpriu estágio probatório durante o qual foi submetida a 9 (nove) avaliações quanto ao seu desempenho em relação aos critérios assiduidade, disciplina, dedicação ao serviço, execução do serviço e responsabilidade, sendo certo que na primeira avaliação, referente ao período de 09 de agosto a 08 de dezembro de 2010, a avaliadora, enfermeira Alcione, considerou o desempenho da requerente em conformidade com o esperado em relação aos cinco critérios, ressaltando que a requerente "**tem bom relacionamento com equipe, solícita**", opinando por sua manutenção no cargo (fl. 51). Conforme se observa do relatório de ocorrências do sistema de recursos humanos, durante o período referente a esta avaliação a requerente não trabalhou em nenhuma de suas folgas, gozando-as integralmente (fl. 163).

O desempenho verificado na primeira avaliação se repetiu na segunda avaliação, referente ao período de 09 de dezembro de 2010 a 08 de abril de 2011, realizada pela enfermeira Fabíola, que ressaltou: "**servidora assídua, colaborativa, organizada, atua em equipe**", também opinando por sua manutenção no cargo (fl. 50). Consta do relatório de ocorrências do sistema de recursos humanos que durante o período referente a esta avaliação a requerente trabalhou em três de suas oito folgas (fl. 163).

A partir da terceira avaliação, referente ao período de 09 de abril a 08 de agosto de 2011, realizada pela enfermeira Sandra, constata-se um acentuado declínio na avaliação do desempenho da requerente, que manteve o desempenho esperado nos critérios assiduidade, dedicação ao serviço e execução do serviço, mas teve seu desempenho quanto aos critérios disciplina e responsabilidade avaliados como inadequados, constando do relatório as seguintes observações: **"servidora orientada que está sendo avaliada criteriosamente referente sua postura e competência"; "orientada a melhorar a postura profissional, respeitar a hierarquia, executando as atividades com competência e técnica oferecendo segurança à pessoa e a equipe"** (*sic*). A avaliadora opinou

pela exoneração da requerente (fl. 49). Conforme se observa do relatório de ocorrências do sistema de recursos humanos, durante o período referente a esta avaliação a requerente trabalhou em todas as suas 8 (oito) folgas (fl. 163).

Na quarta avaliação, referente ao período de 09 de agosto a 17 de dezembro de 2011, o desempenho da requerente foi considerado ainda pior pela enfermeira Sandra, que o avaliou como abaixo do esperado quanto aos critérios assiduidade, disciplina e dedicação ao serviço e inadequado quanto à execução do serviço e responsabilidade, inserindo no relatório as seguintes observações: "**a servidora não apresenta condições técnicas e científicas para desenvolver suas atividades de competência (ilegível), comprometendo a segurança e a qualidade de vida dos pacientes"** e **"realizado diversas orientações a servidora para aprimoramento de seus conhecimentos técnicos científicos para melhoria de seu desempenho profissional obtendo como resposta postura negativa**" (*sic*), mais uma vez opinando por sua exoneração (fl. 47). Consta do relatório de ocorrências do sistema de recursos humanos referente ao período que a requerente trabalhou em 4 (quatro) de suas folgas, tendo permanecido 8 (oito) dias de licença médica (fl. 163/164).

A avaliação de desempenho negativa e o parecer pela exoneração voltaram a se repetir na quinta avaliação, referente ao período de 18 de dezembro de 2011 a 20 de novembro de 2012, também realizada pela enfermeira Sandra (fl. 162). Neste período, conforme se constata no relatório de ocorrências do sistema de recursos humanos, a requerente trabalhou em 5 (cinco) de suas folgas, tendo permanecido 35 (trinta e cinco) dias de licença saúde e 182 (cento e oitenta e dois) dias em auxílio doença (fl. 164).

Na sexta avaliação, referente ao período de 21 de novembro de 2012 a 02 de abril de 2013 – portanto após a suposta aplicação de medicamento errado, transferência para o setor de transportes, afastamento e nova transferência da requerente de setor – a avaliadora, enfermeira Luciana, considerou o desempenho da requerente dentro do esperado para os critérios assiduidade, disciplina, dedicação ao serviço e responsabilidade, e abaixo do esperado o critério execução do serviço, observando o seguinte: "**realização de atividades de forma desordenada, a rotina do setor (ilegível) e prazos não atendidos"** e **"realizada orientação quanto as atividades a serem realizadas quanto a forma e sequência e realizada reunião para orientação e fluxo do trabalho**". Nada obstante, a avaliadora opinou pela manutenção da requerente no cargo (fl. 46).

Nas três avaliações seguintes a requerente voltou a ter seu desempenho avaliado dentro do esperado em relação a todos os critérios, constando no relatório da sétima avaliação, referente ao período de 03 de abril a 16 de agosto de 2013, também realizada pela enfermeira Luciana, as seguintes observações: "**Servidora cumpre a carga horária e as atividades que lhe são atribuídas,**

é colaborativa com a equipe e atende as necessidades dos pacientes" e **"Recebe orientação diária quanto aos atendidos que são lhe atribuídos e é supervisionada pelo enfermagem assistencial, reorientada sempre que necessário. OBS. 2 Servidora foi avaliada anteriormente negativamente no desempenho de suas funções, com indicação de exoneração do cargo. Foi reorientada, treinada e remanejada de setor, onde foi avaliada positivamente, com indicação de ser mantida no cargo**" (*sic*). Mais uma vez a avaliadora opinou por sua manutenção no cargo (fl. 45). E dos relatórios da oitava e nona avaliações, realizadas pelo enfermeiro Marcelo, se extrai, respectivamente, as seguintes anotações: "**Colaboradora no período de avaliação sugerida atendeu aos requisitos solicitados no departamento do Centro Cirúrgico II onde prestou seus cuidados ao cliente com conhecimento e cordialidade conforme levantamento junto ao departamento de ouvidoria a colaboradora não foi citada em 2013 por pacientes, familiares e ou equipes multidisciplinares...**" (*sic* – fl. 44) e **"Colaboradora se encontra desempenhando seus trabalhos no departamento da CME, onde tem demonstrado bom desempenho, organização" e "Foi realizado orientações junto a colaborada, pois hoje se encontra com restrições de peso onde será desempenhado atividades respeitando suas condições clínicas**" (*sic* – fl. 43). Em ambas, o avaliador opinou pela manutenção da requerida no cargo, o que de fato ocorreu, mediante a efetivação da requerida no cargo de Auxiliar de Enfermagem.

Infelizmente, o Relatório de Ocorrências do sistema de recursos humanos mais atualizado carreado aos autos não vai além de 02 de janeiro de 2013 (fl. 163/165), impedindo que se possa aferir se a requerente continuou trabalhando em suas folgas após a mudança de setor e de chefia. Nada obstante, da análise do referido Relatório de Ocorrências é possível constatar uma sucessão de anotações de "folga trabalhada" no período em que a requerente esteve subordinada à enfermeira Sandra, fato que não ocorrera no período antecedente. E da análise dos relatórios de avaliação de desempenho chama a atenção o fato da requerente ter apresentado queda no desempenho, com avaliações negativas e recomendações de exoneração, apenas no período em que esteve subordinada à enfermeira Sandra, tendo apresentado bom desempenho nos períodos antecedente e posterior, quando outros eram seus superiores hierárquicos.

Tais constatações efetivamente constituem fortes indícios de que a requerente foi vítima do alegado assédio moral praticado por sua superiora hierárquica, a enfermeira Sandra Regina Germano Bazílio do Carmo. A certeza da ocorrência do assédio moral, entretanto, emerge da prova testemunhal.

Com efeito, o testemunho de Lia dos Santos de Jesus Fonseca (fl. 200/206), enfermeira encarregada à qual a requerente estava diretamente subordinada à época em que se deram os fatos aqui tratados, foi firme em afirmar que Juvercina trabalhava corretamente, estava sempre presente quanto solicitada,

Acesso ao Sumário

era prestativa, competente e dedicada sob o ponto de vista técnico, afirmando textualmente, quando questionada a respeito da ocorrência que ensejou a transferência da requerente de setor: "**Foi uma reação a uma medicação numa paciente, a paciente passou mal, e a nossa encarregada, a Sandra, falou que foi culpa dela, que foi feita a medicação errada. Mas a paciente teve um desmaio, mas não foi preciso entubar, nada**" (fl. 201). E questionada se a medicação estava correta, respondeu "**Estava correta**" (fl. 202). Questionada quanto ao relacionamento de Sandra com os demais funcionários do setor, respondeu: "**Porque assim, era notório que ela tinha as suas preferidas e as suas não preferidas. E, na verdade, tinha umas que ela tratava mais seca, e outras que ela tratava com cordialidade. Mas ela sempre foi uma chefe bem rígida, gostava das coisas bem corretas. Sempre pegava no pé mesmo**", acrescentando a seguir: "...**sempre teve reclamação das meninas, que reclamavam dela ser mais exigente com umas e menos com as outras. A gente sempre ouvia essa palavra**" (fl. 202/203). Aos questionamentos a respeito dos fatos atinentes à aplicação da medicação supostamente incorreta, assim respondeu:

"A:. Se no dia dos fatos...

J:. Qual dos fatos, exatamente? É que são vários.

A:. É o da aplicação da medicação, teoricamente, incorreta. Se a senhora Sandra chegou a se dirigir à paciente, orientar a paciente, conversar com a paciente, sobre esses fatos.

D:. Ela foi conversar junto com outras enfermeiras que eram, na época, enfermeiras de educação continuada, e ficaram as duas quase uma hora... Não sei precisar, porque não fiquei olhando, mas ficaram conversando com a paciente de portas fechadas.

A:. A senhora sabe o que foi tratado, nessa conversa?

D:. Não.

A:. E se a senhora Juvercina pôde participar dessa conversa.

D:. Não, não participou.

A:. Ela foi convidada, não foi convidada, foi impedida?

D.: Não, não foi chamada.

A:. Se a senhora, na ocorrência da paciente, assim que ela voltou da síncope, se voltou com alguma revolta, algum descontentamento contra a senhora Juvercina. Como foi a reação ?

D:. É estranho. A paciente da síncope... Chegou o médico, e de repente essa paciente acordou perguntando o que estava acontecendo, aonde ela estava, despertou mais e o médico pediu alguns exames, verificamos o P.A. e o destro, tudinho, e ela estava normal. E aí, depois que teve

Acesso ao Sumário

que colher novos exames, aí ela se recusou, não quis mais nem que a Juvercina entrasse no quarto da paciente.

A:. Se essa reação foi antes ou depois da reunião que teve às portas, fechadas.

D.: Depois.

A:. Se no dia dos fatos, desse fato, ela foi chamada para ser ouvida, tendo em vista que era superior direta da autora?

D:. Não.

A:. Se em algum outro momento, foi ouvida?

D:. Sim, depois que eu soube que estavam fazendo um relatório sobre o ocorrido, eu me dirigi à Sandra, e falei 'Não é melhor eu ir também, porque quem estava de plantão era eu'. E aí, eu fui no outro dia conversar, dar o meu depoimento, o que eu vi, como ocorreu os fatos.
A:. Só pontuar se a atitude foi da testemunha em conversar com a Sandra, se colocando à disposição ou a senhora Sandra que solicitou a presença dela.

D.: Não, fui eu que me coloquei à disposição" (fl. 203/204).

A testemunha afirmou ainda que, quando havia a necessidade de orientar um funcionário, Sandra pedia a saída de todos os demais da sala e conversava sozinha com a pessoa a ser orientada (fl. 205). Por fim, questionada a respeito dos problemas de saúde da requerente, respondeu a testemunha:

"A:. E a senhora, como chefe da autora, sabe se ela tinha alguma restrição médica para empurrar maca?

D.: Sim. Ela falava que tinha tendinite, problema de coluna.

A:. Mas isso era atestado com relatório médico ou ela falava isso?

D:. Não. Porque como não entregavam pra mim, era sempre a encarregada, a Sandra, que ficava com o relatório e a receita. E essa parte, ela conversava com a Sandra, não sei se tinha protocolado isso" (fl. 206).

Emerge cristalino do testemunho da enfermeira Lia que 1) Juvercina apresentava bom desempenho profissional e tinha bom relacionamento com a equipe, conforme atestado pelos relatórios das avaliações anteriores e posteriores ao período em que subordinada a Sandra; 2) contrariamente ao afirmado pela requerida, Sandra acusou, sim, a requerente de ter aplicado a medicação errada e culpou-a pela reação que acometeu a paciente; 3) Sandra costumeiramente tratava os funcionários sob seu comando de forma desigual, sendo mais rígida e exigente com uns do que com outros; 4) Sandra não se interessou em ouvir a versão dos fatos da encarregada a quem Juvercina estava diretamente subordinada, sendo necessário que esta se oferecesse para ser ouvida e apresentar a versão dos fatos;

Acesso ao Sumário

5) Sandra costumava orientar os funcionários sob seu comando verbalmente, à portas fechadas e sem a presença de outros funcionários, o que não ocorreu com a requerente, a quem "orientou" na presença de outras servidoras, além de comunicar as orientações à Gerente de Enfermagem; e 6) Sandra tinha ciência das limitações físicas da requerente ao transferi-la para o setor de transporte de macas. Ressalte-se ainda que causam estranheza os procedimentos adotados por Sandra para a apuração dos fatos em relação à paciente que acusou Juvercina de ter ministrado o medicamento errado, reunindo-se a portas fechadas com a paciente e não procurando ouvir a versão da acusada a respeito dos fatos ou mesmo de sua chefe imediata.

Em seu depoimento o enfermeiro Marcelo Minoru Miyasima (fl. 207/210), superior imediato da requerente por período superior a 2 (dois) anos após seu afastamento e nova transferência de setor, também afirma que Juvercina sempre teve um bom desempenho profissional, sem reclamação por parte dos pacientes ou médicos, e que quando havia algum problema em relação a um funcionário, chamava-o na sua sala para conversar, mas que nunca teve qualquer problema em relação a Juvercina, afirmando a respeito do transporte de macas o seguinte:

"A:. Com relação a maca, se era comum enviar funcionários para empurrar a maca, como forma de punição ?

D:. Eu vejo assim, quando eu tiravam funcionários da assistência em si, eu entendo como punição porque tirou o funcionário...

A.: Estamos nos referindo, especificamente, ao auxiliar de enfermagem.

D.: Sim.

A:. E era função do auxiliar de enfermagem, empurrar maca?

D.: Sim, porque tem pacientes que vão pra exames, centro de cirurgia, e faz parte...

J.: Mas pelo que você está falando, quando o auxiliar de enfermagem é designado, exclusivamente, ou preponderantemente é designado ou transferido para empurrar maca, o entendimento no meio hospitalar, é como uma espécie de punição, é isso ?

D:. É, quando não querem o funcionário no departamento, ele é designado para o transporte, para o centro cirúrgico, e acredito que coloque o funcionário como uma punição.

A:. E ele tem conhecimento que o funcionário tinha restrição de saúde para empurrar maca?

D.: Sei que ela faz tratamento de coluna e não pode empurrar maca. Ela pode dar os cuidados, desde que não faça esforço físico como empurrar, levantar paciente e colocar no leito, empurrar a maca..."

Acesso ao Sumário

(fl. 209).

De se ressaltar, quanto ao transporte de macas, trecho do depoimento da enfermeira Lia:

> **"A:. Se ela viu a senhora Juvercina chorando, sofrendo com essa situação.**
>
> **D.: Sim. Ela ficou muito nervosa, chorou, e as meninas tentando consolá-la... Eu falei: 'Aí Ju, a paciente está bem, já está respondendo, vai ficar tudo bem'. E ela foi e falou... E primeiramente ela falou que não ia pegar mais a paciente, que ela não servia nem para empurrar maca"** (fl. 203/204).

O cotejo do depoimento do enfermeiro Marcelo com o trecho acima do relato feito pela enfermeira Lia torna estreme de dúvida que a designação de um Auxiliar de Enfermagem exclusiva ou precipuamente para o transporte de macas, como ocorreu com a requerente, em que pese se tratar de atividade que faz parte das atribuições do cargo, e independentemente das condições físicas do designado, é tido em seu meio profissional como uma atividade menor, destinada a quem não se mostra apto a desempenhar tarefas técnicas e/ou mais relevante, ou, ainda, como uma punição.

É certo que, formalmente, Juvercina foi transferida para o setor de transporte de pacientes por determinação da Gerente de Enfermagem Andréia Aparecida Tavares Bastos (fl. 133), todavia, em seu depoimento ao COREN/SP, Andréia declarou o seguinte: "...**teve conhecimento que [a denunciada] foi transferida do setor e afastada da medicação**" (fl. 29) e Juvercina, também em depoimento ao COREN/SP, declarou que "...**após os fatos foi comunicada pela sua chefia que não mais assumiria mais a responsabilidade de administração de medicamentos e, que seria transferida para transporte de macas e cadeiras de rodas**..." (fl. 34). Ou seja, inequívoco que a transferência para o setor de transporte efetivamente se deu por determinação da enfermeira Sandra, superiora hierárquica da requerente, configurando a ordem de serviço contendo tal determinação, assinada pela Gerente Andréia, mera formalização da decisão de Sandra. De qualquer forma, irrelevante saber se a decisão de transferência da servidora para o setor de transporte foi determinada pela Gerente de Enfermagem ou pela enfermeira Sandra, vez que a esta incumbia, como responsável pelo setor e sabedora da situação da requerente, informar à Gerente a limitação física da servidora.

Assim, a prova testemunhal harmoniza-se com os demais elementos probatórios contidos nos autos, merecendo especial destaque os depoimentos prestados no processo perante o COREN/SP as declarações da auxiliar de enfermagem Edna Bento Nascimento (fl. 27/28) no sentido de que a requerente sempre acatava as ordens da chefia, de que não teve notícias de reclamações

Acesso ao Sumário

de outros pacientes em relação à requerente, desconhecendo qualquer fato que desabone sua conduta profissional e que, conhecendo sua postura profissional, a requerente não se dirigiria à paciente em tom irônico.

A Gerente de Enfermagem Andréia Aparecida Tavares Bastos que teve conhecimento, através da enfermeira Sandra, de que o relacionamento profissional da requerente com a equipe era bom e que ela acatava as ordens da chefia, que acredita que a queda do desempenho se deu em por excesso de trabalho e falta de colaboração da equipe por sobrecarga de serviço, que era uma pessoa esforçada e disponível (fl. 29/30).

A auxiliar de enfermagem Eleimárcia Oliveira Amorim Costa declarou ter trabalho por um ano e meio com Juvercina e que tecnicamente seu trabalho era bom, era organizada e nunca ouviu nenhuma reclamação dos pacientes, acompanhantes ou membros da equipe, acrescentando que a enfermeira Sandra, embora tivesse outras opções, quase todos os plantões solicitava que a requerente realizasse horas extras, pois era comprometida e comparecia, acreditando que os problemas de relacionamento entre ambas era por questões pessoais (fl. 31/32).

Acrescente-se a tais conclusões que emergem da análise do conjunto probatório o fato de que, pese embora a Comissão Permanente de Inquérito Disciplinar da municipalidade haver determinado a anotação das irregularidades noticiadas no prontuário funcional da servidora, para avaliação pela Comissão de Estágio Probatório (fl. 40), foi a servidora efetivada no cargo ao final do estágio probatório após avaliação realizada pela Gerente de Enfermagem Andréia, e pelas enfermeiras Alcione A. Alves e Fabíola H. S. Araújo, que destacaram se tratar de servidora assídua, disciplinada, dedicada ao serviço, organizada na execução do serviço, responsável e com bom relacionamento com a equipe de trabalho, conforme se extrai da decisão do COREN/SP que absolveu a requerente (fl. 34/35).

Ressalte-se ainda que a denúncia encaminhada ao COREN/SP, após regular processamento, resultou na absolvição da requerente, por unanimidade, pelo Plenário do órgão (fl. 22/23), que não encontrou elementos comprobatórios de que a medicação realmente foi administrada erroneamente ou que a requerente não estivesse capacitada para exercer suas funções (fl. 35).

Nesse passo, restou sobejamente demonstrado que a requerente foi vítima de assédio moral praticado por sua superiora hierárquica, que, abusando da autoridade conferida por sua função: a) colocou-a sob avaliação criteriosa, tratando-a de forma mais rigorosa e exigente do que os outros funcionários e emitindo relatório com avaliação negativa e parecer opinando por sua exoneração, enquanto colegas de trabalho avaliavam como bom o desempenho da servidora; b) solicitando à servidora que realizasse horas extras seguidamente em suas folgas de plantão, chegando a requerente a ficar mais de 6 (seis) meses sem

Acesso ao Sumário

uma única folga – a requerente folgou em 24 de fevereiro de 2011 e somente voltou a folgar em 14 de setembro daquele ano – pois, estando ainda em estágio probatório, tinha razões razoáveis para acreditar que eventual recusa pudesse refletir negativamente em sua avaliação de desempenho; c) "orientando-a" na presença de outros servidores e comunicando até a menor de suas falhas à Gerente de Enfermagem, diferentemente do procedimento adotado em relação aos demais funcionários, como se observa dos documentos carreados aos autos pela própria municipalidade (fl. 166/174), que eram reorientados ou encaminhados para o programa de educação continuada; d) transferindo-a para o setor de transportes de macas, mesmo ciente de que a servidora tinha limitações físicas decorrentes de problemas na coluna lombar (CID M54.5 – fl. 72) que a impediam de desempenhar tarefas que exigissem o deslocamento de peso; e) acusando-a de haver ministrado o medicamento errado, fato não comprovado, mesmo ciente de que a reação apresentada pela paciente se encontrava dentre aquelas reações adversas possíveis previstas. Assim agindo, a enfermeira Sandra atingiu a autoestima e a dignidade da requerente com o objetivo de prejudicar seu desenvolvimento e evolução profissional e funcional, causando-lhe danos morais que comprometeram seu equilíbrio psicológico e culminaram com o diagnóstico de depressão (CID F32.1) e estresse grave (CID F43.2), resultando em seu afastamento do trabalho por 60 (sessenta) dias (fl. 73), danos estes que, com a devida vênia, longe estão de caracterizar meros "incidentes desagradáveis" que não teriam ultrapassado "a barreira da contrariedade", como pontuado pelo MM. Juízo *a quo*.

Como ressalta Sérgio Cavalieri Filho: "**só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo**" (Cf. in Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 83/84).

Oportuno recordar, ainda, as palavras de Wilson Melo da Silva a respeito do dano moral, que bem tratou acerca do tema:

> **"Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.**
>
> **Jamais afetam o patrimônio material, como o salienta DEMOGUE. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não**

Acesso ao Sumário

para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final.

Seu elemento característico é a dor, tomado em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.

Danos morais, pois, seriam, exemplificativamente, os decorrentes das ofensas a honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal" (Cf. *in* O dano moral e sua reparação, p. 13).

De fato, o dano moral origina-se tanto no agravo que produz dor psíquica capaz de causar abalo do sistema nervoso, depressão, vergonha, insônia e que fere a dignidade da pessoa, inegável na espécie, quanto na dor física.

A dor, naturalmente, não é mensurável pecuniariamente, dependendo a fixação da indenização da intensidade do sofrimento do ofendido, sua posição social e política, da natureza e repercussão do agravo, da intensidade do dolo ou do grau da culpa do responsável e sua situação econômica.

De outra parte, deve-se também considerar que a indenização não pode ser tão exagerada a ponto de constituir verdadeiro enriquecimento sem causa para quem recebe, nem tão miúda a retirar o condão de inibir a repetição da prática por quem paga.

Nesse diapasão, a fixação de indenização em patamar razoável para o dano moral se justifica, dadas as circunstâncias do dano causado à requerente e a repercussão dos fatos, aliando-se à intensidade do grau de culpa da requerida ao manter no cargo de Enfermeira Encarregada pessoa notoriamente despreparada para o exercício de cargo de chefia porquanto dada a tratar seus subordinados de forma desigual em conformidade com seus critérios pessoais, assediando moralmente aqueles que não são seus "preferidos", não se podendo deixar de lado, outrossim, o nascedouro do dano moral, cujo embrião de terras alienígenas fundado está na pena civil, a qual é imposta a fim de que se possa reprimir um *facere* ou um *non facere*, prejudicial não apenas a uma pessoa, mas a toda uma coletividade, daí porque a reprimenda civil de caráter exemplar, a qual bem se adequa ao caso, é de ser fixado o valor indenizatório do dano moral em R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado monetariamente a partir da publicação do acórdão de acordo com a Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ante a sucumbência recíproca, cada parte arcará com as custas e despesas processuais a que deu causa, bem como com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Por epítome, dá-se provimento ao recurso interposto pela requerente a

Acesso ao Sumário

fim de julgar parcialmente procedente o pedido.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001398-82.2017.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante OLIVIERI E MELEIRO CASA DE REPOUSO PARA IDOSOS LTDA.- ME., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS VIOLANTE (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Casa de repouso – Obrigação de fazer consistente em providenciar licença de funcionamento expedida pelo órgão da Vigilância Sanitária, além de promover as benfeitorias e reformulações cuja necessidade foi apurada em procedimento de fiscalização – Sentença de procedência que merece ser confirmada – Ré que não contestou o pedido, se limitando a afirmar que estava providenciando o cumprimento das determinações – Reconhecimento da procedência do pedido – Recurso desprovido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de OLIVIERI E MELEIRO CASA DE REPOUSO PARA IDOSOS LTDA. - ME, alegando que em procedimento administrativo de fiscalização articulado em conjunto pelo Ministério Público, Conselho do Idoso, CEPROSOM e Vigilância Sanitária, foram traçadas estratégias para uma atuação fiscalizatória eficiente das instituições de longa

permanência para idosos no Município de Limeira. Argumenta que a ré é empresa com finalidade lucrativa que abriga aproximadamente 8 idosos, mas seu estabelecimento funciona sem a devida licença do órgão de vigilância sanitária, aduzindo que ela não cumpre uma série de exigências estabelecidas no Estatuto do Idoso e na RDC 283/2005 da ANVISA, além de terem sido constatadas uma série de irregularidades pelo Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial do Ministério Público NAT. A entidade vem sendo acompanhada desde o ano de 2015 pelo Ministério Público, mas não sanou a maior parte das irregularidades apontadas, acrescentando que houve uma sucessão de proprietários sem cumprimento de qualquer formalidade legal, porquanto celebrados instrumentos particulares, sem alteração do contrato social. Postulou a concessão de liminar *"... para se impor à ré obrigação de, no prazo improrrogável de noventa dias, tomar as providências administrativas e promover as benfeitorias e reformulações descritas, delineadas e detalhadas às fls. 104/109, 183/185 e 237/244 (apontadas pela Vigilância Sanitária) e às fls. 270/283 (apontadas pelo NAT de Piracicaba – Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial do Ministério Público), exibindo ao Juízo dentro do referido lapso temporal o documento consistente na licença de funcionamento expedido pelo órgão da Vigilância Sanitária*", sob pena de multa e interdição, com a confirmação da medida ao final.

A ação foi julgada procedente (fls. 412/416).

Recorreu a ré, pleiteando a inversão do julgado (fls. 418/422).

O recurso foi regularmente processado e contrarrazoado (fls. 423/431).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 466/468).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

Cuida-se de ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de OLIVIERI E MELEIRO CASA DE REPOUSO PARA IDOSOS LTDA. - ME, alegando que em procedimento administrativo de fiscalização articulado em conjunto pelo Ministério Público, Conselho do Idoso, CEPROSOM e Vigilância Sanitária, foram traçadas estratégias para uma atuação fiscalizatória eficiente das instituições de longa permanência para idosos no Município de Limeira. Argumenta que a ré é empresa com finalidade lucrativa que abriga aproximadamente 8 idosos, mas seu estabelecimento funciona sem a devida licença do órgão de vigilância sanitária, aduzindo que ela não cumpre uma série de exigências estabelecidas no Estatuto do Idoso e na RDC 283/2005 da ANVISA, além de terem sido constatadas uma série de irregularidades pelo Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial do

Acesso ao Sumário

Ministério Público – NAT. A entidade vem sendo acompanhada desde o ano de 2015 pelo Ministério Público, mas não sanou a maior parte das irregularidades apontadas, acrescentando que houve uma sucessão de proprietários sem cumprimento de qualquer formalidade legal, porquanto celebrados instrumentos particulares, sem alteração do contrato social. Postulou a concessão de liminar "*... para se impor à ré obrigação de, no prazo improrrogável de noventa dias, tomar as providências administrativas e promover as benfeitorias e reformulações descritas, delineadas e detalhadas às fls. 104/109, 183/185 e 237/244 (apontadas pela Vigilância Sanitária) e às fls. 270/283 (apontadas pelo NAT de Piracicaba Núcleo de Assessoria Técnica Psicossocial do Ministério Público), exibindo ao Juízo dentro do referido lapso temporal o documento consistente na licença de funcionamento expedido pelo órgão da Vigilância Sanitária*", sob pena de multa e interdição, com a confirmação da medida ao final.

A ré apresentou contestação (fls. 398/399), informando que cumpriu as exigências apresentadas pela Vigilância Sanitária, consignando que "*Tendo em vista que os procedimentos realizados não são comprovados por documento, requer, portanto, seja o Ministério Público intimado a se manifestar sobre a realização das referidas modificações e providências solicitadas pela Vigilância Sanitária*". Juntou o alvará do órgão de fiscalização sanitária (fls. 402).

Após manifestação do Ministério Público, sustentando a incidência do disposto no artigo 341 do Código de Processo Civil de 2015 pela ausência de impugnação específica e reclamando da ausência de comprovação de diversas providências constantes do pedido inicial (fls. 405/409), a ação foi julgada procedente nos seguintes termos:

Ante o exposto, confirmando a liminar concedida, JULGO PROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC, para condenar a ré a cumprir, permanentemente, todas as obrigações exigidas formalmente pela Vigilância Sanitária da municipalidade, mantendo a licença de funcionamento expedida pelo órgão da Vigilância Sanitária dentro do prazo, bem como realizando as respectivas benfeitorias e reformulações descritas pertinentes na inicial, no prazo fixado na liminar, sob pena de multa diária já estipulada.

Caso não sanadas as irregularidades no prazo de noventa dias fixados na liminar, fica condenada a ré a imediatamente suspender o exercício de suas atividades, até o cumprimento de todas as determinações dos órgãos administrativos competentes e realizando as respectivas benfeitorias e reformulações descritas pertinentes, tornando definitiva a liminar, mas exasperando a multa para R$10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento, a contar da intimação.

Em razão da sucumbência, arcará a demandada com as custas e despesas

Acesso ao Sumário

processuais.

Após o decurso do prazo de noventa dias, intime-se a ré pessoalmente quanto ao teor da presente sentença e liminar.

Contra essa sentença, recorre a ré, argumentando que a atual responsável pela casa de repouso, Sra. Denise Aparecida de Moraes Paulino, adquiriu a empresa da antiga proprietária, Sra. Roseli, em 2016, embora ainda não tenha sido providenciada a transferência da sociedade. Aduz que a antiga responsável jamais comunicou a Sra. Denise a respeito da fiscalização que vem ocorrendo desde 2014, mas a fim de não perder o investimento, apressou-se em colocar a documentação em ordem e a realizar as adequações solicitadas, tendo apresentado o alvará da vigilância sanitária. Postulou a reforma da r. sentença, alegando que a presença de um agente poderia confirmar o cumprimento das providências e que o decreto de procedência da ação "despreza" todo o trabalho efetuado na instituição.

O recurso não comporta provimento.

Ante o teor da defesa apresentada, verifica-se que o caso não é nem propriamente de revelia, mas sim de um verdadeiro reconhecimento da procedência do pedido.

O fato de a casa de repouso estar agora sob a direção da Sra. Denise não altera o desfecho dado causa, pois o proprietário não se confunde com a sociedade empresária, cabendo destacar que eventual prejuízo decorrente da aquisição de instituição com pendências judiciais deve ser sanado diretamente com a alienante.

Ainda que todas as providências constantes do pedido inicial tivessem sido cumpridas, evidente que o foram em decorrência do ajuizamento da ação e da tutela provisória deferida (fls. 390/391), de modo que não seria possível cogitar em perda do objeto, sendo de rigor a confirmação da sentença de procedência.

Anoto que o Ministério Público reclama nas contrarrazões que a ré "*... não comprovou o número de cuidadores, de registro de informações em prontuários individuais dos internos, de atividades educacionais, externas, das ações familiares e da revisão da nomenclatura 'Creche" para 'Centro-Dia*", além de não ter demonstrado que efetuou as benfeitorias e adaptações requeridas. Como quer que seja, essas questões dizem respeito ao cumprimento do julgado, e não interferem no desfecho dado à causa na fase de conhecimento.

No que tange ao pedido de concessão da gratuidade para conhecimento do presente recurso, fica indeferido, porquanto não demonstrado o preenchimento dos requisitos, mormente considerando que, apesar de afirmar no apelo que "*traz-se, em anexo, toda a documentação necessária para a demonstração da impossibilidade do Requerente em arcar com as despesas processuais*" (fls.421), nada foi juntado. No entanto, considerando as sucessivas alterações relativamente

Acesso ao Sumário

à propriedade da empresa ré, bem ainda os presumidos desembolsos decorrentes do cumprimento do título judicial, o recolhimento do preparo recursal fica diferido para o final da ação, devendo ser cobrado juntamente com o restante das custas (v. fls. 416).

Para fins de prequestionamento tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000109-48.2017.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante JOSÉ DO CARMO NEVES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PEREIRA BARRETO.

ACORDAM, em 3ª 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 39.334)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA e MARREY UINT.

São Paulo, 12 de dezembro de 2017.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ato administrativo – Vigilância – Centro de Controle de Zoonoses do Município – Animal portador de Leishmaniose Canina – Determinação para que fosse submetido à eutanásia – Inadmissibilidade – Caso em que o cão está sendo tratado com novo medicamento, utilizado em humanos, e sob acompanhamento de médico veterinário – Ausência de comprovação de que é um risco para os demais animais e para os humanos – Direito subjetivo dos animais que devem ser resguardados, não fazendo sentido o holocausto canino, ao invés de se adotar política pública de saúde adequada para combater a

doença – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelo **Município de Pereira Barreto** contra **José do Carmo Neves**. Diz a inicial que a equipe do Centro de Controle de Zoonoses do Município, em fiscalização de rotina, verificou que o animal de propriedade do requerido, denominado "Bolinha", teve diagnóstico positivo para a doença Leishmaniose Canina, contribuindo para a disseminação da doença para outros animais, bem como para seres humanos. Sustentou ser necessário o recolhimento do animal, mas seu dono se recusa a entrega-lo. Alegou que o único tratamento é a eutanásia, conforme recomendação do Ministério da Saúde. Requereu a concessão de tutela antecipada para que seja autorizado o ingresso na residência do requerido, assim como a retirada do animal para que, ao final, seja autorizada sua eutanásia.

Tutela antecipada indeferida, a fls. 15.

Citado, o réu contestou (fls.28), alegando que a existência de contraprova em que se constata resultado negativo para a doença (fls. 34), requerendo a improcedência da demanda (fls. 114).

Réplica a fls. 46

A ação foi julgada procedente (fls.211) pela juíza Renata Meirelles Pedreño, para compelir o requerido a entregar o animal doméstico, no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R$ 100,00, limitada a R$ 2.000,00.

Insatisfeito, apela o requerido, alegando que existe tratamento para a doença e que, portanto, não deveria ser realizada a eutanásia de "Bolinha".

Recurso tempestivo e contrariado.

É o relatório.

Pretende o requerido a modificação da decisão de primeiro grau com vistas a impedir que seu animal de estimação "Bolinha" tenha de se submeter a eutanásia.

Sustenta que, embora haja a Portaria Interministerial nº 1.426/2008 que determina que os cães infectados por leishmaniose visceral não sejam tratados, mas, sim, mortos, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, juntamente com o Ministério da Saúde, assinou a autorização do registro do medicamento Milteforan, indicado para o tratamento da doença nos cães, não sendo assim mais necessária a utilização da eutanásia nos animais infectados.

Alega que, com o tratamento, o animal deixa de ser um reservatório ativo, não sendo, portanto, mais transmissor da doença.

Embora os animais, a princípio, tenham sido classificados como "bem de uso comum do povo" ou "recursos naturais", pela Lei de Crimes Ambientais, e

Acesso ao Sumário

como "bens móveis" pelo Código Civil, tal posicionamento vem se modificando.

No Brasil, o início dos debates sobre os animais como sujeitos de direito conta com Edna Cardozo dias que, em sua obra "Animais como sujeitos de Direito" (Revista Brasileira de Direito Animal, vol. I, n. 1, p. 120/121) estabelece que os animais já são concebidos como sujeitos de direito pela lei de proteção ambiental brasileira, já que essa lhes assegura direitos subjetivos com a possibilidade de pleiteá-los em juízo.

Assim, por força das leis que os protegem, os animais se tornaram sujeitos de direitos subjetivos e, embora não sejam considerados capazes de fazer valer esses direitos, por si sós, deve o Poder Público e a coletividade fazê-lo, como ocorre com os direitos dos juridicamente incapazes.

Confirmando a teses de que os animais não são "coisas", há precedente do Superior Tribunal de Justiça, evocando o ordenamento jurídico brasileiros, com vistas a afastar práticas cruéis contra animais (REsp nº 1.115.916/MG, rel. Min. Humberto Martins, DJE 18 de setembro de 2009):

> "Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Assim, a Condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, estável e sem justificativa razoável".

Ainda, segundo a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada na Unesco, em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978, da qual o Brasil é signatário, determina:

"Art. 1. Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência.

Art. 2. a. Cada animal tem direito ao respeito.

b. o homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir- se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.

c. Cada animal tem direito à consideração , à cura e à proteção.

Art. 3. a. Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis".

No Brasil, o artigo 255, § primeiro, inciso, VII da Constituição Federal, estabeleceu a proteção animal dando aos animais natureza difusa e coletiva, e imputando ao Poder Público a função de curador da fauna e da flora, proibindo

Acesso ao Sumário

quaisquer atos que prejudiquem o ecossistema ou que submetam animais à crueldade, o que demonstram uma preocupação ética de combate às práticas cruéis.

Se assim é, não há dúvida de que o Município não pode simplesmente determinar que os cães portadores da Leishmaniose Canina sejam executados, sem que seja tentado qualquer tratamento, deixando de aplicar como política pública os meios preventivos de controle da saúde animal.

No caso em apreço, a Portaria interministerial que proíbe o tratamento da doença em apreço com produtos humanos ou não registrados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento viola o princípio da legalidade, afrontado a Lei nº 5.517/68, que dispõe sobre o exercício da profissão de médico veterinário, interferindo no âmbito da competência privativa conferida aos profissionais.

Também fere o disposto no art. 10 da Resolução nº 722/02 (Código de Ética) que garante liberdade profissional ao médico veterinário para "*prescrever tratamento que considere mais indicado, bem como utilizar os recursos humanos e materiais que julgar necessários ao desempenho de suas atividades*".

Assim, ao que tudo indica, a Portaria nº 1.42608 é ilegal, pois extrapola os limites da legislação que regulamenta a garantia de livre exercício da profissão do médico veterinário e as leis protetivas do meio ambiente, conforme já reconheceu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do AC 12031 MS, 0012031-94.2008.4.03.6000, de relatoria do Juiz David Diniz, julgado em 13 de setembro de 2010:

> "Portaria Interministerial nº 1.426 – Mapa. Cães infectados pela Leishmaniose Visceral. Proibição da utilização de produtos de uso humano ou não registrados no mapa. Questão de direito. Ilegalidade. Libre exercício da profissão de veterinário. Lei n. 5.517/68. Artigos 1º, 5º, alíneas a, c e d, e 6º, alíneas b e h. Art. 16 da Lei nº 5.517/68. Código de Ética do Médico Veterinário. Artigo 10 da Resolução nº 722/2002. Decisão acerca da prescrição do tratamento aos animais e recursos humanos e materiais a serem empregados. Prerrogativa do veterinário. Afronta à legislação protetiva do meio ambiente. Lei nº 9605/98. Crimes contra a fauna. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Inconstitucionalidade. Reflexa. Honorários. Apelação provida."

Além de ilegal, a Portaria sob análise mostra-se totalmente contrária aos princípios constitucionais, na medida em que engessa a atuação do médico veterinário, restringe a possibilidade de tratamento de animais doentes e força a prática da eutanásia.

Trata-se, portanto, de medida que se revela cruel e contrária ao dever de cuidar dos animais, com ética e moralidade, defendendo-se os seus direitos.

Acesso ao Sumário

Ainda, segundo Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical de março/abril de 2001, o programa de eliminação de cães doméstica apresenta o menor suporte técnico-científico entre as três estratégias do programa de controle.

Os consultores recomendaram que fosse suspensa a eliminação dos cães e sugeriram que, na ausência do vetor ou de casos humanos, as medidas para as áreas com a doença fossem vigilância e educação em saúde.

Da mesma maneira, segundo o trabalho "Aspectos Epidemiológicos da Leishmaniose Visceral Canina (LVC) em Santa Fé do Sul SP", de Agnaldo de Oliveira da Silva e Eliana do Amaral Gimenez:

"Trabalhos científicos demonstram que a prevenção e o tratamento são caminhos menos traumáticos e mais eficazes no controle da incidência de leishmaniose, possibilitando uma qualidade de vida aos infectados e evitando a transmissão no meio urbano.

(...) A Organização Mundial de Saúde (OMS) não indica em momento algum a eutanásia de cães como meio eficaz de controle de leishmaniose, pelo fato de todos os vertebrados serem considerados reservatórios da doença, além de a ciência demonstrar e propiciar alternativas de controle, pois, o verdadeiro animal a ser combatido é o inseto vertor, Lutzomyia longipalpis".

Há vasta medicina combativa dos males causados pela referida doença, à disposição para uso, além de meios eficazes para evitar a retransmissão do protozoário, não se justificando, portanto, o extermínio de cães.

O que deve fazer o Poder Público é a adoção de medidas efetivas para combater o inseto vetor, verdadeiro transmissor da doença, atacando seu criadouro, e promover a conscientização da população quanto à gravidade da doença, as formas de transmissão e formas de prevenção.

Afinal, não se trata de doença contagiosa, mas de doença vetorial, que só pode ser transmitida aos humanos e cães pela picada do inseto, podendo-se estabelecer uma comparação com a doença dengue, provocada também pela picada do "aedes aegypti".

Acesso ao Sumário

Evidentemente, a dengue não é combatida através da eutanásia humana, mas sim por políticas públicas de elaboração de planos e campanhas para controlar a proliferação do inseto vetor.

Há ampla bibliografia científica documentando que o animal soropositivo para LVC, adequadamente tratado, sob supervisão de médico veterinário e protegido pelas medidas de prevenção, não apresenta protozoários na pele, não podendo, portanto, ser considerado infectante par ao inseto transmissor, podendo, portanto, conviver com seres humanos e outros animais.

No caso dos autos, o requerido recorrente trouxe aos autos a comprovação de que o seu cão está sendo submetido à tratamento junto à clínica veterinária,

mostrando-se, portanto, desnecessário o seu sacrifício.

Nesse sentido:

" Agravo de instrumento. Ação civil pública. Eutanásia canina como política pública de controle de Leishmaniose visceral canina. Providência irreversível e de eficácia científica duvidosa) possibilidade de tratamento dos animais). Necessidade de eliminar o inseto vertor do protozoário, e não o cão, que é tão vítima da moléstia como o homem (existência de outros animais que tem a mesma potencialidade transmissiva mas que não são 'incomodados' pela saúde pública). Proibição do holocausto canino" (Agravo de Instrumento nº 0013792-50.2010.4.03.0000/MS, rel. Des. Federal Johnson di Salvo, j. em 28 de maio de 2015)

De fato, não tem sentido submeter cães ao holocausto sem tentar tratar os animais doentes, devendo-se preservar os laços afetivos existentes entre os cães e os humanos.

Ainda, somente o Brasil, de todos os países em que a doença é endêmica utiliza a eutanásia como solução para o problema, o que indica que não se tem adotado correta Política Pública de Saúde para resolver a questão.

Assim, não há dúvida de que a decisão não pode ser mantida, acolhendo-se o pedido do apelante para evitar que o animal seja exterminado, devendo continuar sendo submetido a tratamento junto a médico veterinário, podendo o Poder Público acompanhar o tratamento e auxiliar o requerido, caso necessário, no combate da doença.

Em razão da alteração da decisão, inverte-se o ônus da sucumbência.

Dessarte dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005035-10.2016.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é apelante LUIS GONZAGA ANTONIAZZI SOBRINHO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.215)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA e FERRAZ DE ARRUDA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.
ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: DIREITO PÚBLICO – AÇÃO AUTÔNOMA DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – APELAÇÃO DO AUTOR – Imóvel do requerente sujeito ao procedimento de tombamento – Pretensão à prova pericial para averiguação de valor arquitetônico e/ou histórico – Novo Código de Processo Civil que modificou o sistema de produção antecipada de provas – Desnecessidade do *periculum in mora* nas hipóteses, como dos autos, do artigo 381, II e III, do N.C.P.C. Sentença terminativa reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo autor contra a r. sentença de fls. 28/30, cujo relatório é adotado, a qual indeferiu a inicial de produção antecipada de prova, julgando o processo extinto com fulcro no artigo 485, I, do N.C.P.C., condenando o autor às custas processuais.

Em recurso (fls. 33/39), o requerente sustentou, em síntese, que faria jus à produção antecipada da prova pretendida, eis que o requisito urgência não seria essencial ao seu deferimento, havendo necessidade da perícia em comento para evitar ou justificar eventual ajuizamento de ação judicial.

Recurso preparado (fls. 40/42) e processado (fls. 43).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

De proêmio, consigne-se que a r. sentença foi publicada em 17.11.2016 (fls. 32), aplicando-se ao caso, portanto, as disposições do Novo Código de Processo Civil, em conformidade com o disposto no artigo 14 do referido diploma processual.

Sob essa perspectiva o recurso merece provimento.

Com efeito, embora a petição inicial não prime pela melhor técnica processual, sendo deveras confusa (ora pleiteia a prova com base no risco de seu perecimento, ora a postula para estudar a viabilidade de futura demanda), de seus termos consegue-se aferir elementos suficientes para o prosseguimento da demanda.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, cumpre salientar que não se trata de "*medida cautelar de produção antecipada de provas*", eis que as medidas cautelares nominadas foram abolidas do N.C.P.C., mas *ação probatória autônoma*, instituto previsto nos artigos 381 a 383 do novel diploma processual.

Sobre o assunto, cumpre transcrever os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *"A produção antecipada de provas perdeu sua natureza de cautelar, tornando-se tão somente uma ação probatória autônoma, pela qual se produz uma prova antes do processo principal sem a necessidade de ser comprovado o periculum in mora. (...) E o legislador também fez a justificação perder a natureza cautelar, que agora, somada à produção antecipada de provas, deu origem à ação probatória autônoma."* (Neves, Daniel Amorim Assumpção; Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015; São Paulo: Método, 2015, p. 627).

Feitas essas considerações, passa-se à análise do recurso, o qual comporta provimento.

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil trouxe, em seus artigos 381 a 383, novo regramento acerca da produção antecipada da prova, prevendo, diferentemente do Código Buzaid, a possibilidade de seu requerimento não apenas naqueles casos em que se pretenda resguardar o direito (artigo 381, I), mas também para embasar eventual autocomposição ou orientar as partes sobre as chances de ganho em eventual ajuizamento de ação (artigo 381, II e III).

Nesse sentido, afirma Teresa Arruda Alvim Wambier:

> *"Além da produção antecipada da prova com base na urgência, em razão do risco de perecimento do seu objeto ou fonte, o NCPC, no art. 381, II e III, prevê a possibilidade de produção da prova antes da propositura do processo de conhecimento quando tal medida possa viabilizar* ***tentativa de solução consensual do conflito ou auxiliar as partes no juízo de deliberação prévio à propositura da ação principal****."* (Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al.] – 1 ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 660).

E ainda preleciona José Miguel Garcia Medina:

"Mas o CPC/2015 inova ao permitir a produção antecipada de provas sem que se exija a demonstração de risco, ou de urgência na produção da prova. Admite-se a produção antecipada de prova, também, com o intuito de se viabilizar a realização de conciliação ou outro modo de composição de conflito (art. 381, II do CPC/2015) bem como para se justificar ou, até, evitar o ajuizamento de ação (art. 381, III do CPC/2015). (...) Diante das provas produzidas no procedimento regulado nos arts. 381 ss., podem as partes

Acesso ao Sumário

avaliarem suas reais chances de êxito, e verem-se estimuladas à conciliação. Talvez, diante da pouca perspectiva de êxito, pode-se até mesmo evitar um novo processo. O CPC/2015 reconhece expressamente, pois, que o direito à prova é exercitável através de ação autônoma (não se trata, pois, de ação cautelar, diversamente da disciplina procedimental que lhe dava o CPC/1973). A previsão de uma ação com o intuito de obter a prova também importa no reconhecimento de que não apenas o juiz, mas também as partes são destinatárias da prova." (Medina, José Miguel Garcia; Novo Código de Processo Civil Comentado; 1 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408).

Nesse contexto, o modelo atual adotado pelo N.C.P.C., a toda evidência, permite a postulação da prova antecipada por qualquer pessoa juridicamente interessada em sua colheita, a fim de empregá-la em eventual processo judicial futuro ou mesmo para evitar o ajuizamento de demanda.

E, nos termos do artigo 382 do N.C.P.C., "*Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair*."

No caso em tela, pretende o autor a realização de perícia no seu imóvel, objeto de procedimento de tombamento e já sujeito ao tombamento provisório, para verificar se este possui, de fato, as características arquitetônicas que embasaram o referido procedimento.

O postulante aduziu que a prova possuiria dois objetivos, quais sejam: "(...) *(a) realização de vistoria, para constatação e análise de que o imóvel sub-judice não se trata de um LEGÍTIMO art-decó, não estando com suas características originais de arquitetura preservadas, a fim de vislumbrar seu tombamento (b) cálculo de desvalorização do valor de mercado caso o tombamento definitivo do imóvel sub-judice se concretize*" (fls. 07).

Além disso, afirmou que "(...) *somente resta ao Requerente produzir antecipadamente a prova pericial, com fito único de perpetuar a veracidade dos fatos acima expostos,* ***cujo resultado prévio da prova possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação principal****, bem como viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado para a solução do conflito*." (fls. 04, destaquei em negrito).

Em sede de apelação, sustentou que a prova antecipadamente perseguida tem o "(...) *objetivo de garantir que o apelante não sofra prejuízo em seu direito de propriedade, decorrente do imperativo e demorado processo administrativo* (...)*", de forma que o resultado da prova pericial "*(...) *possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação principal, bem como viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado para a solução do conflito*" (fls. 36).

Nesse contexto, ainda que ausente o risco de perecimento da prova, eis que o imóvel está sujeito ao tombamento provisório (fls. 16/19), impossibilitando

Acesso ao Sumário

quaisquer alterações em sua estrutura, o autor embasou seu pedido em outros argumentos não calcados **apenas** no *periculum in mora.*

A esse despeito, afirma Luiz Guilherme Marinoni que sequer é necessário que o "(...) *interessado indique para qual 'eventual demanda futura' essa prova se destina. Basta que apresente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova*." (Marinoni, Luiz Guilherme, et al; Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; p. 310).

Dessa forma, evidente que o pedido se enquadra no artigo 381, II e III, do N.C.P.C., razão pela qual de rigor a reforma da r. sentença para receber a petição inicial, devendo o processo prosseguir em seus ulteriores termos, dando-se provimento ao recurso do autor.

3) CONCLUSÃO

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000901-19.2016.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante BARBARA ELIZABETH RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.079)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 15 de dezembro de 2017.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Município de Praia Grande – Servidora Pública temporária – Professora de Educação Infantil – Ação de Indenização – Danos morais – Alegação de agressão ocorrida dentro de escola municipal, praticada por aluno da rede municipal de ensino, o que causou abalo de ordem

Acesso ao Sumário

psíquica na autora, ante a omissão da ré em promover ambiente seguro para o desenvolvimento de suas atividades públicas – Ausência de prova que ateste, com segurança, a ocorrência da propalada agressão física – Inexistência de comprovação do nexo causal entre o acometimento da doença de fundo psiquiátrico da autora com ato omissivo ou negligente da Administração ou de seus prepostos – Omissão e negligência da ré não verificados nos elementos de convicção dos autos – Sentença de improcedência da demanda mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 96/99) interposta por **Barbara Elizabeth Rodrigues da Silva** em ação de indenização por danos morais ajuizada em face da **Prefeitura Municipal de Praia Grande**, contra a r. sentença (fls. 84/87), que julgou improcedente a demanda, condenando-a ao pagamento das despesas do processo e da verba honorária fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com a ressalva da assistência judiciária já deferida em seu favor (fls. 31).

Os Embargos de Declaração opostos (fls. 90/92) foram rejeitados (fls. 93).

A apelante pretende o provimento do recurso para a reforma integral da r. sentença, arguindo, em resumo, que ficou comprovado nos autos a ocorrência da agressão sofrida nas dependências da escola, apontado para a errônea valoração dada às provas testemunhais na r. sentença, e, daí, a omissão e negligência da ré em promover um ambiente de trabalho seguro e seu dever de indenizar pelo dano moral sofrido.

O recurso foi processado, contrariado (fls. 103/110), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Cuida-se de demanda destinada ao pagamento de indenização por danos morais decorrente de ato omissivo e negligente da ré, em virtude de não promover ambiente seguro para o desenvolvimento das atividades de magistério da autora, consubstanciada em agressão sofrida por um dos alunos da Escola Municipal *Professora Maria Clotilde Lopes Comitre Rigo*, ocorrida no dia 20 de outubro de 2015, no Município de Praia Grande.

Em que pese o entendimento contrário, não há prova segura que se amolde às alegações da autora, nem prova de nexo causal com ato comissivo ou omissivo da ré que se possa considerar com a finalidade de se verificar a

Acesso ao Sumário

ocorrência de dano imaterial indenizável.

Assim, a r. sentença de improcedência da demanda está correta, e, daí, o apelo não vinga.

Eis as boas razões que embasaram a r. sentença, que ficam confirmadas e ratificadas:

> *"A testemunha Bianca Rodrigues não presenciou os fatos e, além disso, é irmã da autora.*
>
> *A testemunha Rita Aparecida não presenciou os fatos. Soube que a autora estava subindo a escada e um aluno teria tentado tirar a bola da mão dela. Tudo o que viu foi a autora chegando na secretaria da escola solicitando uma viatura porque teria sido agredida por um aluno. A direção da escola deu assistência para a autora. Não sabe quais providencias foram tomadas com relação ao aluno, mas a autora se afastou por motivo médico. A autora estava bastante nervosa no dia dos fatos.*
>
> *Katia Ribeiro Dias era diretora da escola na época dos fatos. Salvo engano a autora teria recolhido a bola com que um grupo de alunos brincava e acabou sendo agredida por um dos alunos. A agressão teria ocorrido quando a autora subia a escada para o piso superior. A autora estava bastante nervosa e gritava bastante, até que se acalmou e chamaram a policia. Não se recorda a providencia tomada com relação ao aluno. Na época a autora se afastou de suas funções em razões de saúde, provavelmente relacionado ao caso.*
>
> *Maria Aparecida Araújo Salvalio viu o momento em que o aluno subiu a escada pedindo a bola que estava com a autora, mas de forma insistente. A autora segurava a bola e discutia com o aluno. Depois ficou sabendo que a autora estaria bastante nervosa com a situação envolvendo a discussão, mas ouviu da autora que teria sido agredida com um soco por parte do aluno. Ao que parece ele teria dado um soco na bola e acabou acertando o braço da autora. A testemunha não viu quando o aluno desferiu o soco. Referido aluno tem histórico de comportamento inadequado na escola. A autora sempre foi muito nervosa e havia reclamações de pais de alunos por conta disso.*
>
> *Gledson Ferreira Paiva não presenciou os fatos, mas conversou com a criança e ela contou que teria tentado tomar a bola da autora, mas não a agrediu. Não sabe se foi tomada alguma providencia por parte da direção da escola. Nunca ouviu nada desabonador com relação a autora. Não sabe se o aluno sofreu alguma punição.*
>
> *Os testemunhos acima indicam que de fato houve um desentendimento com a autora e outro aluno por causa de uma bola, mas não demonstram qualquer agressão contra quem quer que seja.*
>
> *As testemunhas ouvidas contaram que souberam pela autora sobre os fatos, mas ninguém presenciou qualquer tipo de agressão.*

Acesso ao Sumário

Era dela o ônus de comprovar as alegações, mas nenhuma prova contundente foi apresentada.

O que ficou nos autos foi a palavra de um contra a do outro, não havendo nenhum contraponto que confirmasse os fatos narrados na inicial.

Ainda que assim não fosse, não seria possível identificar qual foi a participação do Município no episódio, a não ser o fato de o entrevero ter ocorrido dentro de uma escola de sua propriedade.

Em se tratando de uma professora, o que se espera é que tenha domínio sobre os alunos e não o contrário. Salvo melhor juízo, a inabilidade profissional da autora permitiu que os alunos criassem algum tumulto, muito embora não haja prova de agressão.

Neste passo, a ação improcede."

Com efeito, inexiste nos autos prova segura da ocorrência de agressão por parte de aluno da escola, onde a autora exerce sua profissão de professora.

Há, com efeito, a notícia de Boletim de Ocorrência de ato infracional (fls. 11/13); todavia, não há notícia de seu desfecho, comprovando a materialidade e autoria da agressão, observando, ainda, a inexistência do exame de corpo de delito correlato, que pudesse constatar a agressão física aventada.

Ademais, nada em termos de perícia médica, mesmo que indireta, foi feito. Nem sequer há uma fotografia da lesão, atestado médico relativo à sequela da suposta agressão física, ou, ainda, notas fiscais de remédios correlatos.

E, com efeito, a prova oral colhida nos autos não é suficiente à constatação da ocorrência de agressão física suportada pela autora.

Dela, de fato, se pode extrair a ocorrência de algum tumulto ou um entrevero; todavia, agressão alguma está certa ou evidenciada.

De outro giro, as doenças de fundo psicológico e psiquiátricos acometidas à autora (CID 10 F48.9 - Transtorno neurótico não especificado; CID 10 F43.2 - Transtornos de adaptação; e, CID 10: F39 - Transtorno do humor afetivo não especificado), conforme os atestados médicos exarados por psiquiatra particular (fls. 18/20), não se prestam à estabelecer qualquer nexo causal com a eventual ocorrência do possível entrevero ocorrido nas dependências da escola municipal ou, ainda, com algum eventual ato omisso e negligente da Administração, lembrando-se, mais uma vez, que neste ponto, não houve perícia médica, nem a autora protestou para isso, saciando-se com o deferimento da prova oral.

Acesso ao Sumário

Assim, também não há prova de omissão ou a negligência da municipalidade ou de algum de seus propostos.

E, nos termos do art. 373, I, do CPC, era da autora o ônus de provar os fatos constitutivos do direito que invoca em Juízo. E esta oportunidade lhe foi concedida.

Assim, ausente prova suficiente ao convencimento para os fatos que dão suporte ao direito suscitado, inviável a indenização pretendida.

Sublinhe-se que a demanda é manca por falta da comprovação segura da real ocorrência da propalada agressão, bem como do nexo causal entre ato omissivo ou comissivo da Administração, ou mesmo de negligência.

E, sem a prova segura do nexo causal e da culpa (ou responsabilidade do ente público e de seus prepostos, por omissão), inviável a indenização pretendida.

A boa doutrina, no saber do eminente tratadista **Rui Stoco**, assim descreve o caminho para o descortino do nexo causal:

> *"O nexo causal constitui um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. É o vínculo entre a conduta e o resultado.*
>
> *Mas, a determinação do nexo causal traduz-se em uma quaestio facti. Ou, como lembra Sérgio Cavalieri Filho, 'o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado' (programa de Responsabilidade Civil 5. ed., 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66).*
>
> *(...)*
>
> *É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes (ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e o dano), que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de René Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certa regra; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria' (Traité des Obligations en général, v. 4, n. 66).*
>
> *O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.*
>
> *(...)*
>
> *Adverte Caio Mário ser 'este o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da causa, desponta a sua complexidade maior. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal. Como explica Genéviève Viney, 'cabe ao jurista verificar se entre os dois fatos conhecidos (o fato danoso e o próprio dano) existe um vínculo de causalidade suficientemente caracterizado' (Traité de Droit Civil a cargo de Jacques Ghestin, Les Obligations, Responsabilité Civile, n. 333, p. 406)' (Responsabilidade Civil cit., p.76).*
>
> *Como observou Serpa Lopes, não se deve confundir 'nexo causal' com 'imputabilidade'.*

Acesso ao Sumário

(...)

Desse modo, para determinar se uma condição constitui uma 'causa' do evento ou resultado procede-se eliminando in mente essa condição. Se, ainda assim, o resultado persistir, essa condição não será a causa. Ou, nas palavras de Hans Welzel: 'Toda condição que não pode ser mentalmente suprimida sem que com ela desapareça o efeito, é causa' (cf. Zamprogna Matielo. Responsabilidade Civil do Médico. Sagra Luzzatto, 1998, p. 75)." (**Stoco, Rui**. Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª edição. São Paulo: RT, 2007, p. 150/151).

Portanto, ausente a prova do nexo causal e da culpa da Administração, não se prestam, em meu ver, nessas circunstâncias em que os fatos ocorreram, argumentos apoiados na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na teoria do *faute du service* e omissão ou falha da ré, com relação à doença de fundo psiquiátrico da autora.

Logo, solução diversa da improcedência da demanda não é viável.

É, ainda, o entendimento do E. STF acerca do tema:

"Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o eventus damni, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido." (RE 481.110-AgR, rel. **Min. Celso de Mello**, j. em 06/02/2007, Segunda Turma, DJ de 09/03/2007.) No mesmo sentido: AI 299.125, rel. **Min. Celso de Mello**, decisão monocrática, j. em 05/10/2009, DJE de 20/10/2009; RE 109.615, rel. **Min. Celso de Mello**, j. em 28/05/1996, Primeira Turma, DJ de 02/08/1996. Vide: ARE 663.647-AgR, rel. **Minª Cármen Lúcia**, j. em 14/02/2012, Primeira Turma, DJE de 06/03/2012;

"A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/1969 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo

da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada." (RE 130.764, rel. **Min. Moreira Alves**, j. em 12/05/1992, Primeira Turma, DJ de 07/08/1992).

Por consequência, correta a r. sentença, impõe-se o desprovimento do apelo.

A verba honorária não foi objeto de irresignação, daí, pois, permanece como lançada na r. sentença.

Outrossim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referido no recurso.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001152-17.2010.8.26.0040, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA-DE-AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação do embargante e julgaram prejudicado o recurso da FESP. V.U. Sustentou oralmente o advogado Luís Henrique C. Pires.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Sentença que reconhece litispendência em relação à

ação anulatória de débito fiscal e extingue o processo de Embargos à Execução, sem exame de mérito – Impossibilidade.

Não há como se penalizar a embargante por exercitar seu direito de defesa – Prejudicialidade externa que impõe a suspensão da Execução e dos respectivos embargos, até decisão final da ação anulatória.

R. sentença extintiva – ANULADA.

Apelação da FESP insurgindo-se contra metodologia de cálculo dos honorários advocatícios – PREJUDICADA.

RECURSO DE APELAÇÃO DO EMBARGANTE PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DA FESP PREJUDICADO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos à execução fiscal opôs por **COPERSUCAR COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA DE AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em virtude de execução fiscal movida pela **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, tendo por objeto a cobrança do ICMS apurado no AIIM nº 3.045.061-5, que deu origem ao Processo Administrativo DRT-06-479637/2003. Aduz, em apertada síntese, a necessidade de suspender a execução em virtude de ajuizamento de ação ordinária previamente ajuizada questionando a mesma relação tributária e, no mérito, alega que a autuação não deve subsistir eis que formalmente nula, além de ter se dado em virtude de equivocada interpretação da legislação fiscal.

A FESP apresentou impugnação (fls. 748/761).

Sobreveio r. sentença de fls. 976/977 que reconheceu a litispendência destes autos com os do processo nº 0105188-42.2008.8.26.0053, nos seguintes termos, *verbis:*

"(...) Às fls. 203/224 consta cópia da inicial protocolada em 19/02/2008, que guarda identidade de partes, causa de pedir e pedido, sem prova de julgamento definitivo da lide, conforme extrato de fls. 948/958.

De acordo com os documentos juntados pelo embargante, o pedido aqui deduzido já foi veiculado naquela outra ação, sendo, portanto, incabível o seu julgamento por este juízo.

Assim, de rigor é a extinção do processo, sem resolução do mérito, com base no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

Condeno o embargante ao pagamento das custas e despesas processuais,

Acesso ao Sumário

bem como em honorários advocatícios que fixo em R$ 2.000,00, já que a porcentagem de 10% sobre o valor da causa devidamente atualizado se mostra altamente desproporcional na hipótese.

Prossiga-se nos autos da execução. P.R.I.C"

Vieram embargos de declaração da FESP (fls. 980/982), rejeitados (fls. 989).

Apela a FESP (fls. 991/994), sustentando tão somente que os honorários advocatícios foram fixados em patamar irrisório, tendo em vista a dimensão do executivo fiscal, de sorte que requer sejam fixados na forma do artigo 85, § 30º, III e § 4º, III do CPC.

Recurso tempestivo, isento de preparo e desacompanhado de contrarrazões.

Apela **COPERSUCAR COOPERATIVA DE PRODUTORES DE CANA DE AÇÚCAR, AÇÚCAR E ÁLCOOL DO ESTADO DE SÃO PAULO** (fls. 996/1000), sustentando, em síntese: a) que na petição inicial, além das questões de mérito suscitadas, foi requerido o sobrestamento destes embargos à execução eis que pendente o julgamento da ação anulatória nº 0105188-42.2008.8.26.0053, previamente ajuizada, na qual se discute exatamente a mesma exigência fiscal; b) não se trata propriamente de litispendência, mas de caso em que o julgamento de um feito deve ficar suspenso porque seu deslinde final depende do julgamento de um outro processo, nos termos do art. 313, V, "a", do CPC/2015; c) é a existência dos embargos à execução fiscal que mantém suspensa a execução fiscal, de sorte que se estes forem extintos há risco de ser determinado o prosseguimento da Execução Fiscal; d) o feito jamais poderia ser extinto integralmente pois os temas não coincidentes devem ser apreciados. Requer a reforma da sentença para afastar a extinção dos presentes embargos e determinar a sua suspensão atém decisão final na ação ordinária anterior.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 1003/1006), acompanhado de contrarrazões (fls. 1012/1013).

Os autos inicialmente foram encaminhados à C. 4ª Câmara de Direito Público, e em v. acórdão daquele C. Órgão Fracionário, de relatoria do Exmo. Des. Luis Fernando Camargo de Barros Vidal (fls. 1036/1039), declinou-se da competência do julgamento dos recursos para esta Colenda Câmara, nos termos do art. 105 do RITJSP, em virtude de ter sido Relatora nos autos de nº 0105188-42.2008.8.26.0053, nos quais se discute exatamente a mesma exigência fiscal.

É o relatório.

No caso concreto, como a r. sentença foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2.015, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Respeitado o esforço argumentativo dos procuradores da FESP e o entendimento diverso do MM Juízo "a quo", o recurso de apelação do embargante

Acesso ao Sumário

merece total provimento.

Com efeito, esta subscritora foi Relatora dos recursos de apelação da ação de rito ordinário de nº 0105188-42.2008.8.26.0053, nos quais se discute exatamente a mesma exigência fiscal debatida nos presentes autos de embargos à execução fiscal. E assim restou ementado o v. acórdão, *verbis:*

> *"AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - ICMS - VENDA DE COMBUSTÍVEL - De acordo com o art. 36, § 4º, do RICMS: Presume-se interna a operação caso o contribuinte não comprove a saída da mercadoria do território paulista com destino a outro Estado ou a sua efetiva exportação. A existência de relação comercial com cláusula FOB não atinge as relações com o Fisco, nos termos do art. 123 do CTN. Apelante que não comprovou que as mercadorias foram recebidas no destino declarado. Adquirentes que não possuíam estrutura física para recebimento das mercadorias - Legitimidade da autuação quanto ao imposto devido. Multa tributária. Aplicação do princípio constitucional do não-confisco. Orientação do Pretório Excelso no sentido de que delineiam efeitos confiscatórios as penalidades que suplantem 100% do valor do imposto não-recolhido – Necessidade de redução da multa a tal patamar. Incidência da Taxa SELIC. Inconstitucionalidade parcial da Lei Estadual nº 13.918/09 reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte. Agravo retido provido neste sentido. RECURSO DE AGRAVO RETIDO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO."* (TJSP; Apelação 0105188-42.2008.8.26.0053; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/04/2017; Data de Registro: 24/04/2017)

Esta subscritora foi Relatora, ainda, do v. acórdão que rejeitou os embargos de declaração opostos pela COOPERATIVA (recurso nº 0105188-42.2008.8.26.0053/50000).

Observo, ainda, que nos autos da ação ordinária de nº 0105188-42.2008.8.26.0053 discute-se não somente o A.I.I.M. 3.045.061-5, como outros autos de infração diversos.

Acesso ao Sumário

Já em consulta ao sistema eletrônico "SAJ", verifiquei, finalmente, que em data recente há notícia de protocolo de Recurso Especial naqueles autos de nº 0105188-42.2008.8.26.0053.

Feitas estas considerações, passo à análise do mérito.

Ora, a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante de título executivo não inibe o credor, no caso, a FESP, de interpor a execução, nos moldes do parágrafo 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época da propositura da execução fiscal), cuja defesa evidentemente se exerce por intermédio dos Embargos à Execução.

Em assim sendo, imperioso observar que, a fim de evitar decisões

conflitantes, necessária é a suspensão do andamento do processo de Execução Fiscal até o julgamento final da Ação Anulatória, nos termos do art. 313, V, "a" do CPC/2015 (antigo art. 265, IV, "a" do CPC/1973).

E neste sentido, reporto-me ao escólio do Exmo. Des. Ricardo Anafe (Apelação 8000680-50.2013.8.26.0014; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 21/06/2017; Data de Registro: 22/06/2017), que com seu habitual brilhantismo preleciona, *verbis*:

> *"Apelação Cível – Embargos à execução fiscal.* ***Executada que, anteriormente aos embargos, ajuizou ação ordinária, com o fito de anular o mesmo débito e na ação-defesa, pleiteia a suspensão do feito até decisão final da ação anulatória*** *– Sentença que reconhece litispendência e extingue o processo de Embargos à Execução, sem exame de mérito – Impossibilidade de se penalizar a embargante por exercitar seu direito de defesa –* ***Prejudicialidade externa que impõe a suspensão da Execução e dos respectivos embargos, até decisão final da ação anulatória. Sentença reformada****. Dá-se provimento ao recurso interposto.*
>
> *(...)*
>
> ***A embargante, ora apelante, noticia, na peça inaugural, a existência da Ação Anulatória*** *nº 0038394-05.2009.8.26.0053, em trâmite perante a 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital,* ***o que motivou a extinção destes embargos à execução sob o fundamento da litispendência (Cf. fl. 244/246).***
>
> *(...)*
>
> *A litispendência não se verifica entre estes Embargos à Execução e a Ação Anulatória de Débito Fiscal, processo nº 0038394-05.2009.8.26.0053, vez* ***que ajuizada uma ação executiva contra a embargante, outra não poderia ser sua resposta, senão a dedução dos Embargos à Execução, sob pena da executada sofrer as consequências derivadas de sua inércia****, sem se olvidar, ainda, que os elementos identificadores da demanda, quais sejam, pedido, causa de pedir e partes não guardam identidade comum, azo pelo qual impossível qualquer confusão entre a ação anulatória com a presente ação-defesa.*
>
> *Desse modo, vale dizer que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante de título executivo não inibe o credor de interpor a execução, nos moldes do parágrafo 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil de 1973, cuja defesa se exerce por intermédio dos Embargos à Execução, repita-se.*
>
> *Ainda,* ***imperioso observar que, a fim de evitar decisões conflitantes, necessária é a suspensão do andamento do processo de Execução Fiscal até o julgamento final da Ação Anulatória, em conformidade com o disposto nos artigos 265, inciso IV, letra "a", combinado com***

Acesso ao Sumário

***o artigo 739-A do Código de Processo Civil de 1973*.**

(...)

Desta feita, melhor solução não há senão determinar a suspensão do andamento da ação-defesa dos embargos, até o julgamento definitivo da ação anulatória, de maneira que imperiosa a reforma da sentença extintiva." (grifei)

Em assim sendo, razão assiste ao contribuinte no presente caso, valendo citar, ainda, outros precedentes desta C. Corte em casos análogos, em que reconhecida a prejudicial externa no mesmo sentido, *verbis:*

"APELAÇÃO CÍVEL. LITISPENDÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. Sentença que julgou os embargos à execução fiscal extinto, sem resolução do mérito, por reconhecimento da litispendência. Insurgência do embargante em que alega a inocorrência da litispendência, requerendo a suspensão da execução fiscal até o trânsito em julgado da ação anulatória por ele anteriormente ajuizada. Possibilidade. Litispendência afastada. Ações que, nada obstante possuam pretensões diferentes, têm evidente relação de prejudicialidade entre si. Precedentes. Para evitar a possibilidade de haver decisões conflitantes, necessária a suspensão da execução fiscal até que a ação anulatória seja julgada. Sentença anulada. Recurso provido." (TJSP; Apelação 0139176-05.2011.8.26.0100; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Seção de Processamento I; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 18/09/2017).

"APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal. IPTU e taxa de serviços urbanos do exercício de 2005. Condomínio Residencial Casalbuono. Sentença de parcial procedência. RECURSO DO EMBARGANTE – Pedido de suspensão do feito. Lançamento objeto de discussão em ação anulatória proposta pela anterior proprietária do imóvel, pendente de julgamento de agravo interposto em face de decisão que inadmitiu recurso especial. Possibilidade de decisões conflitantes. Prejudicialidade configurada. Recurso provido para suspender o andamento da execução e dos embargos até o julgamento definitivo da anulatória. RECURSO DO MUNICÍPIO – Alegada legitimidade do lançamento. Prejudicado.' (TJSP; Apelação 1012627-10.2015.8.26.0320; Relator (a): João Alberto Pezarini; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Limeira - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/08/2017; Data de Registro: 13/09/2017).

"APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ICMS – Extinção do feito pelo Juízo a quo em razão de litispendência – Anterior ação anulatória do débito tributário – A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (artigo 585, parágrafo 1º, CPC/1973) – Por outro lado, o ajuizamento da execução fiscal não obsta o exercício do direito de ação do devedor para ver declarada a nulidade do título ou a

Acesso ao Sumário

inexistência da obrigação – Precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Câmara de Direito Público – Relação de prejudicialidade caracterizadora da conexão (artigo 103, do CPC/1973) – Matéria cognoscível de ofício – Suspensão dos embargos e da execução que se impõe – Extinção do feito afastada – Reforma-se de ofício a sentença reexaminada para afastar a litispendência e reconhecer a conexão, determinando-se a suspensão dos embargos e da execução até o julgamento da ação anulatória, prejudicado o recurso." (Apelação nº 8000883-46.2012.8.26.0014, Rel. Des. Ponte Neto, 8ª Câmara de Direito Público, j. em 30/06/2017).

"APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DOS EMBARGOS FUNDADA NA PROCLAMAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE A AÇÃO ANULATÓRIA, ANTERIORMENTE AJUIZADA, E OS PRESENTES EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO CABIMENTO. NÃO SE CONFUNDEM AÇÃO ANULATÓRIA COM A VIA DEFENSIVA EXECUTIVA. CONTUDO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA, É RECOMENDÁVEL, À LUZ DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL, A SUSPENSÃO DO ANDAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL, ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO E DE DÉBITO FISCAL, REFORMANDO-SE A SENTENÇA. RECURSO PROVIDO. (Apelação nº 0121121-06.2011.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Amorim Cantuária, julgamento em 11/10/2016).

Por derradeiro, em havendo a anulação da r. sentença que extinguiu os embargos a execução e em virtude da determinação, ora efetivada, de suspensão dos embargos, em virtude da prejudicial externa, **resta evidentemente prejudicado o recurso da FESP, que se limita a questionar a metodologia de cálculo dos honorários advocatícios fixadas na r. sentença ora anulada.**

Em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação da empresa embargante e **JULGO PREJUDICADO** ao recurso de apelação da FESP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036030-89.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO

ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DEJANIRA CABRAL DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acórdão modificado em parte para dar parcial provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.483)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA (Presidente) e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Licença Saúde – Agente de serviços escolares readaptada que teve pedidos de licença-saúde indeferidos – Quadro de saúde grave, consistente em espondiloartrose em coluna vertebral, fibromialgia, hipotiroidismo, hipertensão arterial sistêmica e quadro depressivo – Violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, indicando a ilegalidade do ato administrativo – Direito à licença-saúde reconhecido – Retificação da folha de frequência e o estorno de eventuais valores descontados por conta das faltas anotadas – Recurso não provido. Readequação – Art. 1.040, inciso II, do CPC – incidência de tese em repercussão geral – Tema 810 STF – RE nº 870.947/SE – Acórdão modificado em parte para dar parcial provimento ao recurso.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação ordinária ajuizada por Dejanira Cabral de Oliveira, agente de serviços escolares readaptada, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de seu direito às licenças para tratamento de saúde com base no artigo 191 da Lei nº 10.261/68, sem prejuízos dos vencimentos e vantagens, bem como a condenação da ré a restituir os dias que foram indevidamente descontados de seus vencimentos, acrescidos de atualização e juros devidos.

II. O Juízo *a quo* julgou a ação procedente, devendo o crédito ser atualizado pela tabela prática de atualização dos débitos judiciais (INPC) do

Acesso ao Sumário

TJSP, com incidência a partir de cada pagamento irregular, e juros de mora de 12% ao ano, tudo contado a partir da citação da ré. Por força da sucumbência, condenou a ré ao pagamento de custas, atualizadas a partir do desembolso, e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

III. Inconformada com a sentença de procedência, a ré interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado.

IV. Por ocasião do julgamento do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810 STF, decidiu-se que a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Com isso, os autos foram devolvidos à Turma Julgadora em cumprimento ao disposto no artigo 1.040, inciso II, do CPC.

É o relatório.

Conforme se verifica da decisão no RE 870.947/SE, com repercussão geral, firmou-se a tese de que sobre as condenações oriundas de relação jurídico não-tributária é constitucional a incidência de juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/99.

Diferentemente, é inconstitucional a correção monetária segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, previsto no mesmo dispositivo legal, ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) - Tema 810 do STF.

Ainda que não conste expressamente da tese firmada no RE 870.947/SE (Tema 810), com reconhecida repercussão geral; orientando-se pelo índice adotado naquele caso concreto, elege-se o índice do IPCA-E como fator de correção monetária.

Portanto, sobre a condenação deverão incidir os juros de mora previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/99, e correção monetária segundo o IPCA-E.

Daí o porquê, modifica-se em parte o acórdão proferido, dando-se parcial provimento ao recurso, para que sobre a condenação incidam os juros moratórios previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/99, e correção monetária segundo o IPCA-E (Tema 810 STF). No restante, mantém-se o acórdão tal qual prolatado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006217-

Acesso ao Sumário

13.2016.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante NAYARA REGINA LOPES PINCELA MARQUES (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.241)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – QUEDA DE MENOR EM ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – FRATURA DA TÍBIA – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – IMPOSSIBILIDADE 1. A hipótese é de responsabilidade civil subjetiva, exigindo a demonstração da culpa, por ação, ou omissão do Poder Público e os respectivos agentes. 2. A parte autora não comprovou a ocorrência de negligência, imprudência, ou imperícia no dever de vigilância e integridade física dos alunos. 3. O acidente decorre de fatalidade e fato previsível em ambiente escolar. 4. Ausência de nexo de causalidade entre a eventual conduta culposa e o resultado verificado. 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. 129/131, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de procedimento ordinário, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais, ante o acidente experimentado pela parte autora no ambiente escolar. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas,

despesas processuais e honorários advocatícios, fixados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa, observada a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

A parte autora, nas razões de apelação, sustentou, em síntese, o seguinte: a) a queda da menor, nas dependências da escola Municipal decorre da inobservância do dever de vigilância; b) a omissão do Poder Público autoriza a indenização; c) o nexo de causalidade e o dano estão satisfatoriamente demonstrados nos autos; d) a vítima experimentou intenso sofrimento com o evento, passível de reparação moral; e) o dano material, igualmente, está comprovado. Por fim, postulou a inversão do resultado inicial da lide e a procedência da ação.

Recurso de apelação tempestivo, recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, dispensado de preparo, com resposta.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 175/179, opinando pelo desprovimento do recurso.

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.

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, ante o acidente experimentado pela parte autora no ambiente escolar, acarretando a fratura da tíbia.

A pretensão indenizatória está fundamentada na culpa dos agentes escolares, por negligência no dever de vigilância e integridade dos alunos. E, a hipótese é de responsabilidade civil subjetiva, decorrente de omissão culposa. Daí porque, compete à parte autora, a demonstração da culpa da parte ré no evento danoso e o nexo de causalidade, entre o fato e o resultado lesivo.

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial.

Isso porque, a despeito da prova oral produzida durante a instrução do processo, não há efetiva comprovação da versão dos fatos, tal como sustentada pela parte autora. Afinal, a dinâmica do evento não permite a conclusão quanto

Acesso ao Sumário

à ocorrência de falha no dever de vigilância e cuidado, por parte dos agentes escolares.

Ademais, a realidade dos autos indica que o evento decorreu de mera fatalidade, e não, de eventual omissão verificada quanto à regular e adequada supervisão do ambiente escolar, por ocasião do horário de saída dos alunos.

Aliás, é relevante registrar que, na oportunidade, foram adotadas providências imediatas no intuito de acalmar a menor, não tendo sido constatado o traumatismo na ossatura da perna. Enfim, não havia a presença de sinais característicos e evidentes da extensão da lesão experimentada.

Além disso, a genitora da menor foi avisada pessoalmente dos fatos, na consideração de que o evento ocorreu próximo ao horário do término do período escolar. E, somente o atendimento médico posterior constatou a fratura da tíbia, situação imperceptível no momento da queda, pois, demandava atendimento médico especializado. É patente, pois, a ausência do nexo de causalidade entre o fato e o resultado lesivo.

De outra parte, a conduta ilícita praticada pela Administração Pública é passível de reconhecimento e reparação, desde que comprovados, o fato ilícito, a culpa do agente e o nexo de causalidade.

No mais, a hipótese dos autos, fundamentada na teoria da responsabilidade civil subjetiva, decorrente de omissão culposa, exigia a demonstração pela parte autora dos requisitos acima mencionados, o que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto.

Outrossim, a realidade dos autos indica que a parte autora obteve êxito no restabelecimento da fratura, sem a incidência de qualquer sequela, a despeito da delonga verificada no atendimento médico, tendo em vista que foi conduzida à residência pela própria genitora.

De qualquer forma, não prosperam os argumentos da parte recorrente, em todos os aspectos suscitados no recurso de apelação, pois, a r. sentença impugnada bem decidiu a questão submetida a julgamento, como se vê:

> *"A ação realmente improcede. A testemunha Dayniflayk Santos Alexandre também tinha uma filha que estudava na mesma creche e quando a mãe da autora foi busca-la a criança já estava machucada. Ela mancava e chorava. Uma atendente da escola pedia muitas desculpas para a mãe da autora, a qual contou para a testemunha que a menor havia caído e quebrado a perna na escola. Não sabe se a escola prestou algum auxilio. Como se vê, não há nenhuma prova de que os funcionários da escola foram negligentes no cuidado com a autora. Pelo que se vê dos autos, tudo não passou de uma fatalidade e acidentes com crianças são comuns pela própria natureza. Não se pode exigir que a escola tenha um funcionário para cuidar de cada aluno individualmente e se dentro de casa acidentes*

Acesso ao Sumário

ocorrem não é razoável exigir que isso nunca vá ocorrer na escola. Seja como for, nenhuma prova quanto a eventual conduta indevida por parte do Município foi comprovada e não há outra solução que não seja a improcedência da ação. posto isto, julgo improcedente a ação e condeno a autora no pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado, que arbitro em 10% sobre o valor da causa atualizada, observando-se que se trata de beneficiária da gratuidade da justiça." (129/131)

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 nº 1010633-83.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante FERNANDA DOS SANTOS FIGUEIREDO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.694)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: POLICIAL MILITAR – Pagamento de Adicional de Insalubridade do mês de abril de 2013 e Adicional de Local de Exercício de fevereiro de 2013 – Incidência da Lei 1.197/13 – Período de transição – Adicional de insalubridade suprimido – Sentença de improcedência reformada – Recurso de apelação, provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Ação condenatória ajuizada por policial militar contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando o recebimento do adicional de insalubridade referente ao mês de abril de 2013 e o adicional de local de exercício relativo ao mês de fevereiro de 2013.

A r. sentença, de relatório adotado, rejeitou o pedido.[1]

Recorre a autora pela reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

Sustenta a autora, quanto ao ALE, que o pagamento era realizado no segundo mês subsequente ao mês de referência, contudo, com a vigência da Lei Complementar 1.197/13, que determinou a absorção do adicional aos vencimentos e proventos dos policiais militares e civis, a autora deixou de receber o ALE relativo ao período de fevereiro, que devia ter sido pago em abril ainda nos termos da legislação antiga.

O Adicional de Insalubridade seguia a mesma regra de pagamento, dois meses depois do período aquisitivo, contudo, a Administração suprimiu o pagamento da verba referente ao mês de abril.

No ano de 2013 passou a vigorar a LC 1.197, que tratou de absorver o ALE aos vencimentos dos integrantes das carreiras policiais civis e militares, bem como os inativos pensionistas, ratificando seu caráter genérico, conforme art. 1º e 5º:

> "Artigo 1º - Ficam absorvidos nos vencimentos dos integrantes das carreiras adiante mencionadas, os Adicionais de Local de Exercício-ALE instituídos pela:
>
> I - Lei Complementar nº 693, de 11 de novembro de 1992, com alterações posteriores, para a carreira de Agente de Segurança Penitenciária;
>
> II - Lei Complementar nº 696, de 18 de novembro de 1992, com alterações posteriores, para as carreiras da Polícia Civil;
>
> III - Lei Complementar nº 689, de 13 de outubro de 1992, com alterações posteriores, para os integrantes da Polícia Militar.
>
> Parágrafo único - Aplicam-se as disposições deste artigo aos Adicionais de Local de Exercício concedidos por decisão judicial transitada em julgado.
>
> Artigo 5º - O disposto nesta lei complementar aplica-se aos ocupantes de funções- atividades, bem como aos inativos e aos pensionistas."

Nota-se que não houve incorporação do adicional nos vencimentos dos

1 Sentença, fls. 33/34.

2 Recurso de apelação, fls. 37/43; contrarrazões, fls. 47/55.

Acesso ao Sumário

servidores, mas sim sua extinção, com a consequente absorção do valor, o ALE passou a fazer parte da remuneração dos policiais.

Contudo, conforme holerites juntados pela autora,[3] verifica-se a veracidade de suas alegações; do holerite correspondente ao mês de fevereiro de 2013 consta o período aquisitivo de dezembro de 2012; do mês de março, o período de janeiro de 2013, ou seja, dois meses anteriores, entretanto, no mês de abril de 2013 o ALE deixou de ser pago nos moldes anteriores, a passando a vigorar a regra da Lei 1.197/13. Assim, os autores deixaram de receber o adicional referente ao mês de fevereiro de 2013 que deveria ter sido pago em abril, porque os efeitos da referida Lei passaram a incidir após o período aquisitivo do ALE relativo ao mês de fevereiro.

Já no que tange ao Adicional de Insalubridade referente ao mês março de 2013, foi devidamente pago em maio de 2013, dois meses depois; mas no holerite do mês de junho, que deveria ter sido pago o benefício referente ao mês abril, foi pago o AI do período aquisitivo de maio, tendo sido suprimido o adicional do mês de abril.

Este E. Tribunal já teve oportunidade de decidir questão semelhante:

> Apelação – Policiais militares – Pretensão ao recebimento de adicional de local de exercício referente a fevereiro de 2013 e adicional de insalubridade relativo a abril de 2013, com reflexos no 13º salario e férias – Procedência na origem – Decisão mantida – Holerites acostados aos autos que comprovam a tese da parte autora – Alteração do mês de referência do pagamento dos adicionais – Supressão das parcelas mencionadas – Condenação que se impõe – A Fixação do critério de correção monetária deve observar o entendimento do Pretório Excelso – Recurso e reexame necessário desprovidos, com observação. **Apelação nº 1002918-23.2014.8.26.0663 (Relator(a): Souza Meirelles; Comarca: Votorantim; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/04/2016; Data de registro: 28/04/2016).**
>
> ADICIONAL DE LOCAL DE EXERCÍCIO e ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Fevereiro e abril de 2013, respectivamente. Vantagens que eram pagas sempre com dois meses de atraso. Com a incorporação aos vencimentos do adicional de local de exercício, determinada pela Lei Complementar Estadual 1197/2013, a partir de março de 2013, a vantagem referente ao mês de fevereiro deixou de ser paga. E, ao adaptar o pagamento do adicional de insalubridade ao mês anterior, a partir de junho de 2013, a vantagem referente ao mês de abril de 2013 também deixou de ser paga. Demanda procedente. Recurso não provido. **Apelação nº 1003766-10.2014.8.26.0663 (Relator(a): Edson Ferreira; Comarca: Votorantim; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/04/2016; Data de registro: 07/04/2016).**

3 12/15.

AÇÃO ORDINÁRIA – Pagamento do Adicional de Local de Exercício e do Adicional de Insalubridade indevidamente suprimido – Erro da Administração – Pública que implicou prejuízo ao servidor, o qual deve ser ressarcido, incidindo sobre o valor dos atrasados correção monetária e juros de mora – Honorários mantidos – Recurso improvido, com observação **(Apelação nº 1007127-53.2014.8.26.0269; Relator(a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Comarca: Itapetininga; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/02/2016).**

POLICIAIS MILITARES. Pretensão ao recebimento do Adicional Local de Exercício - ALE referente ao mês de fevereiro de 2013 e do adicional de insalubridade referente ao mês de abril de 2013. Admissibilidade. Vantagens recebidas sempre 60 dias após o labor. Advento da LC nº 1.197/2013. Não pagamento pela Administração do ALE e do adicional de insalubridade referentes ao mês de transição. Situação que gera enriquecimento sem causa da Fazenda Estadual. Sentença de procedência do pedido mantida. Recursos não providos **(Apelação nº 1006868-58.2014.8.26.0269; Relator(a): Djalma Lofrano Filho; Comarca: Itapetininga; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/10/2015).**

Com relação à sistemática de juros e correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, em recursos repetitivos, firmou orientação no sentido de que a Lei 11.960/09 é lei de natureza processual e deve ser aplicada a partir de sua vigência **(REsp 1.205.946-SP, 19/10/11, Rel. Min. Benedito Gonçalves)**, quando a Fazenda Pública sofre condenação, independente de sua natureza.

Quanto à correção monetária, porém, considera-se superada essa orientação do C. STJ em face do que decidiu o Excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento das ADIs 4357 e 4425, declarando inconstitucional o art. 100, § 12, da Constituição, e por *arrastamento* o art. 5º da Lei 11.960, de 29/06/09.

A *modulação* de que trata o art. 27 [4] da Lei nº 9.868/99, ocorrida em 26/03/2015, deve produzir efeitos no sentido de alcançar os processos em que houve decisão judicial de incidência (da norma inconstitucional) anterior à própria declaração de inconstitucionalidade.

A correção monetária, dos respectivos vencimentos, será pela tabela prática do TJSP até o advento da Lei 11.960, a partir daí com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

A declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/09 foi parcial, afastou a TR como fator de correção monetária, mas não afetou os índices de juros, de forma que, no caso, devem ser aplicados, a partir da citação,

Acesso ao Sumário

4 Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

os juros da caderneta de poupança, segundo a redação que a Lei 11.960/2009 conferiu ao artigo 1º-F da Lei 9.494/1997; foi nesse mesmo sentido que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 870.947 decidiu:

> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: **1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017 (RE nº 870947 – SE – Relator Min. Luiz Fux – Julg. 20.09.2017).**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para julgar procedente a demanda, condenando a ré a pagar o ALE do mês de fevereiro de 2013 e o Adicional de Insalubridade do mês de abril de 2013 à autora, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora na forma acima exposta.

Em razão da inversão da sucumbência, condena-se a ré ao pagamento dos

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios do patrono da autora, que fixo em 12% sobre o valor da condenação, já considerando o trabalho adicional na fase recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006406-24.2015.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante 'DERSA - DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S.A., é apelado OCUPANTES DO IMÓVEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Anularam a r. sentença para que o digno Juízo *a quo* dê prosseguimento ao feito. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto nº 24.475)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO – Imóvel objeto de permita com a Municipalidade de Mauá para fins de reassentamento de famílias atingidas pelas desapropriações decorrentes das obras do Trecho Sul do Rodoanel Mário Covas e Complexo Viário Jacú-Pessêgo – Área extensa invadida – Liberação que exige uma complexa ação coordenada para minimizar os impactos sociais – A demora no cumprimento de liminar não retira o interesse de agir – Princípio da Cooperação – Sentença anulada.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por DERSA - Desenvolvimento Rodoviário S/A contra r. sentença do digno Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca

de Mauá (fls 248/249), que julgou extinta ação de reintegração de posse ajuizada em face dos ocupantes não identificados do imóvel situado na Rua Angelino de Genaro s/n, Jardim Itapark (Jardim Kennedy), Município Mauá, permutado com essa prefeitura para reassentamento de famílias desalojadas em razão das obras de construção do Rodoanel Mário covas e do Complexo Jacú-Pessêgo.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) justificativa da demora na execução da liminar de reintegração de posse por conta da exigência de licitação para contratar os serviços de remoção das famílias ocupantes irregulares; b) presente o interesse de agir (fls 258/269).

Manifestou-se a Procuradoria da Justiça pelo provimento do apelo (fls 281/283).

É o relatório.

O DERSA acionou os ocupantes inominados de gleba situada na Rua Angelino de Genaro s/n, Jardim Itapark (Jardim Kennedy), objeto da matrícula nº 55.580 do Cartório de Registro de Imóveis local, com o fim de ser reintegrado na posse desse imóvel, recebido da Municipalidade de Mauá mediante permuta celebrada em junho de 2014 (fls 29/37), visando ao reassentamento das famílias atingidas pelo Rodoanel Mário Covas Trecho Sul e Complexo Viário Jacú-Pessêgo (fls 38/40).

Concedida a liminar (fls 109/110), o DERSA não conseguiu dar o devido cumprimento à ordem. Justifica a demora ante a exigência de licitação para contratar os serviços de remoção das famílias ocupantes irregulares. Logo, considera incontestáveis as condições da ação.

A r. sentença de terminativa deve ser anulada.

Houve a regular permuta de imóveis com a finalidade específica para reassentamento das famílias atingidas pelas obras públicas na região (fls 52/54 e 97/103). O esbulho, por sua vez, foi constatado pelo oficial de justiça (fls 90).

Apesar da lentidão no cumprimento de liminar concedida em outubro de 2015, há de se reconhecer as dificuldades na adoção de medidas para uma área extensa e populosa para minimizar os impactos sociais. Afinal, para a inserção de famílias desalojadas pela obra pública seguirá a reacomodação de outras tantas.

Aliás, diante do interesse coletivo em jogo, a autora se dispôs a providenciar os meios necessários para reintegração, postura que obteve concordância do Ministério Público Paulista: *concordo, ressaltando que os ocupantes deverão ser intimados previamente a respeito e deverá ser apresentado, em Juízo, plano para a reintegração envolvendo a Prefeitura Municipal (Secretarias de Assistência Social e Habitação e Urbanismo), Polícia Militar, Guarda Civil Metropolitana, Bombeiros, SAMA e Eletropaulo, sem prejuízo da licitação para o transporte e depósito dos bens dos ocupantes e demolição das moradias*

Acesso ao Sumário

irregulares (fls 244).

Patente o interesse de agir da apelante.

A noção de interesse, no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. (José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, 13ª edição, Forense, 2006, página 298).

Leciona ainda José dos Santos Bedaque: *Quer porque desnecessária naquele momento a tutela jurisdicional, quer em razão de não haver a imprescindível adequação entre a situação descrita e a modalidade de tutela ou tipo de procedimento, inadmissível o julgamento do mérito. O exame realizado pelo juiz destina-se tão somente a identificar se a tutela jurisdicional pleiteada é realmente útil, se constitui meio necessário e adequado à eliminação de fenômeno patológico no plano das relações substanciais. Se afirmativa a resposta reconhece-se presente o interesse* (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier e outros, 1ª edição, página 1216, Revista dos Tribunais, 2015).

Ressalto ainda que não foi oportunizado a apelante manifestar-se sobre seu interesse processual, sobre o andamento efetivo dos trâmites para viabilizar a reintegração, bem como não houve análise do sobrestamento pleiteado às fls 238.

Invoco o princípio da cooperação processual. Tema sobre o qual leciona Fredie Didier Júnior: *o princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do "estado de coisas" (comunidade processual do trabalho) que o princípio da cooperação busca promover. Essa eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas... Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado - o processo cooperativo* (Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 13ª edição, página 85, JusPodivm, 2011).

Acrescento que o artigo 10 do Código de Processo Civil é expresso em determinar que o *juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Por meu voto, anulo a r. sentença para que o digno Juízo *a quo* dê prosseguimento ao feito até a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004458-70.2016.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante LEANDRO ROCHA DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), RUBENS RIHL e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Recolhimento de veículo – Prática da conduta prevista como crime no art. 306 do CTB e ilícito administrativo no art. 165 – Previsão de pena administrativa – Dano material não configurado – Filmagem de abordagem policial – Divulgação que não violou o direito à imagem do autor – Dano moral não configurado – Recurso não provido.

VOTO

Apelação contra a sentença de fls. 106-110, que julgou improcedente a ação, ajuizada para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 355,99 (trezentos e cinquenta e cinco reais e noventa e nove centavos) e por danos morais no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais).

Recorre o autor alegando que o vídeo só pode ter sido gravado pelos próprios guardas municipais porque há narração da condução da abordagem e, entre 00:27 e 00:30 do vídeo é possível ver o reflexo do guarda municipal JEFERSON MOSCARDO. Sustenta que, ainda que tenha cometido delito, não se justifica a divulgação não autorizada de sua imagem nas redes sociais, invocando o art. 5º, V, X e XXVIII da CF/88 e o art. 20 do CC, além de julgados. Argumenta que o Estado responde objetivamente pelos ilícitos praticados por agentes públicos nessa qualidade, nos termos do art. 37, § 6º da CF/88.

Acesso ao Sumário

Defende que o veículo foi indevidamente guinchado, motivo pelo qual deve ser ressarcido dos valores dispendido para reavê-lo e que sofreu dano moral. Pede o provimento do recurso para que a ação seja julgada procedente para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 355,99 (trezentos e cinquenta e cinco reais e noventa e nove centavos) e por danos morais no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais - fls. 113-126).

Recurso tempestivo e que dispensa preparo (fl. 22); contrarrazões às fls. 130-136, pelo não conhecimento do recurso por violação ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada por LEANDRO ROCHA DE MORAES para condenar a PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAS ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 355,99 (trezentos e cinquenta e cinco reais e noventa e nove centavos) e por danos morais no valor de R$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais). Narra que estava dormindo em seu veículo, quando, ainda dormindo, foi abordado por guardas municipais, que filmaram e divulgaram a abordagem. Acrescenta que a divulgação da gravação, que sugeria que o autor estava embriagado quando da abordagem, causou-lhe constrangimento.

Preliminarmente, é o caso de conhecer o recurso. As razões recursais são suficientes para infirmar os fundamentos da sentença, motivo pelo qual não há que se falar em violação ao princípio da dialeticidade.

Os dois pedidos, de condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e de condenação ao pagamento de indenização por danos morais, têm fundamentos distintos e devem ser assim analisados. O pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos materiais tem como fundamento o recolhimento do veículo.

Conforme consta do boletim de ocorrência fls. 17-18, o veículo foi recolhido ao pátio por conta de suspeita de prática do crime previsto no art. 306 do CTB:

> "Encontraram Leandro. Abordado, aparentava estar visivelmente embriagado apresentando forte odor etílico, olhos vermelhos, dispersão, sonolência e vestes desarrumadas. Leandro confessou ter ingerido bebida alcoólica em uma festa; o mesmo se recusou em ceder amostra de sangue para posterior comprovação de dosagem alcoólica; o veículo foi apreendido em Auto próprio e encaminhado ao pátio do guincho" (fl. 18).

Dirigir sob o efeito de álcool é conduta tipificada penalmente no art. 306 do CTB e ilícito administrativo, previsto no art. 165 do mesmo diploma. Uma das sanções administrativas previstas é exatamente a retenção do veículo, motivo pelo qual, nas circunstancias da ocorrência, não ser verifica abuso ou

Acesso ao Sumário

ilegalidade geradora do dever de indenizar.

Embora, à época dos fatos, ainda não tivesse sido acrescido ao CTB o art. 165-A, o art. 277, § 3º, com a redação dada à época, já previa que:

> "Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no **caput** deste artigo".

Assim, por conta do fato, não infirmado, de que o autor se recusou a realizar exame de sangue para aferir a concentração de álcool, era possível a providencia adotada, o que afasta a indenização por danos materiais.

O pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais tem fundamento distinto. Os danos morais decorreriam do fato de que guardas municipais teriam filmado a abordagem e divulgado, em redes sociais, essa filmagem.

O fato de a abordagem ter sido gravada, no entanto, não configura, por si só, ilícito. A filmagem de abordagens policiais, na realidade, é apontada por grupos que combatem a violência policial[1] como forma de reduzir essa violência.

Para que a filmagem da abordagem policial se transforme em ilícito capaz de causar dano moral, é necessário que na filmagem sejam feitos comentários inapropriados e/ou que a filmagem seja divulgada ao público. Embora no vídeo os guardas municipais tenham feitos comentários além da descrição da abordagem e da menção aos elementos que comprovariam a prática do crime previsto no art. 306 do CTB, tais comentários (identificação da música que está tocando; observação de que o autor poderia ter sido furtado por ter dormido com o carro destravado) não são infamantes.

Quanto à divulgação do vídeo, o autor alegou que "divulgaram suas imagens nas redes sociais – whatsapp – a qual 'viralizou' na cidade de Araras" (fl. 2) mas não se desincumbiu do ônus de provar que ocorreu essa divulgação por meio de "WhatsApp" ou o alcance dessa divulgação.

A notícia de jornal cuja cópia foi juntada aos autos à fl. 21 adotou a cautela de não revelar a imagem do autor.

O fato de haver indícios de que o vídeo foi divulgado a terceiros por membros da Guarda Municipal, no entanto, não é suficiente para configurar o dever de indenizar. O pleito do autor tem como fundamento a divulgação indevida de sua imagem mas, como já se disse, não provou que o vídeo foi divulgado via "WhatsApp" e não é identificado na notícia de jornal, que ofusca seu rosto de modo a impedir a identificação.

Não tendo havido violação do direito do autor à própria imagem, não há dano a ser indenizado. Deve ser mantida, assim, a sentença de improcedência.

1 (Endereço eletrônico constante do texto original.)

Por conta do não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11 c/c § 4º, III c/c § 3º, I do CPC, observada a gratuidade.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0031365-98.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados LEOPOLDINO JOSÉ NOVATO (JUSTIÇA GRATUITA), NORBERTO SPAOLONZI (JUSTIÇA GRATUITA), UBIRAJARA DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA INES MADEIRA BIAGIONI (JUSTIÇA GRATUITA), ZÉLIA ROSA CORREA DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), NADIR MELLO RODRIGUES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA) e ORLANDO MIGLIORINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.624/2018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2018.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos à Execução. Excesso de execução. Tendo o FAM (Fator de Atualização Monetária) caráter indenizatório, não devem incidir os descontos previdenciários e de assistência médica. Não implica em anatocismo o arbitramento de juros de mora, contados da citação, sobre o valor constante da certidão. Homologação dos cálculos do contador judicial, superiores aos apresentados pelos embargados, não implica em julgamento *ultra* ou *extra petita*, porquanto decorrente da observância dos critérios constantes no título executivo e em respeito à coisa julgada. Honorários advocatícios arbitrados em R$3.000,00 que não se mostra desproporcional à

importância da causa, tendo sido arbitrado pelo juízo *a quo*, por equidade, nos termos do art. 20, §4º, do CPC/1973. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de Embargos à Execução opostos pela *Fazenda Pública do Estado de São Paulo* arguindo excesso de execução nos cálculos apresentados pelos embargados em razão de: (a) não terem sido considerados os descontos da contribuição previdenciária e assistência médico-hospitalar; e (b) os juros devem incidir sobre o montante principal, não podendo incidir sobre os juros contidos na certidão (fls. 02/07).

A r. sentença de fls. 124/126, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os embargos, "*nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para fixar o valor da execução em R$ 528.901,97, nos termos dos cálculos de fls. 78/86*". No mais, a embargante foi condenada ao pagamento das despesas, bem como por honorários advocatícios em favor dos embargados, fixados por equidade, em R$ 3.000,00.

A FESP apelou, requerendo a reforma da sentença, alegando que: a) os juros incidentes sobre o valor das certidões violariam a coisa julgada, além da capitalização dos juros; b) os descontos relativos ao IPESP e ao IAMSPE não teriam natureza indenizatória, e sim salarial; c) os cálculos do contador seriam superiores aos requeridos pelos exequentes quando da citação; d) os honorários advocatícios teriam sido arbitrados de forma desproporcional, devendo ser reduzidos (fls. 131/139).

Contrarrazões às fls. 143/147.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre anotar que a apelação será processada segundo as normas do Código de Processo Civil 1973, em obediência a orientação do Pleno do Superior Tribunal de Justiça, consolidada nos Enunciados nºs 2 e 7 - Sessão de 09/03/2016, considerando-se que foi interposta contra sentença publicada em data anterior a 18/03/2016:

> ***Enunciado 2*** *– "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".*
>
> ***Enunciado 7*** *– "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."*

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento.

A discussão trazida nos presentes embargos foi o cálculo do valor atualizado devido pela embargante aos embargados em virtude de condenação em ação ordinária, referente ao pagamento de FAM (Fator de Atualização Monetária).

Com relação à alegação da Fazenda de que não deveriam incidir juros sobre os valores constantes das certidões, pois seria anatocismo, além de ser contrário à coisa julgada, sem razão a Fazenda.

O valor a ser pago é aquele constante das certidões, com os acréscimos delas constantes (correção monetária e juros), acrescidos dos juros moratórios a partir da citação.

Neste sentido:

"Tendo a Administração admitido a existência de dívida de valor consolidado, sem, contudo, estipular prazo para seu pagamento, torna-se inaplicável a regra prevista no caput do art. 397 do Código Civil, devendo os juros moratórios incidir a partir da citação, nos termos do art. 397, parágrafo único, c.c 405 do Código Civil e 219, caput, do CPC, calculados sobre o montante nominalmente confessado. (REsp 1112114/SP, Recurso Especial 2009/0025013-0, S3 Terceira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 09/09/2009, p. DJe 08/10/2009).

Ressalte-se que não há anatocismo, consoante orientação do C. STJ:

"Não implica em anatocismo o arbitramento de juros de mora, contados da citação, sobre o valor constante da certidão, pois estarão eles incidindo sobre o crédito consolidado, sendo irrelevantes quais os fatores utilizados para a configuração desse quantum" (STJ, REsp n° 1046661, relatora Minª Maria Thereza de Assis Moura).

Portanto, os valores consignados nas certidões que instruíram a petição inicial devem ser considerados como expressão da efetividade dos débitos e assim consolidados.

Em relação aos descontos, tanto as contribuições previdenciárias (IPESP/SPPREV) como as de assistência médica (IAMSPE) apresentam caráter tributário, visto que são obrigatórias, de modo que devem estar em consonância aos princípios tributários que regem a matéria.

Acesso ao Sumário

A Lei Complementar nº 180/78, que dispõe acerca das contribuições previdenciárias IPESP, determina que as mesmas são devidas à razão de 6% (seis por cento) e são calculadas sobre a retribuição-base percebida mensalmente. A retribuição-base encontra-se melhor definida pelo § 1º, do art. 137, a qual "*será constituída de vencimentos, remuneração, salários, gratificações 'pro labore', gratificação relativa a regime especial de trabalho e outras vantagens pecuniárias, excetuadas as parcelas relativas a salário-família, salário-esposa, diárias de viagens, ajuda de custo, auxílio-funeral, representação de qualquer*

natureza e equivalentes".

Por sua vez, a receita do IAMSPE, definida pelo art. 20, inciso I, "*será constituída de contribuição obrigatória de 2% (dois por cento), calculada sobre a retribuição total do funcionário ou servidor, apurada mensalmente e constituída para esse efeito, de vencimentos, salários, gratificações 'pro labore', gratificações relativas a regime especial de trabalho e outras vantagens pecuniárias, excetuadas as parcelas relativas a salário família, salário-esposa, diárias de viagens, ajuda de custo, auxílio funeral, representação de qualquer natureza e equivalentes*".

Em outras palavras, as contribuições previdenciárias e de assistência médica incidem exclusivamente sobre vencimentos, gratificações e vantagens pecuniárias que são de natureza salarial, com exceção daquelas expressamente citadas.

Sendo assim, tais contribuições não incidem sobre as indenizações, visto que estas, pela sua própria natureza jurídica, não implicam aumento de patrimônio algum. Ao contrário, representam recomposição patrimonial em razão de um prejuízo anteriormente sofrido por aquele que faz jus. Daí porque não se cuidam de verbas de natureza salarial, pois não ensejam aumento de patrimônio.

Ora, tratando-se o FAM (Fator de Atualização Monetária) de mera atualização monetária relativa aos vencimentos dos servidores públicos que não foram pagos oportunamente pela Fazenda, não há que se falar que possuem elas natureza salarial, mas sim nítido caráter indenizatório. Por consequência, não devem incidir os descontos previdenciários e de assistência médica.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – Alegação de excesso de execução, em razão da não aplicação do disposto na Lei n.º 11.960/09 e na MP nº 567/12 em relação aos juros de mora – Inaplicabilidade – Julgamento das ADI's nºs 4.357 e 4.425 que declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09, que modificou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que determinava o cálculo da correção monetária e dos juros nas condenações impostas à Fazenda Pública com base nos índices oficiais da caderneta de poupança – Destarte, diante da indicação de que não mais subsiste no ordenamento jurídico o artigo 5º da Lei nº 11.960/09, mostra-se também descabida a invocação da MP nº 567/12, convertida na Lei nº 12.703/12 – Descontos de IPESP e IAMSPE sobre verbas indenizatórias – Inadmissibilidade – Trata-se de pagamento de cunho eminentemente indenizatório, visto que não efetuado no tempo correto – Agravo retido e recurso de apelação improvidos." (Apelação nº 0015307-78.2013.8.26.0053/Relator(a): Rubens Rihl/Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público/Data do julgamento: 18/11/2015).

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO. 1. Índices de

correção monetária e juros moratórios – Aplicação da Lei nº 11.960/2009 – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal – Modulação dos efeitos da ADI 4357 que atinge somente precatórios já expedidos. 2. Contribuições do IPESP e do IAMSPE – Verbas de caráter indenizatório – Descontos – Inadmissibilidade – Precedentes – Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos. (Apelação nº Relator(a): Cristina Cotrofe/Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público/Data do julgamento: 12/08/2015).

Quanto aos cálculos do contador judicial serem superiores aos apresentados pelos embargados, não há que se dizer ter havido julgamento *ultra* ou *extra petita*, porquanto decorrente da observância dos critérios constantes no título executivo e em respeito à coisa julgada.

Nesse sentido, didático o voto da Relatoria do Eminente Desembargador Coimbra Schmidt, na Apelação nº 1003684- 92.2016.8.26.0053, da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"A determinação, contudo, uma vez não verificada renúncia expressa à parte do crédito, não implica em julgamento ultra ou extra petita porque decorrente da observância dos critérios constantes no título executivo e em respeito à coisa julgada.

Em caso análogo, a esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a quantia apresentada pelo Contador Judicial pode ser acolhida nas hipóteses em que o valor apresentado pelo exequente seja menor, tendo em vista a perfeita satisfação do título executivo. 1 A questão foi percucientemente analisada em acórdão proferido na Apelação nº 0035226-58.2010.8.26.00532, relatada pelo Desembargador Vicente de Abreu Amadei, que assim se expressou:

Por outro lado, sabe-se que, diversamente da ação de conhecimento (que vai dos fatos ao direito), a ação executiva (que vai do direito materializado no título executivo aos fatos) tem peculiaridades próprias e inconfundíveis com aquelas do feito cognitivo (em execução, por exemplo, não há mérito em sentido próprio nem coisa julgada material etc.), não se admitindo migrar institutos jurídico-processuais próprios do processo de conhecimento para o processo de execução. Afinal, o que importa para a execução é a exata e a plena satisfação do título executivo, e, daí, o princípio da instância realiza-se, na execução, não segundo o montante que o credor pede executar, mas, sim, conforme pela força e limites do título executivo que materializa o crédito que busca ver satisfeito.

Por consequência, o provimento judicial que determinou o prosseguimento da execução pelo montante apurado pelo contador judicial não pode ser classificado como ultra petita nem comporta nulidade parcial alguma.

Acesso ao Sumário

Em resumo, no caso de execução de título judicial, o limite da demanda executiva é o crédito que decorre do próprio título executivo, observada a necessidade de plena satisfação do crédito titulado, e, por isso, o provimento judicial que acolhe conta realizada pelo contador judicial no curso dos embargos do devedor, ainda que de valor superior àquela apresentada pela executada-embargante ou, até mesmo, àquela apresentada pelo exequente embargado, não pode ser qualificado como ultra petita.

1 AREsp nº 312.358, Min. Mauro Campbell Marques, j. 15.4.2013.

2 J. em 9.9.2014."

No mais, a teor do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que a r. sentença recorrida bem analisou a questão e merece confirmação por seus próprios e jurídicos fundamentos, que seguem abaixo transcritos:

"Trata-se de embargos à execução de sentença, no qual a embargante alega ocorrer excesso de execução. O pedido é improcedente. Com efeito, remetidos os autos à Contadoria Judicial, apurou-se o valor de R$528.901,97 que deve prevalecer, uma vez que em consonância com o título executivo judicial. No tocante aos juros, depreende-se que os cálculos apresentados pela contadoria estão corretos, haja vista que apresentaram o cômputo dos juros incidentes sobre os valores consolidados nas certidões emitidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e não a partir da citação, conforme foi determinado no acórdão. Quanto à impugnação relativa aos descontos da assistência médica e previdenciária, razão não assiste à Fazenda do Estado. É que, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, o pagamento de atrasados, tal qual ocorre com a chamada FAM, tem natureza indenizatória. Por isto, não se cogita de desconto em favor do IAMSPE ou do IPESP." (fls. 124/125).

Finalmente, quanto aos honorários advocatícios, diferentemente do alegado pela FESP, o valor de R$3.000,00 não se mostra desproporcional à importância da causa, tendo sido arbitrado pelo juízo *a quo*, por equidade, nos termos do art. 20, §4º, do CPC/1973.

Veja-se, ainda, que, caso se utilizasse o valor da execução (R$ 517.632,87) como parâmetro para a fixação dos honorários, esse valor seria muito mais alto, tendo o juízo *a quo* beneficiado, e não prejudicado a Fazenda do Estado, ao utilizar-se de equidade.

Assim, considerando o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, o valor de R$3.000,00 deve ser

Acesso ao Sumário

mantido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002238-92.2017.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante CLAUDIOMIR PINTO DA SILVA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.146)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. PROTESTO INDEVIDO. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. 1. DANOS MORAIS. O protesto indevido caracteriza a ilicitude na conduta da Administração Pública. Hipótese de erro injustificável. Dano moral caracterizado. Prejuízo à imagem e ao direito de acesso ao crédito. Dano moral fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil Reais) observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sem resultar em enriquecimento indevido. 2. CORREÇÃO DOS VALORES. Juros de mora e correção monetária nos termos das Súmulas 54 e 362 do E. STJ. 3. Sentença de parcial procedência parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de Procedimento de Comum, interposto contra a r. sentença de fls. 74/76, proferida pelo **MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba**, que julgou parcialmente

procedentes os pedidos para determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários. Condenou em custas e honorários advocatícios fixados em R$ 800,00.

O particular interpôs o recurso sustentando, em síntese, que restou demonstrado o protesto indevido de seu nome pela omissão, negligência e imprudência do agente público que não zelou pela regular inserção de dados no sistema, de modo que patente o dever de indenização por danos morais (fls. 82/88).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 92/99).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A questão controvertida cinge-se tão somente na indenização por danos morais e materiais pelos prejuízos advindos de protesto indevido.

O recurso comporta provimento.

Restou incontroverso que o particular não era devedor do IPVA lançado, visto que não era proprietário do veículo.

Neste passo, restou descaracterizado o fato gerador do tributo que foi incorretamente lançado, tendo em vista que não houve diligência da Administração Pública em comunicar os órgãos competentes, ocasionando o protesto.

Assim, forçoso reconhecer, a conduta ilícita da Administração Pública contra o particular.

Quanto ao dano moral, presente a hipótese de dano suportado pelo particular, caracterizado pelo abalo de sua imagem e restrição de obtenção de crédito que resultam efetivamente em prejuízo a ser indenizado.

Todavia, cumpre aqui observar que os danos morais têm caráter compensatório para a vítima, enquanto possuem cunho inibitório, que se concretiza por meio da imposição de uma punição ao causador do dano.

Não é demais assentar que em matéria de dano moral, a indenização jamais poderá ter correlação com a ofensa sofrida, porquanto impossível seria, propriamente, compensar um dano inestimável.

Nesse sentido, quando se diz compensar o dano, o que se pretende, na verdade, é buscar reconhecer o dano, minimizá-lo, com um valor adequado que demonstrará o reconhecimento do direito violado.

Por isso, mesmo que o valor, se de um lado não pode ser irrisório, por outro lado não pode ser fixado de modo excessivo de forma desproporcional ao evento danoso.

Deste modo, impõe-se a fixação da quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil Reais) a título de danos morais que mostra compatível com a extensão do dano

Acesso ao Sumário

e em perfeita consonância com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade e dentro dos parâmetros jurisprudenciais.

Por fim, anote-se que sobre o valor da condenação fixada, incidirão juros de mora de acordo com o disposto na Lei 11.960/2009, a partir da data do ilícito, na forma do art. 398 do Código Civil e da Súmula 54 do STJ, e correção monetária desde a data do arbitramento, por força da Súmula 362 do STJ.

Ressalte-se, entretanto, que os juros aplicados não poderão ser inferiores àqueles que a Fazenda Pública recebe em suas demandas, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, segundo entendimento esposado pelo do. E. Supremo Tribunal Federal (ADI 4.357 e 4.425).

Observa-se que tais verbas devem ser pagas, obedecida a variação do IPCA/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), fixada pelo STJ no Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.270.439/PR, que bem representa a correção da expressão monetária, devendo ser aplicado na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação do art. 5º, da Lei 11.960/09, uma vez respeitada a exclusão da expressão "**índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança**" declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.357 e 4.425.

Por tais razões, impõe-se a reforma parcial da r. sentença, para condenar a Fazenda Pública a indenizar ao particular os danos morais, na forma acima estabelecida.

Pelo exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de R$ 200,00, observado o trabalho adicional realizado no âmbito recursal, nos termos do art. 85, §11, do Novo Código de Processo Civil.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og. Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de recurso, ficam as partes intimadas, a partir da publicação, a se manifestarem expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001864-17.2016.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante APARECIDA MORENO MONTEIRO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.344)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente sem voto), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DEVEDOR. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

- Com amparo na doutrina de ROUBIER e de MAXIMILIANO, é de admitir, em caso de sucessão de leis, a cisão das taxas de juros e correção monetária. Entendimento cônsono com reorientação da jurisprudência do STJ (cf. EDv no REsp 1.207.197 – Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 18-5-2011).

- A egrégia Suprema Corte federal fixou no julgamento do RE 870. 947, em regime de repercussão geral, que, nas obrigações originadas em relações jurídicas não tributárias, os juros de mora devem seguir os critérios inscritos na Lei n. 11.960/2009, e a correção monetária observar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - Ipca-E.

Provimento parcial da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Opôs a Municipalidade de Cubatão embargos contra a execução de título judicial ajuizada por Aparecida Moreno Monteiro alegando excesso no valor cobrado por adoção de índice de correção monetária diverso do previsto na Tabela Prática de Títulos de Débitos Judiciais relativos à Fazenda pública.

Acesso ao Sumário

2. O M. Juízo de origem julgou procedentes os embargos de devedor, determinando a aplicação dos critérios estabelecidos no art. 1º-F d a Lei n. 9.4 94/1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009 (de 29-6), **a partir de sua vigência** (e-págs. 77-8), pois reconhecia-se, na data da prolação da sentença, aplicável a modulação dos efeitos do decidido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4357 e 4425 apenas nos cálculos efetuados **após a expedição de precatório** (cf. *e*-pág. 77-8).

3. Do decidido, apelou a exequente, sustentando, em resumo, *(i)* a inobservância dos critérios de repotenciação monetária fixados no acórdão exequendo , *(ii)* inexistente, à época do julgamento, a referida Tabela Prática de Títulos de Débitos Judiciais **relativos à Fazenda pública**, *(iii)* aplicável a modulação temporal dos critérios de correção monetária e de juros previstos na Lei n. 11.960/2009, fixada nas ações declaratórias de inconstitucionalidade (AD Is 4357 e 4425), a penas aos títulos executivos judiciais que fixaram a Taxa Referencial -TR, e, por fim, *(iv)* que este índice de atualização é incapaz de recompor a perda inflacionária.

Respondeu-se ao recurso (e-págs. 100-2).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 22 de janeiro de 2018 (e-pág. 104).

VOTO:

4. O acórdão exequendo fixou os critérios para a apuração do *quantum debeatur*, determinando a observância "da Tabela Prática para Cálculo de Atualização monetária dos Débitos Judiciais editada por este Tribunal de Justiça, e juros de mora, desde a citação, com a taxa mensal de 0,5 % (arg. art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997)" – *e*-pág. 35).

5. Apenas com a vigência da Lei n. 11.960/2009 que, alterando o art. 1º -F da Lei n. 9.49 4/1997, iniciou-se a aplicação da Taxa Referencial como índice de correção monetária e de juros para todos os débitos da Fazenda pública paulista, e, consequentemente, a adoção de uma Tabela Prática de Títulos de Débitos Judiciais **relativos à Fazenda pública**.

6. Proferido o acórdão aos 16 de fevereiro de 2009, **antes, portanto, da vigência da Lei n. 11.960/2009**, já não poderia, assim, a ora embargante ter pleiteado sua aplicação nos autos do processo de conhecimento, de modo que não há óbice de coisa julgada, nem de eficácia preclusiva da *res iudicata* a interditar a apreciação do pedido objeto dos vertentes embargos.

Não há, pois, óbice de coisa julgada, nem de eficácia preclusiva da *res iudicata* a interditar a aplicação da Lei nº 11.960/2009 que, alterando o texto do art. 1º-F da Lei nº 9.494, enunciou:

> "Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital

e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".

Já antes da reorientação da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (cf. **EDv no REsp 1.207.197**-Rel. Min. CASTRO MEIRA e **REsp nº 1.205.946**, julgado sob o regime do art.543-C do Cód.Pr.Civ.-Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES) ressalvara eu, sem votar vencido, embora, ser meu entendimento o da cisão das taxas dos juros e da correção monetária, adotando-se o critério da lei do dia da incidência.

Solidei-me desde logo na doutrina, aqui iterada, de Paul ROUBIER e de Carlos MAXIMILIANO, ambos admitindo, em caso de sucessão normativa, a **aplicação cindida** das taxas de juros.

Diz ROUBIER:

"Les lois nouvelles qui modifient le taux legal de l' intérêt moratoire doivent également s'appliquer dès leur entrée en vigueur même aux créances antérieures, et cela même dans le cas où la mise en demeure est antérieure à la loi nouvelle, pour tous les intérêts qui courront à partir de l'entrée en vigueur de cette loi" (Le droit transitoire. 2. ed. Paris: Dalloz , 1960, p. 317)

E MAXIMILIANO:

"Os juros legais, processuais ou delituais, são diariamente produzidos de novo; por isto, vigora a taxa nova, a partir do dia da lei nova" ("Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis". Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, nº 107, p. 206).

Símile entendimento alberga o que cabe decidir para a preservação valorativa da moeda.

7. Acerca da incapacidade de a Taxa Referencial recompor a perda inflacionária, o colendo Supremo Tribunal de Justiça, no RE 870.947 (j. 20-9-2017), julgado com caráter de repercussão geral, **reiterou os parâmetros definidos no acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425.**

Afastou-se a aplicação da referida norma apenas quanto aos juros de mora devidos em virtude de relações jurídicas de natureza tributária, os quais devem observar os mesmos índices utilizados pela Fazenda pública para os tributos pagos em atraso. No tocante com as demais espécies de relações jurídicas, permanece vigente o disposto na Lei n. 11.960/2009, ou seja, para o cálculo dos juros moratórios deve ser utilizado o rendimento da caderneta de poupança.

Quanto ao cômputo da **repotenciação monetária**, decidiu-se que nos processos relativos a obrigações de natureza tributária deve-se seguir o índice utilizado pela Fazenda pública para atualização dos tributos pagos em mora,

Acesso ao Sumário

enquanto que nas obrigações não tributárias, cabe a utilização do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial-Ipca-E.

O r. voto de relação consignou expressamente que, nos casos em que aplicáveis as teses firmadas no julgamento do RE 870.947, devem, a fim de manter a coerência entre as decisões da Suprema Corte federal, "**ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública**".

Assim, cabe aplicar, também ao caso dos autos, a modulação dos efeitos definida nas ADI' s 4.357 e 4.425, reconhecendo a incidência dos critérios da Lei n. 11.960/2009 até 25 de março de 2015. A partir daí, para a indexação dos valores com origem em relações jurídicas não tributárias, cabe utilizar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial -Ipca-E.

8. É caso, pois, de reconhecer a sucumbência parcial, condenando-se as duas partes no pagamento de honorários advocatícios, observando-se o disposto no inciso II do § 4º do art. 85 do Código de processo civil.

9. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, pelo meu voto, dou parcial provimento à apelação de Aparecida Moreno Monteiro, determinando a adoção dos seguintes parâmetros:

(a) correção monetária segundo a Tabela Prática para Cálculo de Atualização monetária dos Débitos Judiciais editada por este Tribunal de Justiça até a vigência da Lei n.11.960/2009, aplicando-se os critérios nesta estabelecidos até 25 de março de 2015, e, a partir de então, a indexação deve observar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - Ipca-E;

(b) juros de mora a contar do trânsito em julgado e com observância dos critérios inscritos na Lei n. 11.960/2009, a partir de 30 de junho de 2009

devendo prosseguir o cumprimento de sentença nos autos de n. 1001684-72.2016 da 3ª Vara da Comarca de Cubatão.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a essa modalidade de julgamento, manifestar sua discordância no momento da interposição de recursos.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004835-

52.2016.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes MARIA APARECIDA DE LIMA GRIPHO e JOSÉ GRIPHO MONTEIRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TAC – EMBARGOS – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CONSUBSTANCIADA EM NÃO FORNECER ALIMENTO A AVES NO MEIO URBANO – DESCUMPRIMENTO VERIFICADO – SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS À EXECUÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Sendo plenamente comprovado o descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta firmado em face do Ministério Público, deixando os embargantes de proceder às obrigações pactuadas, consubstanciadas em não fornecerem alimentos de espécie alguma a aves no meio urbano, é impertinente a alegação de que o título é inexigível. Assim, de rigor era mesmo a condenação dos executados a pagar a multa avençada.

Acesso ao Sumário

VOTO

MARIA APARECIDA DE LIMA GRIPHO e **JOSÉ GRIPHO MONTEIRO** opuseram embargos à execução de multa cominatória, fundada em título extrajudicial (Termo de Ajustamento de Conduta), que lhe move **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

A r. sentença de fls. 135/138, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os embargos nos termos do art. 487, I, do CPC, condenando os embargantes ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00 nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, observando-se a assistência judiciária gratuita (fls. 24).

Inconformados, estes apelam às fls. 144/148 buscando a reforma do julgado. Preliminarmente, argúi a ocorrência de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide reputando como imprescindível ao desate da causa a produção de provas, mormente a pericial e testemunhal, com o fim de demonstrar que cumpriram exatamente o termo ajustado e não alimentaram as aves, além de ser falsa a denúncia proveniente de sua vizinha, com quem tem inimizade, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal com o fim de anular a sentença ou, ao menos, reforma-la, com redução do valor atinente aos honorários advocatícios sucumbenciais.

O recurso foi respondido (fls. 154/156), tendo a douta Procuradoria de Justiça externado seu parecer às fls. 160/164**.**

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

De início, mister ressaltar que a preliminar de cerceamento de defesa levantada nas razões recursais, de acordo com as peculiaridades do presente caso, será analisada com o mérito nos termos abaixo.

Conforme se depreende dos autos, opuseram os apelantes embargos à execução fundados no Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes em 21.09.2007 (fls. 43/44) com o fim de que não mais fornecessem "*alimento de espécie alguma para alimentar aves no meio urbano, inclusive sob a forma de colocação de comida para aves em espaço público, sujeitando- se a multa de R$ 1.000,00 (um mil reais) na hipótese de incidência, dobrando- se a multa nas reincidências, sendo a obrigação individual, com incidência das multas para cada um dos eventuais infratores, sem prejuízo de medidas administrativas e penais cabíveis*".

Após devidamente homologado o termo – por sinal fundamentado em estudos que preveem o controle da proliferação de pombos no ambiente urbano como forma de evitar doenças à população (fls. 45/51), bem como nos fatos demonstrados às fls. 53/63 destes autos –, verificou-se seu descumprimento por parte dos embargantes, a começar por uma missiva datada de 10.11.2015 enviada ao embargado por Rosangela F. M. P. Campos, vizinha, por meio da qual informou que "*há cerca de 4 meses voltaram a alimentar os pombos três vezes ao dia, junto ao meio fio da rua defronte sua residência, o que vem incomodando os vizinhos como nas vezes anteriores, pois a cada dia aumenta a quantidade de pombos que vem se alimentar aqui, que já são dezenas, deixando fezes por todos os telhados nas proximidades*", fato demonstrado pela fotografia de fls. 72.

Acesso ao Sumário

Além disso, conquanto tenha sido cumprido mandado com o fim de verificar se havia indícios de alimentação de pombos no local em 23.05.2016, tendo sido constatado que não havia (fls. 103), ressaltou o MM. Juiz *a quo* que

relatórios oriundos da Vigilância Sanitária acostados às fls. 82/87 e 104/109 dos autos da execução sob nº 1000718-18.2016.8.26.0196, comprovam o descumprimento reiterado, pelos embargantes, do TAC firmado (fls. 137).

Bem por isso, não havia mesmo que se falar em cerceamento de defesa, vez que as provas contidas nestes e nos aludidos autos da execução ajuizada pelo Ministério Público bem demonstram os atos praticados pelos embargantes, contrários ao que se comprometeram a cumprir no termo ajustado. Frise-se, aliás, que eventual produção de provas testemunhal ou mesmo pericial é despicienda no presente caso, vez que o descumprimento do TAC foi plenamente demonstrado.

Aliás, nesse passo, deve ser ressaltado que a multa prevista na cláusula terceira do termo não cumpriu sua finalidade de inibir que as obrigações pactuadas fossem adimplidas. Logo, cabia mesmo ao Poder Judiciário perseverar na busca da tutela específica, ou seja, buscar dar efetividade ao bem maior que é, sem dúvida, o cumprimento do pactuado no TAC com o fim de evitar que as atitudes tomadas pelos embargantes prejudicassem toda a comunidade ao redor.

Ademais, em relação ao pleito voltado à redução da verba honorária advocatícia, vez que também é de todo impertinente, pois fixada em valor módico de acordo com os preceitos contidos no § 2º do art. 85 do CPC.

Assim, com base no que ora se decide, de rigor o prosseguimento da execução ajuizada.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1032495-96.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ADILSON SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Em sede de juízo de retratação, mantiveram o acórdão. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.209)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), ROBERTO MARTINS DE SOUZA e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

Acesso ao Sumário

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa; REPERCUSSÃO GERAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS POR DETERMINAÇÃO DO D. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. Pensionistas de ex-funcionários da extinta FEPASA. Pretensão de restabelecimento da Estrutura de Cargos e Salários implementada pela FEPASA, mantendo-se entre as diversas classes, considerado o piso de 2,5 salários mínimos, uma diferença média de 13% na remuneração. Acórdão que não contraria o entendimento fixado pelo C. STF no RE nº 603.451/SP, pois não implicou em modificação do piso salarial. Precedente. Acórdão mantido.

VOTO

Os presentes autos foram devolvidos em 23/1/2018 por determinação do D. Presidente da Seção de Direito Público em cumprimento ao artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil/15 (fl. 492/493).

Trata-se de ação proposta por **ADILSON SILVA** em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** na qual, na qualidade de aposentado da extinta FEPASA, requer a complementação da aposentadoria paga pela ré, a qual, contudo, não observa o piso salarial de 2,5 salários mínimos, conforme estabelecido em contrato coletivo de trabalho do biênio 1995/1996.

A r. sentença de fls. 342/350 julgou procedente o pedido, para determinar que a ré restabeleça a situação funcional específica do requerente, nos termos do contrato de trabalho coletivo de 1995/1996, incorporando-se para todos os fins e com reflexos em todas as demais vantagens pecuniárias, bem como para condená-la ao pagamento das verbas de natureza alimentar consistentes no pagamento das diferenças vencidas, desde a instituição da complementação, respeitada a prescrição quinquenal, com acréscimo de juros e correção monetária.

Interposto recurso de apelação pela FESP e com a vinda dos autos a este E. Tribunal de Justiça para a remessa necessária, o v. acórdão de fls. 432/439 reformou a sentença e julgou improcedente a pretensão objeto da ação.

Inconformado, o autor interpôs recurso extraordinário (fls. 449/481), o qual foi respondido (fls. 488/491). Os autos foram devolvidos a esta Relatora, nos termos do art. 1.030, II, do CPC, conforme despacho de fls. 492/493.

É o relatório.

O v. Acórdão há de ser mantido.

Acesso ao Sumário

No julgamento do RE nº 603451/SP, o Pretório Excelso, "(...) foi declarada a *'não-recepção pela Constituição da República de 1988 do art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 432/1985 do Estado de São Paulo*', o qual determinava o reajuste automático do adicional de insalubridade no caso de aumento do salário mínimo. Dessa forma, ficou mantido o caput do referido dispositivo legal, que fixava a base de cálculo do citado adicional em dois salários- mínimos, tendo em vista a impossibilidade de o Poder Judiciário fixar outra base de cálculo, nos termos da própria Súmula Vinculante 4. O mesmo entendimento foi aplicado ao presente caso. Ainda que no Contrato de Trabalho 1995/1996, citado na Lei estadual nº 9.343/1996, tenha sido estabelecido piso salarial no valor correspondente a dois salários mínimos, nos termos do mencionado precedente desta Corte, não seria possível, judicialmente, a substituição dessa base de cálculo (...)".

Data venia, o pedido deduzido no presente feito não aborda a mudança do piso salarial de 2,5 salários, mas sim o pagamento de complementação dos proventos, pela FESP, de modo a manter a diferença média de 13% entre as diversas classes da estrutura de cargos e salários da extinta FEPASA, não sendo o caso de alteração do entendimento anterior. Neste sentido:

> "Servidores Públicos Inativos - FEPASA - **Equidistância de "13%" entre os cargos na estrutura remuneratória -** Recurso Extraordinário interposto - **Recurso Extraordinário nº 603.451/SP**, objeto de repercussão geral - Nova conclusão ao Relator por ordem do DD. Presidente da Seção de Direito Público - Cumprimento do disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC - Juízo de retratação ou manutenção da decisão - **Acórdão que não contraria o Recurso Extraordinário, uma vez que não se decidiu sobre a base de cálculo de piso salarial para a categoria em número de salários mínimos**. Manutenção do v. acórdão, com remessa dos autos à Presidência da Seção de Direito Público, de modo que sejam analisados os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário." (Apelação nº 0034101-55.2010.8.26.0053, rel. Des. Oscild de Lima Junior, j. 03.02.2015) – grifos nossos.

Pelo exposto, voto pela **manutenção** do v. acórdão tal como lançado, devendo o feito ser restituído à E. Presidência da Seção para fins de exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001732-60.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante MARIA CRISTINA BEGO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada FAZENDA PÚBLICA

DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por unanimidade, ratificaram o acórdão, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.673)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS e JARBAS GOMES.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. Professora. Revisão de vencimentos. URV. A reestruturação dos quadros do Magistério da Secretaria da Educação (LC 836/97) deflagrou o prazo da prescrição. Orientação estabelecida no RE 561.836, reconhecida repercussão geral.

Acórdão ratificado.

VOTO

O acórdão de f. 175/80 negou provimento ao recurso de apelação oferecido pela apelante para manter sentença que julgou improcedente ação via da qual professora da rede estadual pretende ver reconhecido o direito à conversão de sua complementação de pensão em URV, na forma da Lei nº 8.880/94, com a condenação da ré no pagamento das diferenças devidas, acrescidas de correção monetária, juros de mora, custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada, deduziu a apelante recursos especial (f. 198/210) e extraordinário (f. 2342/46); respondidos (f. 249/78 e 280/96) e inadmitidos (f. 298 e 299).

Em cumprimento à determinação proferida nos autos do Agravo interposto contra a decisão denegatória de seguimento do recurso especial, foram os autos devolvidos a esta relatoria para os fins do inc. II do art. 1.030 Código de Processo Civil, mercê do julgamento do paradigma REsp. nº 1.101.726/SP[1].

Acesso ao Sumário

É o relatório.

1. É certo que, em casos que tais, ressalvando meu ponto de vista, rendi-me à tese dominante no STJ, segundo a qual*, nas hipóteses de pedido de diferenças salariais originadas da conversão de cruzeiros reais para URV, não se opera a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, segundo disposto na Súmula 85/*

1 Min. Maria Thereza de Assis Moura.

STJ (REsp 1.237.561/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 22/3/11)[2].

Da mesma forma, embora esposasse entendimento em sentido contrário no que tange ao pagamento das diferenças apuradas, que deveria ocorrer desde que não absorvidas por valorizações posteriores, curvei-me ao que restou decidido por ocasião do julgamento do REsp nº 1.101.726/SP, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 13.5.2009, na sistemática de recurso repetitivo, ora tomado como paradigma:

> Reajustes determinados por lei superveniente à Lei nº 8.880/94 não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas.

2. Ocorre que, no caso, atento à orientação firmada no RE 561.836, reconhecida a repercussão geral sobre a questão, *data venia*, o julgado foi claro ao proclamar a prescrição do direito à revisão dos vencimentos, a partir da edição da LC 836, de 30 de dezembro de 1997, que instituiu *Plano de Carreira, vencimentos e salários para os integrantes do Quadro do Magistério da Secretaria da Educação*, em virtude da qual foi estabelecido novo sistema remuneratório para os cargos que especifica. (f. 178/9).

Surgindo, daí, uma nova realidade, apartada do ambiente de incidência da citada Lei 8880/94, a partir de quando eventuais diferenças haveriam de ser reclamadas. Razão pela qual consignou que, *bem por isso que, no caso a prescrição, quinquenal, alcançou o próprio núcleo do direito invocado, que remonta a 1997.*

3. Posto isso, ratifico o acórdão.

No mais, devolvo os autos à E. Presidência da Seção de Direito Público para o pertinente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003723-94.2012.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante IACY EMERENCIANA RAMOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.619)**

Acesso ao Sumário

2 AgRg no Ag 1414592/RS, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 1º.12.2011.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Sequelas e limitações decorrentes de acidente de trabalho em nosocômio – Inadmissibilidade – Indenização indevida – Nexo causal não comprovado – Inexistência do dever de indenizar – Inexistindo qualquer prova do nexo de causalidade, a improcedência da ação é de rigor – Precedentes desta Corte – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Iacy Emerenciana Ramos em face do Hospital Dr. Arnaldo Pazzuti Cavalcanti, alterado polo passivo para Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 48/49), sustentando que era funcionária do citado nosocômio na função de auxiliar de enfermagem, que no dia 23/06/2007, sofreu queda de uma escada, que em decorrência do acidente de trabalho padece limitações físicas que deixaram sequelas graves, como lesão na coluna e no quadril. Objetiva o pagamento de indenização por danos morais e estéticos no valor de R$ 93.300,00 (noventa e três mil e trezentos reais), indenização por danos materiais e pensão vitalícia correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor bruto que recebe mensalmente.

A r. sentença de fls. 607/611, cujo relatório adoto, julgou improcedente a ação, por ausência de nexo causal, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa, observada a gratuidade.

Inconformada, apela a autora, a fls. 617/623, repisando os argumentos expendidos na inicial. Pugna pela reforma da r. sentença.

Recurso processado e contrariado (fls. 627/633).

Autos distribuídos ao eminente Desembargador Torres de Carvalho em 07/08/2017 (fl. 636), e redistribuído a esta relatoria em 15/01/2018 (fl. 643), em razão de prevenção da 9ª Câmara de Direito Público no Agravo de Instrumento nº 0124195-09.2013.8.26.0000.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

As razões recursais não se prestam a abalar a r. sentença.

Incide na hipótese debatida a teoria da responsabilidade civil da Administração Pública, consagrada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Nesse passo, para haver indenização por dano material, moral e estético, indispensável se faz a comprovação de nexo causal entre o comportamento do agente e o dano dele resultante.

Por isso, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, ao estabelecer a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos que responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não excluiu o nexo de causalidade como pressuposto capaz de ensejar a indenização, nem mesmo a prova do dano.

Tanto na relação de causa e efeito entre a conduta culposa (responsabilidade subjetiva) quanto no risco criado (responsabilidade objetiva), e o dano experimentado pela vítima, não há como suprimir ou ignorar o fato de que a inexistência do nexo de causalidade e até a prova do dano rompem o dever de indenizar, pois imprescindível a demonstração de todos os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil.

Por outra banda, embora o direito pátrio tenha acolhido o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, isso não significa que a administração tenha de indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular, por este critério.

Confira-se, nesse sentido o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

"Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima agiu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte- se o quantum da indenização." (*in* Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 1999, p. 593).

No caso em testilha, realizada a perícia médica, a *expert* do IMESC observou:

"....

D. Não há sequelas anatômico-funcionais decorrentes da contusão na panturrilha esquerda sofrida em acidente de trabalho.

E. A lesão proporcionou incapacidade total e temporária a partir da data dos fatos e durante períodos de tratamento e convaslença, estimado em 10 dias, não havendo incapacidade atual decorrente da contusão em

Acesso ao Sumário

panturrilha esquerda.

F. A pericianda é portadora de doenças crônicas e degenerativas há longa data – hipertensão arterial sistêmica, osteoartrose da coluna vertebral, osteoartrose do quadril, varizes dos membros inferiores, tendinites/bursites dos membros superiores, histórico de acidente vascular cerebral, doença pulmonar obstrutiva crônica, fibromialgia, as quais requerem tratamento médico permanente, porém não possuem nexo de causalidade com o acidente em foco nesta avaliação pericial.

Conclusão:

".....

Não há incapacidade laboral decorrente da contusão da panturrilha esquerda ocorrida por acidente de trabalho.

A pericianda informa que está afastada do trabalho, em licença saúde devido a doenças que são degenerativas e não possuem nexo de causalidade com o acidente em foco nesta avaliação pericial." (fl. 529)

Em laudo pericial complementar, reiterou a perita que a contusão na panturrilha ocorrida no acidente não acarreta limitação funcional e não causa impedimento ao exercício do trabalho habitual (fls. 590/592).

De forma que, não se vislumbra qualquer responsabilidade civil da requerida.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – Acidentária – Acidente típico – Queimaduras por "ácidos" no corpo do obreiro – Concessão de benefício – Inadmissibilidade – Perícia médica – Ausência de incapacidade laborativa permanente a ensejar a indenização pretendida – Ação julgada improcedente – Apelo do segurado – Sentença mantida – Recurso não provido, cancelada, de ofício, a condenação relativa às verbas de sucumbência. (Apelação 0005099-66.2012.8.26.0248; Relator Aldemar Silva; j. 19/12/2017).

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL – ACIDENTE DE TRABALHO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR POR ABANDONO DE CARGO – Servidora pública municipal de Ilha Solteira, titular do cargo de merendeira desde 1996, e readaptada desde 2012 na função de copeira – Suposto abandono de cargo em 2015 – Prova pericial emprestada, produzida em ação acidentária, que atestou ser a servidora portadora de incapacidade parcial permanente para a atividade de merendeira e cozinheira, mas tem capacidade para a função readaptada – Inexistência de ilegalidade ou irregularidade no procedimento administrativo – Ausência de liame ocupacional das lesões – Inexistência de prova de nexo causal entre as lesões atuais da autora

e o trabalho exercido – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido. (Apelação nº 1001236-52.2016.8.26.0246; Relator Maurício Fiorito; j. 12/12/2017).

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Lesão na região ocular imputada a rebelião ocorrida na FEBEM quando o autor lá trabalhava – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Prova pericial foi essencial ao deslinde da controvérsia – Indenização indevida – Nexo causal não comprovado – Ausência de demonstração do fato noticiado na inicial – Inexistência do dever de indenizar – Inexistindo qualquer prova do nexo de causalidade, a improcedência da ação é de rigor – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação 0100856-03.2006.8.26.0053; desta Relatoria; j. 03/10/2017).

Portanto, a improcedência da ação é de rigor, devendo ser mantida a r. sentença guerreada, uma vez que ausente qualquer prova do nexo de causalidade a ensejar indenização.

Outrossim, não há como majorar a verba honorária da ação já fixada em grau máximo, 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, daí porque não aplicável ao caso o art. 85, par. 11, do CPC, deixando-se de arbitrar os honorários recursais.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002010-96.2016.8.26.0306, da Comarca de José Bonifácio, em que são apelantes PAULO CÉSAR CHRISTAL e MARIZA CÉLIA DE CANDIO CHRISTAL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO.

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 8.707)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

BANDEIRA LINS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação civil pública de responsabilização por ato de improbidade administrativa – Prefeito responsável pela nomeação de sua esposa para o exercício de cargo em comissão na Administração Municipal – Diante da existência de laços de parentesco, a nomeação para ocupar cargo em comissão ou de confiança, configura ato de nepotismo, em total desrespeito às regras que regem a administração pública. Inteligência da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal – Violação ao art. 37, inciso II da Constituição Federal e ao art. 11 da Lei nº 8.429/92 configurados – Afastamento da pena de perda de função. Redução da pena de multa para quantia equivalente à ultima remuneração recebida por cada réu no respectivo cargo, mantidas as demais sanções – Recursos parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de ação civil pública de responsabilidade por prática de ato de improbidade administrativa promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face de PAULO CÉSAR CHRISTAL e MARIZA CÉLIA DE CÂNDIDO CHRISTAL, objetivando, em síntese, a condenação dos réus às penas previstas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, pela prática de ato de improbidade administrativa consubstanciado na contratação de cônjuge para ocupar cargo de provimento em comissão na Prefeitura Municipal de Ubarana.

A r. sentença de fls. 753/758, cujo relatório se adota, julgou procedente a demanda, pela prática de ato de improbidade previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, para condenar cada um dos requeridos nas sanções de perda da função pública eventualmente exercida na data do trânsito em julgado da sentença, suspensão dos direitos políticos pelo período de cinco anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos, pagamento de multa civil no montante correspondente às vinte últimas remunerações mensais por ele percebidas na época do fato, a ser revertida em favor do Município, previstas no artigo 12, III, da Lei nº 8.429/92, além do pagamento de custas e despesas processuais, sem condenação em verba honorária, por ser o autor o Ministério Público.

Irresignados, apelam os réus condenados. Alegam, em ambos os recursos, que não houve pratica de nepotismo no presente caso, haja vista que a coré MARIZA CÉLIA DE CÂNDIDO CHRISTAL já era servidora pública de

Acesso ao Sumário

carreira e que, durante o exercício do cargo em comissão, não recebeu nenhuma vantagem pecuniária além das que lhe são devidas como professora, o que demonstra a ausência de prejuízo ao erário. Aduzem que a presunção de que todo parente de agente público que ingressa em cargos em comissão ou funções de confiança, apenas em virtude de seu vínculo familiar, é preconceituosa. Por fim, sustentam haver notável desproporção entre a sanção cometida e a penalidade aplicada. Requerem, outrossim, a reforma da sentença prolatada, afastando-se as penalidades impostas (fls. 767/800 e fls. 802/835).

Os recursos foram recebidos em seus regulares efeitos.

Contrarrazões apresentadas a fls. 842/856.

A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou, a fls. 866/880, pela manutenção da decisão, porém com proporcional redução das penalidades impostas.

É o relatório.

De início, anota-se a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em defesa do patrimônio público, consoante estatuído pela Súmula nº 329 do Superior Tribunal de Justiça; ademais, "*a probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular, e, a fortiori, difuso*" (Superior Tribunal de Justiça- 1ª Turma, REsp 510.150, Min. Luiz Fux, j. 17.02.2004).

Desta forma a ação é adequada para apuração dos fatos e imposição das medidas necessárias para coibi-los.

Quanto ao mérito, é fato incontroverso que PAULO CÉSAR CHRISTAL é marido de MARIZA CÉLIA DE CÂNDIDO CHRISTAL. À época, PAULO CÉSAR CHRISTAL, enquanto exercia a função de Prefeito do município, nomeou MARIZA CÉLIA DE CÂNDIDO CHRISTAL para exercer o cargo comissionado de Gestora Técnica no Departamento Municipal de Assistência Social.

Como é sabido, a Constituição Federal disciplina os princípios da Administração Pública e dispõe acerca da imposição de sanções para atos de improbidade, consoante estatuído no art. 37, §4º, da Carta Magna. Tal dispositivo é complementado pela Lei nº 8.429/92, que disciplina os mecanismos de combate a atos de improbidade administrativa e classifica-os em três modalidades distintas – os que importam em enriquecimento ilícito, atos que causem dano ao erário e atos que violam os princípios gerais da Administração Pública, combinando-lhes sanções políticas, civis e administrativas.

Posteriormente, a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal dispôs que: "*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de*

Acesso ao Sumário

direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

E em atenção aos dispositivos legais mencionados, cumpre efetuar análise detalhada dos fatos narrados nos presentes autos, a fim de se perquirir a existência ou não de atos de improbidade.

Conforme se infere dos autos, o então prefeito PAULO CÉSAR CHRISTAL procedeu à nomeação de sua esposa MARIZA CÉLIA DE CÂNDIDO CHRISTAL, para, a partir de 30 de janeiro de 2009, exercer o cargo em comissão de Gestor Técnico junto ao Departamento Municipal de Assistência Social (fls. fls. 528).

Em 16 de janeiro de 2013, foi publicada a Portaria nº 054/2013, que ao revogar a Portaria nº 047/2009, exonerou a corré MARIZA CÉLIA do cargo em comissão que exercia durante a gestão de seu marido na Prefeitura Municipal (fls. 531).

Note-se que o referido ato de exoneração só foi levado a efeito em virtude da mudança na gestão da Prefeitura, que passou a ficar a cargo do *Sr. João costa Mendonça*, atual Prefeito de Ubarana.

Dessa forma, não há como se negar o fato de que o corréu PAULO CÉSAR CHRISTAL valeu-se de suas prerrogativas enquanto Prefeito Municipal para introduzir uma integrante de sua família para compor um dos cargos de confiança da Administração Municipal.

Diante dessa situação, constata-se a dolosa prática de ato ímprobo, na modalidade de violação a principio, por meio do qual, induvidosamente, PAULO CÉSAR CHRISTAL procedeu à nomeação de sua esposa MARIZA CÉLIA DE CÂNDIDO CHRISTAL para, durante semelhante decurso de tempo, exercer o cargo comissionado de Gestora Técnica no Departamento Municipal de Assistência Social, de forma vinculada e subordinada, fazendo prevalecer interesses pessoais em detrimento do interesse público.

Incorreram os réus, portanto, no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ao violarem os princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade. Além disso, favoritismos e preferências em razão do casamento impedem o acesso aos cargos públicos de pessoas que, nas mesmas condições, poderiam ocupá-los com correção daí também a afronta ao princípio da isonomia. E a investidura de cônjuges como ocupantes dos mencionados cargos evidencia, sem resquício de dúvidas, a recusa do chefe do executivo a acatar as expressas determinações constitucionais sobre a questão.

A conclusão irrefutável, reitera-se, é de que efetivamente se tratou de

nepotismo. A necessidade de prover cargos com pessoas de estrita confiança do Prefeito não o desonerava de seguir os princípios republicanos, não sendo a *confiança* particular apta a derrogar o dever de lealdade dos mandatários e dos ocupantes de cargos em comissão às prescrições e princípios da Constituição relativos à matéria: é essa *lealdade* que prepondera, e em função dela é que se definem as margens em que o provimento de cargos pode ser efetuado pela confiança do Administrador.

No trato da coisa pública, não são admitidos favores a pessoas próximas – e de modo algum o quadro se torna menos rígido se o fator dessa proximidade são relações conjugais.

Salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a simples violação aos princípios administrativos configura a improbidade prevista no art. 11, "caput", da Lei nº 8.249/92, independente de qualquer dano ao erário:

> *"ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.1.* ***A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade****. Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.2. Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido. O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora 'não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, a função que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal'.3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município - punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA.5. Recurso especial não provido."*[1]

1 STJ, REsp 1005801/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em

E cabe realçar, de outro lado, que não é pela força da Súmula Vinculante nº 13 que a conduta apurada fere os princípios republicanos: a Súmula extrai sua força da Constituição, e contra os ditames desta é que os apelantes se postaram – valendo trazer à colação, nesse sentido, Aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DE FAMILIARES PARA OCUPAR CARGOS EM COMISSÃO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13/STF. DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DESPROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. INEXISTÊNCIA. 1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública, na qual imputa aos réus a prática de atos de improbidade administrativa oriundos de nepotismo, requerendo sua condenação nas sanções previstas nos arts. 4 e 11 da Lei n.8.429/1992. 2. No caso, a prática de nepotismo está efetivamente configurada, e, como tal, representa grave ofensa aos princípios da Administração Pública, em especial, aos princípios da moralidade e da isonomia, enquadrando-se, dessa maneira, no art. 11 da Lei n. 8.429/1992. 3. A nomeação de parentes para ocupar cargos em comissão, ainda que ocorrida antes da publicação da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sendo despicienda a existência de regra explícita de qualquer natureza acerca da proibição. 4. A revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, ressalvados casos excepcionais, nos quais, da leitura dos julgados proferidos na instância ordinária, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não ocorre no caso vertente. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1362789/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 19/05/2015).

Cabe notar, apenas, que as condutas apuradas nos autos não se revestem da mesma gravidade que possuiriam se fossem posteriores à Súmula Vinculante – caso em que estariam a desconsiderar o próprio sentido obrigatório de que esta se acha infundida. Na definição das penas dos réus, essa circunstância há de ser ponderada; e assim cabe reformar parcialmente a r. sentença.

Vale lembrar que a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem há tempos prestigiando a aplicação do princípio da proporcionalidade na adoção das sanções da Lei n. 8.429/92:

27/04/2011, DJe 12/05/2011.

Acesso ao Sumário

"RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS 'A' E 'C' – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PAGAMENTO INDEVIDO DE HORAS-EXTRAS A OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO – ACÓRDÃO QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR TRÊS ANOS DETERMINADA PELA SENTENÇA – ALEGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DE QUE NÃO HÁ POSSIBILIDADE DE EXCLUIR A SANÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA DAS SANÇÕES DO ART. 12, INCISO III, DA LEI N. 8.429/92 – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. A aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc.(...)". (STJ - RESP 300184/SP, Relator Ministro Franciulli Neto, 2ª Turma, DJ 03.11.2003, p. 291).

E na Doutrina, esse entendimento é prestigiado pelo eminente **Hugo Mazzilli**:

"Não apenas a fixação das penas deve levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, mas também a própria imposição da pena deve considerar a gravidade da infração cometida" (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 26ª ed., 2013 p. 221).

A nomeação de cônjuge para o exercício de cargo em comissão justifica a imposição, aos dois réus, da pena de **suspensão dos direitos políticos**, pelo prazo de 3 (três) anos, como forma de evitar que antes de refletirem sobre a reprovabilidade dos respectivos atos, marido e mulher venham a pleitear novo mandato popular. Não há falar- se, contudo, em perda da função pública, eis que o mandato do réu se concluiu em 2012, e a ré viu-se exonerada em 2013.

Conforme prescreve o artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, "*na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a **extensão do dano causado**, assim como o **proveito patrimonial obtido** pelo agente.*".

No caso em apreço, apesar da gravidade do ato ímprobo praticado, ficou comprovado que a corré MARIZA CÉLIA não teve qualquer alteração em seus vencimentos no período em que exerceu a função comissionada (cf. fls. 568), o que demonstra a ausência de proveito patrimonial em razão da função exercida.

Acesso ao Sumário

Desdotada, ademais, do peso que teria se fosse posterior à Súmula Vinculante, a conduta dos réus encontra satisfatório apenamento na fixação de multa civil, em valor equivalente à última remuneração de cada apelante o réu, no cargo de Prefeito, e a ré, no cargo em comissão.

E ainda na seara patrimonial, aplica-se também a pena de **proibição de contratar com o Poder Público** ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Ante o exposto, voto no sentido do **parcial provimento** do apelo dos réus, mantendo a respectiva condenação por atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 e assinalando-lhes penas de **suspensão dos direitos políticos, por 3 (três) anos**; de **multa civil**, em valor equivalente ao da última remuneração de cada qual; e de **proibição de contratar com o Poder Público** ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, **pelo prazo de 3 (três) anos.**

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, nos moldes da Resolução nº 549/2011 do C. Órgão Especial desta Corte, publicada no DJe de 25/08/2011 e em vigor desde 26/09/2011. As partes ficam intimadas a manifestar-se desde já, caso se oponham a essa forma de julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016565-26.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ALBERTO BASTOS MACHADO (E OUTROS(AS)), ALCIDES CAMARGO LEITE, ANTENOR DE OLIVEIRA, AMERICO MACIEL AVILA, ANTONIO BISPO DE SOUZA, CLAUDIO EUGENIO PINTO, DAREY VILELA, DECIO CICCONE DE LEMOS, JOAQUIM BATISTA MOREIRA, JOSE AUGUSTO DE PAULA, JOSE LOPES DA SILVA, JOSE DIAS CORREA, JOSE GOMES DE SA, JOSE MANOEL PACHECO, JUVENTINO BARBOSA, LAZARO GREGORIO DOS SANTOS, LINDOLPHO DAVELLI, LUIZ CARLOS MIGUEL DE SOUZA, MAURICIO GONÇALVES DE CARVALHO, NELSON JOSE DE ASSIS TRAJANO, PAULO IGNACIO PIRES, REINALDO DE DEUS MARCONDES, RICARDO DE CAMPOS, VALDEMIR JOSE DE SOUZA, VALDYR VIEIRA PEIXOTO e WILLIANS JORGE PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

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 19.697/2018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO VIOTTI (Presidente) e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. Excesso de execução. Ocorrência. Desconto previdenciário realizado com alíquota a menor. Sentença reformada nesta parte. Pretensão da FESP à incidência da Lei nº 11.960/09, em sua redação original. Inadmissibilidade. Decisão de Primeiro Grau que determinou o cálculo de acordo com os parâmetros recentemente estabelecidos pelo Excelso Pretório. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de embargos à execução opostos pela *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO* contra *ALBERTO BASTOS MACHADO E OUTROS*, ao argumento de excesso no cálculo de liquidação do título executivo, bem como pela inobservância de descontos previdenciários e ao disposto na Lei nº 11.960/2009.

A r. sentença, cujo relatório se adota, acolheu parcialmente os embargos para determinar a aplicação "*para fins de CORREÇÃO MONETÁRIA, aplicação do regime da Lei Federal 11.960, de 2009, até 25.03.2015; e, a partir de 25.03.2015, correção monetária segundo o IPCA-E",* e para os juros de mora *"ficam fixados da seguinte forma: nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, haja vista, o decidido no Recurso Extraordinário nº 863.423, do Supremo Tribunal Federal, que em face da pendência de apreciação pelo STF, haverá a manutenção do sistema em vigor*".

Inconformada, apela a executada buscando a reforma do "*decisum*".

Recebido e processado em seus regulares efeitos, o recurso foi bem respondido.

É o breve relato.

O recurso comporta parcial provimento.

Conforme se verifica dos autos de origem, os valores exigidos na presente execução são provenientes de remuneração, incidindo, portanto a contribuição

previdenciária na alíquota de 11%, em detrimento da alíquota de 9% apontada pelos exequentes.

Assim, ao deixar de se manifestar a respeito da alíquota de contribuição previdenciária, a r. sentença comporta alteração nos termos acima estabelecidos.

De outro lado, em relação à correção monetária e juros de mora incidentes no cálculo em questão, o *decisum* de Primeiro Grau não comporta qualquer alteração.

Em razão da orientação haurida do julgamento proferido pelo Excelso Pretório, em 20.09.2017, no RE nº 870.947/SE, submetido ao regime da repercussão geral, rel. Min. Luiz Fux, a Suprema Corte consolidou o entendimento de constitucionalidade dos juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Confira-se a ementa daquele julgado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO- TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídicotributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo

Acesso ao Sumário

hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw- Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido."

(grifamos)

Para tanto, deve-se atentar aos parâmetros definidos pelo Excelso Pretório, quando do julgamento do referido recurso, no que diz respeito à Lei Federal nº 11.960/2009, observando-se a Tabela Prática de Atualização Monetária (IPCA-E) deste Egrégio Tribunal de Justiça para fins de correção monetária, bem como a adoção do índice de remuneração da caderneta de poupança em relação aos juros de mora, nos termos fixados na r. sentença.

Assim, a r. sentença comporta alteração tão somente em relação à correção da alíquota de contribuição previdência, mantida, no mais, nos seus exatos termos.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou

Acesso ao Sumário

manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044467-85.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado INVESTIDOR DO BRASIL HOLDING LTDA., é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos voluntário e adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.594)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – ISS – Pretensão da autora de cancelar o crédito tributário decorrente da ausência de recolhimento de ISS, sob a alegação de que o Município réu não tem competência para exigir o referido tributo, uma vez que suas atividades são realizadas em suas filiais localizadas em outros Municípios, bem como de que a multa é excessiva e confiscatória e que os serviços prestados a título de "*Licenciamento de Softwares*" não estão sujeitos à incidência do ISS – Descabimento – Simulação de estabelecimento evidenciada Ausência de qualquer filial ou sucursal formalmente estabelecida, localizada em Brasília-DF – Multa imposta pelo descumprimento de obrigação acessória que não se mostra abusiva, eis que fixada em patamar legal – Empresa que explora a venda e locação de *software*, mediante contratos de licença ou cessão, e, portanto, sujeita-se à incidência do ISS – Atividade que se enquadra no item 1.05 da

Acesso ao Sumário

Lista de Serviços anexa à LC nº 116/03 – Precedentes jurisprudenciais – Honorários advocatícios , fixados os honorários com moderação – Sentença mantida – Recurso da autora e recurso adesivo da Municipalidade desprovidos.

VOTO

Vistos.

INVESTIDOR DO BRASIL HOLDING LTDA., qualificada nos autos da presente ação anulatória de débito fiscal, com pedido de antecipação de tutela (proc. 0044467-85.2012.8.26.0053, da E. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital), que move em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**, alega, em síntese, que é empresa prestadora de serviços na área de tecnologia da informação e comunicações, e que foi autuada pela ré por não ter efetuado o recolhimento do ISS, bem como por ter descumprido algumas obrigações acessórias, nos exercícios de 2005 a 2008. Afirma que, apesar de sua sede estar localizada em São Paulo, possui filial regularmente constituída no Município de Santana do Parnaíba, onde emitiu as devidas notas fiscais. Afirma, ainda, que os serviços, na sua maioria, foram executados em Brasília-DF, de modo que não o imposto não é devido ao Município de São Paulo. Sustenta serem nulos os autos de infração, uma vez que não foi intimada da decisão final proferida nos autos do procedimento administrativo fiscal, o que configura cerceamento de defesa. Impugna as multas impostas, em razão da ausência de simulação, má-fé ou dolo de sonegar o imposto, bem como da confirmação de *bis in idem* e confisco, já que violam os princípios da razoabilidade tributária e da capacidade contributiva. Ao final, requer a procedência da presente ação, anulando-se os lançamentos do ISS e os autos de infração; ou, alternativamente, pugna pela redução da multa para o patamar de 2% a 10%.

A liminar foi indeferida à fl. 2.624, ensejando a interposição de recurso de agravo de instrumento pela autora (fls. 2.626/2.645), ao qual foi negado provimento (fls. 3.192/3.196).

Registre-se que foi proferida a r. sentença de primeiro grau, que julgou improcedente a presente ação (fls. 3.033/3.038).

A autora opôs embargos de declaração (fls. 3.042/3.046), os quais foram rejeitados (fl. 3.047).

Na sequência, a autora apresentou seu recurso de apelação (fls. 3.050/3.091). Resumidamente, reitera os argumentos ventilados em sede de exordial e requer seja dado provimento ao presente recurso, para o fim de julgar-se procedente a demanda.

A Municipalidade de São Paulo apresentou o recurso adesivo de fls.

Acesso ao Sumário

3098/3102, no qual pleiteia a majoração dos honorários advocatícios fixados na r. sentença recorrida.

Tempestivos os recursos, foram os mesmos regularmente recebidos e processados, com a apresentação das contrarrazões (fls. 3103/3123 e fls. 3127/3129).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

De proêmio, impõe-se ponderar que os recursos em apreço foram interpostos sob a égide do CPC/73, razão pela qual, em atenção ao princípio do Isolamento dos Atos Processuais, os atos já praticados, assim como as situações jurídicas já consolidadas com fulcro no código anterior, devem ser convalidados ou reformados com base no CPC/73, entendimento este, aliás, em consonância com o art. 14 do CPC/15, bem como atento ao princípio da necessária segurança jurídica.

Pois bem.

Entende-se que os presentes recursos não reúnem condições de prosperar.

Senão, vejamos.

Cuida-se de uma ação anulatória em que objetiva a autora a desconstituição dos Autos de Infração e Imposição de Multa nºs 66.095.735, 66.095.743, 66.095.751, 66.095.778, 66.095.786, 66.094.794, 66.095.816, 66.095.824, 66.095.832, 66.095.840, 66.095.859, 66.095.867, 66.095.875, 66.095.883, 66.095.891, 66.095.905, 66.095.921, 66.095.930, 66.095.948, 66.095.956, 66.095.964, 66.095.972, 66.095.980, 66.095.999, 66.096.006, 66.096.014, 66.096.022, 66.096.030, 66.096.049, 66.096.057, 66.096.065, 66.096.073, 66.096.081, 66.096.090, 66.096.103, 66.096.111, 66.096.120, 66.096.138, 66.096.146, 66.096.154, 66096162, 66.095.913, 66.096.200, 66.096.189, 66096197, 66.096.219, 66.096.227, 66.097380, 66.097.525, 66097584 e 66.097.622, lavrados porque a contribuinte teria deixado de apresentar a Declaração Eletrônica de Serviços (DES), de pagar o ISS referente aos exercícios de 2005 a 2008 e de emitir notas fiscais.

Primeiramente, afigura-se como correta a conclusão do digno magistrado de primeiro grau, quando afirma não ter ocorrido o cerceamento de defesa no âmbito do processo administrativo, pois, conforme se pode observar dos autos, principalmente à fl. 2.700, a empresa autora foi devidamente intimada da decisão que rejeitou a impugnação ofertada no PAF nº 2011-0.174.725-7 (fls. 2613/2614).

Ademais, a intimação da autora por meio do Diário Oficial da Cidade é perfeitamente válida, conforme determina o artigo 28, inciso I, da Lei Municipal nº 14.107/2005[1], que regulamenta o processo administrativo, não ensejando

Acesso ao Sumário

1 "Art. 28 - Considera-se intimado o sujeito passivo, alternativamente:

nenhuma nulidade por ausência de intimação pessoal.

Neste sentido, a jurisprudência desta Colenda Corte vem decidindo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Mandado de Segurança - Alegação de nulidade processo administrativo por ausência de intimação pessoal da decisão que julgou improcedente a impugnação ao lançamento tributário - Intimação pelo Diário Oficial do Município, conforme previsão do art. 28, I da Lei Municipal nº. 14.107/05 - Ausência dos requisitos legais de antecipação da tutela - Indeferimento do Pedido de Liminar - Recurso improvido" (Agravo de Instrumento nº 0012795-24.2012.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25.10.2012, Rel. Des. Eutálio Porto).

Outrossim, como bem observou o magistrado sentenciante, a autora já vinha atendendo às publicações via Diário Oficial, quando, por exemplo, teve deferido seu pedido de extração de cópias (fl. 774).

Assim, diante de tais fatos, não há como se acolher o aludido *cerceamento de defesa* na esfera administrativa.

Já com relação aos AIIM nºs 66.097.380 (fl. 79), 66.097.525 (fl. 80) e 66.097.584 (fls. 81), lavrados sob o fundamento de que teria a autora simulado os serviços prestados por ela no Município de São Paulo, como se tivessem sido prestados em outro município, os mesmos merecem subsistir.

Com efeito, no que diz respeito à competência para arrecadar o ISS, a jurisprudência, anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 116/03, já se havia pacificado no sentido de que, embora o art. 12, "*a*", do Decreto-Lei n. 406, de 31.12.1968, exprimisse considerar-se local de prestação do serviço, para fins de ISS, o do estabelecimento prestador, o elemento espacial, no caso, para se verificar qual a lei incidente e a que município caberia o tributo, seria o local da prestação efetiva do serviço, ainda que o estabelecimento estivesse situado em outro município.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. FATO GERADOR. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

"I - Para fins de incidência do ISS - Imposto Sobre Serviços, importa o local onde foi concretizado o fato gerador, ou seja, onde foi prestado o serviço, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário. (...)" (AGEDAG 468839/DF; 1ª Turma; j. 5/5/2003; p. DJU 11/3/2003; Rel. Min. Francisco Falcão).

E ainda:

"I - com a publicação do extrato da decisão no Diário Oficial da Cidade"

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. COMPETÊNCIA DA COBRANÇA. FATO GERADOR. PRECEDENTES.

"1. O Município competente para cobrar o ISS é o da ocorrência do fato gerador do tributo, ou seja, o local onde os serviços foram prestados. Acórdão discordante com a orientação jurisprudencial do STJ.

"2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp. 399249/RS; 2ª Turma; j. 17/10/2002; p. DJU 2/12/2002; Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Sobre o tema, é de se observar o entendimento de ROQUE CARRAZZA:

"Se o serviço é prestado no Município A, nele é que deverá ser tributado pelo ISS, ainda que o estabelecimento prestador esteja sediado no Município B. Do contrário estaríamos admitindo que a lei do Município B pode ser dotada de extra-territorialidade, de modo a irradiar efeitos sobre o fato ocorrido no território do município onde ela não pode ter voga. Sempre o ISS é devido no Município em cujo território a prestação de serviço se deu. Isso a despeito do que dispõe o art. 12 do Decreto-lei 406/68, que não se sobrepõe a nenhuma norma constitucional." ("*Revista de Direito Tributário*", vol. 48, ps. 210-211).

Com o advento da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que revogou expressamente o art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, passou a se considerar como regra geral que o imposto é devido no ***local do estabelecimento prestador***, ou, na falta deste, ***no local do domicílio do prestador*** (*caput* do artigo 3º).

O artigo 4º, por sua vez, dispõe que se considera "*estabelecimento prestador*" o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Contudo, nos incisos I a XXII e §§ 1º e 2º do artigo 3º, o legislador abriu algumas exceções à regra geral do "*local do estabelecimento do prestador*", fixando, para determinados tipos de serviço, outros locais que não o do "*estabelecimento prestador*": o local da execução de serviços; o local do estabelecimento ou domicílio do tomador de serviços; e o local em que se situam as pessoas ou bens, móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, que constituam os objetos, mediatos ou imediatos, da prestação de serviço.

Acesso ao Sumário

Assim, analisando-se os autos, percebe-se que os serviços prestados pela empresa apelante (*serviços de desenvolvimento e elaboração de software, assessoria e consultoria de informática – fl. 22*) sujeitam-se à incidência do ISS, não se enquadrando nas exceções previstas nos incisos I a XXII do artigo 3º da LC 116/03. Portanto, tem aplicação a regra geral do local do estabelecimento prestador.

No entanto, conforme se pode analisar dos autos, ficou constatado pela fiscalização municipal, através do processo administrativo acostado às fls. 84 e seguintes, que a autora sempre atuou no Município de São Paulo, sendo que apenas simulava estar constituída em Santana do Parnaíba, bem como não há, em Brasília – DF, qualquer filial ou sucursal formalmente estabelecida.

Assim, como bem salientou o douto magistrado sentenciante:

"(...) não consta dos autos qualquer prova do recolhimento do ISS aos cofres públicos de Brasília, até mesmo porque, como bem afirmado quando da fiscalização, as guias de fls. 1779/1780, fls. 1784/1785, fls. 1788/1789, fls. 1794/1795, fls.1799/1800, fls. 1812/1813, fls. 1817/1818, fls. 1821/1822, fls. 1830, fls. 1841/1842, fls.1846/1847, fls. 1853/1854, fls. 1858/1859, fls. 1864/1865, fls. 1873/1876, fls. 1899/1900, fls. 1907/1908, fls. 1916/1917, fls. 1925/1926, fls. 1936/1937, fls. 1946/1947, fls.1955/1956, fls. 1968/1969, fls. 1978/1979, fls. 1996/1997, fls. 2010/2011, fls. 2043/2044, fls. 2056/2057, fls. 2063/2064, fls. 2068/2069, fls. 2082/2083, fls. 2102/2103, fls.2120/2121, fls. 2138/2139, fls. 2163/2164, fls. 2184/2185, fls. 2200/2201 e fls. 2219/2200 (9.º ao 11.º vl.) demonstram que os recolhimentos se deram, inclusive no que tange aos alegados casos de retenção na fonte, aos cofres públicos do Município de Santana de Parnaíba.

"Na própria inicial consta afirmação de que não há, em Brasília, qualquer filial ou sucursal formalmente estabelecida. No mais, as várias passagens aéreas carreadas aos autos (fls. 898, fls. 904, fls. 911, fls. 914, fls. 929, fls. 933, etc. 5.º vl.), bem como comprovantes de hospedagem (fls. 918, fls. 919 e fls. 924 5.º vl., por exemplo), frise-se, todas elas adquiridas pelo estabelecimento situado no Município de São Paulo, deixam claro que houve deslocamento de funcionário deste para prestação de serviços em Brasília, Florianópolis, Curitiba, etc., evidenciando-se, assim, que os serviços eram prestados, na realidade, pelo estabelecimento situado no Município de São Paulo, nos termos previstos pelo § 2.º, do artigo 4.º, da Lei Municipal n.º 13.701/2003.

"Por seu turno, o '5.º Instrumento de Alteração Contratual" (fls.559/560 3.º vl.) demonstra que, em 16/03/2005, fora constituída filial no Município de Santana de Parnaíba, com endereço na Praça Alpha Centauros, n.º 54, cj 03, Alphavile.

"Contudo, após diligências realizadas no local, constatou a fiscalização, existir no referido endereço apenas uma pequena sala, 'com 22 metros quadrados, com um pequeno mezanino", fato corroborado pela declaração carreada às fls.690 4.º vl., segundo a qual, pela autora, era dispendida a diminuta quantia de R$ 147,93(cento e quarenta e sete reais e noventa e três centavos) referente à limpeza da área comum, condomínio, IPTU e demais despesas relacionadas ao imóvel

Acesso ao Sumário

"Afirma a empresa que tal situação deu-se em razão de, no final de 2008, a unidade de Santana de Parnaíba ter sido desativada, quando as atividades até então aí desempenhadas foram transferidas à sede situada no Município de São Paulo (fls. 3722.º vl.). Tal assertiva, no entanto, soa inverossímil diante dos documentos carreados aos autos, dentre os quais as Relações Anuais de Informações Sociais RAIS que dão conta de que a unidade de São Paulo empregava 25 funcionários no ano de 2006(fls. 658/661 4.º vl.), 30 funcionários no ano de 2007 (fls. 662/678 4.º vl.) e 18 funcionários no ano de 2008 (fls. 679/689), enquanto que a filial de Santana de Parnaíba, em igual período, não empregou qualquer funcionário (fls. 826/833 5.º vl.), o que evidencia que nos citados anos as atividades de prestação de serviço davam-se na sede situada no Município de São Paulo e não na filial localizada no Município de Santana de Parnaíba.

"Assim, não há como se afastar a conclusão alcançada pela Municipalidade de São Paulo no sentido de que a empresa requerente 'simulava o funcionamento de unidade prestadora de serviços na cidade de Santana de Parnaíba- SP, quando o verdadeiro estabelecimento responsável pela realização de suas atividades estaria situado no município de São Paulo; (...) com o único objetivo de se valer de uma alíquota menor de imposto em detrimento do imposto devido ao município de São Paulo' (fls. 2572 13.º vl.)" (fls. 3035/3037).

Acresça-se, ainda, que a autora, em nenhum momento, apresentou elementos aptos a desconstituir as provas produzidas pelo Município na fase de fiscalização.

Assim sendo, restou incontroverso que o local do estabelecimento prestador, bem como o da prestação de serviço, referente aos períodos de 2005 a 2008, é o Município de São Paulo, motivo pelo qual este é o ente competente para efetuar o lançamento do tributo em questão.

Neste sentido, a jurisprudência vem decidindo:

"TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA - FATO GERADOR. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR.

"1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29.10.2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço.

"2. *In casu*, verifica-se que a prestação de serviços de informática (comércio de produtos novos e usados e locação de equipamentos de informática) é o fato gerador, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço.

Acesso ao Sumário

"3. Agravo Regimental não provido". (AgRg no REsp 1280592 / MG; j. 01.03.2012; Rel. Min. HERMAN BENJAMIN).

E ainda:

"APELAÇÃO CÍVEL - Ação Anulatória de débito tributário - ISS dos exercícios de 2005 a 2008 - Empresa localizada em Lençóis Paulista - Alegação de que o ISS é devido no local da prestação de serviços, ocorrida em municípios diversos daquele no qual está o estabelecimento prestador - Competência - Ausência de prova de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal ou escritório de representação em tais localidades - Tributo devido no local do estabelecimento prestador - Precedentes do STJ - Sentença reformada - Recurso provido"(Apelação nº 0000778-03.2011.8.26.0319; 15ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 04.10.2012; Rel. Des. Eutálio Porto).

"APELAÇÃO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ISSQN - Competência tributária - Bitributação - Após o advento do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003 é competente o Município da sede do estabelecimento do prestador dos serviços, salvo nas hipóteses excepcionadas pelo próprio dispositivo legal - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça neste sentido - Sentença que julgou procedente a consignação declarando extinta a obrigação tributária e reconhecendo a competência do Município do local do estabelecimento para levantar a quantia depositada - Manutenção. RECURSO DESPROVIDO" (Apelação n° 0012995- 94.2007.8.26.0068; 14ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo; j. 21.03.2013; Rel. Des. Nuncio Theophilo Neto).

Outro não é o entendimento desta Colenda Câmara:

"Apelação - Ação anulatória com pedido de liminar - Exercícios de 2005 a 2010 - Serviços de montagem, conserto e assistência técnica em equipamentos - Fato gerador ocorrido sob a égide da Lei Complementar n. 116/2003 - Empresa com sede em Sertãozinho que prestou serviço em outros municípios - Competência para cobrança - Local da sede do estabelecimento prestador - Precedentes do STJ - Sentença mantida - Recurso desprovido" (Apelação n 0000850-29.2011.8.26.0597; j. 05.06.2014; Rel. Des. Roberto Martins de Souza).

Ademais, ainda que a apelante alegue que efetuou o recolhimento na cidade de Brasília-DF, deverá ela entrar com uma ação própria para obter a restituição do valor pago indevidamente, pois, como já salientado no corpo do v. acordão, o Município competente para efetuar o lançamento do tributo em questão é o de São Paulo.

Já com relação aos Autos de Infração e Imposição de Multa relativos ao não cumprimento das obrigações acessórias, foram os mesmos corretamente

Acesso ao Sumário

aplicados; isto porque, como bem salientou o douto magistrado, em sua r. sentença:

"(...) caracterizado que a prestação de serviços se dava em estabelecimento situado no Município de São Paulo, cabia a este a emissão das notas fiscais, devendo, ainda, as receitas obtidas por este prestador serem informadas quando da entrega das declarações eletrônicas de serviços (DES). Tendo a autora deixado de assim proceder, descumprindo obrigação acessória prevista na legislação tributária, fora corretamente autuada, não havendo que se falar em bis in idem por se tratar de condutas diversas" (fl. 3037).

O artigo 113, § 3º, do Código Tributário Nacional, estabelece que: "*a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária*"; ou seja, ao fazer um lançamento tributário, a autoridade administrativa deve considerar o inadimplemento de uma obrigação acessória como fato gerador de uma obrigação principal.

Assim, é incontroverso que a apelante, ao deixar de emitir os documentos fiscais obrigatórios, incorreu em prática irregular, o que justifica a penalidade imposta, ainda que não tenha gerado danos imediatos ao erário público.

No tocante à *multa punitiva*, ao contrário do que afirma a autora, ora apelante, não se vislumbra qualquer caráter confiscatório, vez que seu objetivo é justamente desestimular a prática da infração tributária, de modo que o montante de 100% sobre o valor do tributo está de acordo como os parâmetros estabelecidos no artigo 13, inciso II, alínea "a", da Lei Municipal nº 13.476/02, com a redação dada pela Lei 13701/03.

Confira-se, a propósito:

"Art. 13. Independentemente das medidas administrativas e judiciais cabíveis, iniciado o procedimento fiscal, a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, pelo prestador do serviço ou responsável, nos prazos previstos em lei ou regulamento, implicará a aplicação, de ofício, das seguintes multas:

(...)

"II de 100% (cem por cento) do valor do Imposto devido e não pago, ou pago a menor, nos prazos previstos em lei ou regulamento, pelo prestador do serviço que: •.

"a) simular que os serviços prestados por estabelecimento localizado no Município de São Paulo, inscrito ou não em cadastro fiscal de tributos mobiliários, tenham sido realizados por estabelecimento de outro Município;[...]".

Além do mais, o Supremo Tribunal Federal já definiu que a sanção de até 100% não tem efeito confiscatório.

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

"O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais" (STF, AgRg no RE 833.106, Rel. Marco Aurélio, j. 25.11.2014).

"O valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade se revela nas multas arbitradas acima do montante de 100%" (STF, AgRg no AI 838.302, Rel. Roberto Barroso, j. 25.02.2014).

Assim, percebe-se que é perfeitamente legal a multa imposta à autora no percentual de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto devido, de modo que há que se falar em violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou em confisco, devido à gravidade da conduta assumida pela apelante.

Por fim, não merece ser acolhida a tese da autora, ora apelante, no sentido de *não incidência* do ISS sobre operações de *licenciamento de softwares*, sob a alegação de se tratar de obrigação de dar; isto porque, conforme se pode observar dos autos, principalmente das notas fiscais de fls. 1.389/1.400, fls. 1.401/1.479, fls. 1.494/1.514 e do contrato de fls. 2.223/2.227, os serviços prestados pela autora são desempenhados de forma personalizada; ou seja, a autora desenvolve e elabora software, dá assessoria e consultoria às clientes que contratam especificamente os seus serviços, diferentemente daqueles "*softwares de prateleiras*", que são programas de computador produzidos em séries e comercializados no varejo, e sujeitam- se à incidência do ICMS.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ISS. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). CIRCULAÇÃO. - I. SE AS OPERAÇÕES ENVOLVENDO A EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE PROGRAMA DE COMPUTADOR SÃO REALIZADAS MEDIANTE A OUTORGA DE CONTRATOS DE CESSÃO OU LICENÇA DE USO DE DETERMINADO 'SOFTWARE' FORNECIDO PELO AUTOR OU DETENTOR DOS DIREITOS SOBRE O MESMO, COM O FIM ESPECIFICO E PARA ATENDER A DETERMINADA NECESSIDADE DO USUÁRIO, TEM-SE CARACTERIZADO O FENÔMENO TRIBUTÁRIO

Acesso ao Sumário

DENOMINADO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, PORTANTO, SUJEITO AO PAGAMENTO DO ISS (ITEM 24, DA LISTA DE SERVIÇOS, ANEXO AO DL 406/68) - II. SE, PORÉM, TAIS PROGRAMAS DE COMPUTAÇÃO SÃO FEITOS EM LARGA ESCALA E DE MANEIRA UNIFORME, ISTO É, NÃO SE DESTINANDO AO ATENDIMENTO DE DETERMINADAS NECESSIDADES DO USUÁRIO A QUE PARA TANTO FORAM CRIADOS, SENDO COLOCADOS NO MERCADO PARA AQUISIÇÃO POR QUALQUER UM DO POVO, PASSAM A SER CONSIDERADOS MERCADORIAS QUE CIRCULAM, GERANDO VÁRIOS TIPOS DE NEGÓCIO JURÍDICO (COMPRA E VENDA, TROCA, CESSÃO, EMPRÉSTIMO, LOCAÇÃO, ETC) SUJEITANDO-SE PORTANTO, AO ICMS. (...)" (REsp 123.022/RS, 1ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, j. 14.08.1997, Rel. Min. José Delgado – grifei).

Assim, percebe-se que as atividades desenvolvidas pela autora se submetem perfeitamente ao serviço descrito no item 1.05 da Lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, qual seja, o "*licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação*.

Cabe ressaltar, ainda, que os *softwares* ou sistemas de computação não configuram bens móveis, por se distinguirem do suporte físico do equipamento, tratando-se de um "*conjunto de operações e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador e comandam o seu funcionamento*" (REsp 39457/SP, 1ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, j. 13.08.1994, p. DJ 0.09.1997, p. 23040, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Esta colenda Câmara também já teve oportunidade de decidir de igual forma, conforme as seguintes ementas:

"Apelação - Ação Declaratória de inconstitucionalidade e de inexistência de relação jurídico-tributária, cumulada com repetição do indébito. LC 116/2003 e LCM 13.701/2003, subitem 1.05 da lista anexa de serviços - Sentença de improcedência. Pretensão à reforma - Desacolhimento -. Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador (item 1.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 116/03). Incidência do ISS. Precedentes do STJ e deste Tribunal Estadual. Recurso não provido" (Apelação nº 0004358-29.2012.8.26.0053, j. 28.01.2016, Rel. Des. Ricardo Chimenti).

"Apelação - Mandado de segurança - Imposto sobre serviços de qualquer natureza - Empresa que explora a venda e locação de programas para computador ('software') - Provas carreadas pela parte das quais não decorre o direito invocado - Análise de mérito - Comercialização por meio de contrato de cessão ou licença de direito de uso de software - Prestação de serviços - Atividades enquadradas no item 1.05 da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/03 - Incidência de ISSQN - A exploração de programas de computador, mediante contratos de licença ou

Acesso ao Sumário

de cessão sujeita-se à incidência do ISS - Precedentes do C. STJ e desta E. Corte - Recurso desprovido" (Apelação n. 0051007-52.2012.8.26.0053, j. 03.09.2014, Rel. Des. Roberto Martins de Souza).

Assim, imperiosa é a incidência do ISS sobre as atividades desenvolvidas pela apelante.

Quanto ao *recurso adesivo da Municipalidade*, não se vê, com a devida vênia, como dar-lhe provimento, na medida em que foram os honorários fixados de forma moderada, dentro dos parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, afigurando-se como descabida a majoração da referida verba.

Desta forma, não se vê, com a devida vênia, como reformar-se o entendimento do ínclito Juízo de primeiro grau, impondo-se a *manutenção da r. sentença*, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se adicionam os do presente voto.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0016901-64.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente *JUÍZO EX OFFÍCIO*, é apelado ADRIANO GRÍGIO CARNEIRO (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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.604)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 8 de janeiro de 2018.

RUBENS RIHL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ANULAÇÃO DE QUESTÃO – Pleito de anulação de

questão da avaliação de Língua Portuguesa relativa ao concurso interno para promoção ao cargo de Cabo da Polícia Militar realizado em 2012, com a atribuição dos respectivos pontos ao autor e sua consequente reclassificação no certame – Sentença de procedência – Decisão que merece reforma – Não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios de formulação e correção das provas de concursos públicos, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes – A intervenção judicial somente se mostra admissível em casos de patente ilegalidade em questão objetiva – Tese firmada pelo STF em sede de repercussão geral – Precedentes STJ – Ponderações realizadas pela Banca Examinadora que, no mínimo, tornam incerta a impugnação do Candidato, não se caracterizando a hipótese de intervenção do Judiciário – Sentença Reformada – Dado provimento ao recurso. Reexame necessário acolhido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por ADRIANO GRÍGIO CARNEIRO contra ato do COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO, visando a anulação da questão 16 do Concurso Interno de Seleção e Convocação por antiguidade para a Promoção à graduação de Cabo PM do QPPM, atribuindo-se o ponto ao Impetrante, de forma que ele passe à condição de classificado no concurso e considerado para promoção.

A r. sentença de fls. 118/128, cujo relatório ora se adota, concedeu a segurança, determinando a imediata reavaliação da nota do impetrante em consequência da anulação da questão de número 16, declarando extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do CPC/73.

Inconformada, apela a Fazenda Pública Estadual, arguindo em apertada síntese que reputa correto o gabarito divulgado pela empresa organizadora, sendo improcedentes os pedidos iniciais, devendo ser reformada a decisão *a quo*. E que, outrossim, não se pode aceitar o laudo pericial realizado em outro processo judicial como correto e estreme de dúvidas, já que não foi colhido sob o crivo do contraditório nestes autos, cerceando a defesa da requerida.

Afirma, ainda, que o Poder Judiciário não pode interferir no exame do mérito administrativo das questões que foram formuladas pela Banca examinadora do certame. E que só a Banca examinadora tem a capacidade e

Acesso ao Sumário

competência para Formular questões, adotar critérios de correção e atribuir a nota da avaliação ao candidato.

Ante o exposto, requer seja provido o presente recurso, reformando-se integralmente a sentença recorrida. (fls. 133/139)

Recurso tempestivo, respondido (fls. 145/147) e regularmente processado.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 156/157).

É, em síntese, o relatório.

No tocante à questão de fundo, tem-se que, no mérito, o presente reclamo recursal comporta provimento.

Inicialmente, cumpre evidenciar que a discussão no presente feito gira em torno da questão 16 do certame para promoção ao cargo de Cabo da Polícia Militar, que exigia que o candidato, analisando um fragmento de uma conhecida poesia de Carlos Drummond de Andrade, "Poema de Sete Faces", buscasse identificar nele a aplicação de uma figura de sintaxe, que também existiria em uma das quatro opções dadas, indicando em qual dessas opções estaria sendo aplicada a mesma figura de sintaxe.

A aludida irregularidade adviria do fato que não haveria verdadeira "figura de sintaxe", mas "figura de semântica". Havendo, nos autos, pareceres em ambos sentidos (fls. 45/47 e 96/98).

Pois bem.

O relato acima cumpre o papel de demonstrar que não se trata de caso de patente ilegalidade, no qual se admitira a intervenção do Poder Judiciário.

Isso porque não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios de formulação e correção das provas de concursos públicos, em detrimento das soluções adotadas pela banca examinadora, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes. A intervenção judicial, nessa seara de exercício de competência discricionária da Administração Pública, somente é admissível em casos de patente ilegalidade em questão objetiva.

Importa notar que, analisando o certame ora apreciado, e inclusive tratando da questão aludidamente nula, esta Colenda 1ª Câmara de Direito Público já se manifestou contrariamente à pretensão do Autor. Vejamos:

> ***APELAÇÃO – CONCURSO PÚBLICO – Pleito de anulação de cinco questões (nºs 03, 08, 14, 16 e 18) da avaliação de Língua Portuguesa relativa ao concurso interno para promoção ao cargo de Cabo da Polícia Militar realizado em 2012, com a atribuição dos respectivos pontos ao autor e sua consequente reclassificação no certame – Impossibilidade – Não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios de formulação e correção das provas de concursos públicos, em detrimento das***

Acesso ao Sumário

soluções adotadas pela banca examinadora, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes – A intervenção judicial, nessa seara de exercício de competência discricionária da Administração Pública, somente é cabida diante de patente ilegalidade em questão objetiva ou se e quando apurada violação ao princípio da moralidade – Compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral – Entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça – As ponderações feitas pela banca examinadora do concurso são pertinentes e comprovam que as questões contrastadas permitiam apenas uma resposta correta, bastando para arredar a alegação genérica de ocorrência de "erros materiais" ou "vícios na formulação" daquelas – Sentença de improcedência do pedido mantida na íntegra – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 0013051-30.2013.8.26.0291; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Jaboticabal - Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/04/2016; Data de Registro: 29/04/2016).

No mesmo sentido é a remansosa jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

RECURSO DE APELAÇÃO – CONCURSO PÚBLICO – ANULAÇÃO DE QUESTÕES 1. Trata-se de ação através da qual pretende o autor anular questões da disciplina de português em concurso interno de seleção e convocação para promoção à graduação de cabo da Polícia Militar do QPPM e QPPF e assim poder integrar a lista de candidatos habilitados. 2. Consoante ampla jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é vedado ao Judiciário substituir-se à Banca Examinadora do certame para reexaminar questões de prova, sob pena de indevida incursão no mérito do ato administrativo. Possível apenas o controle jurisdicional da legalidade do certame, que, in casu, consubstancia-se no exame da obediência ao conteúdo programático previsto no edital. Manutenção da r. sentença. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 0001692-18.2013.8.26.0539; Relator (a): Nogueira Diefenthaler; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Cruz do Rio Pardo - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/2016; Data de Registro: 14/12/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. Concurso público interno de promoção para o cargo de cabo da Polícia Militar. Anulação de questões objetivas. Impossibilidade. Anulação de questões deve ser feita pela banca examinadora, ressalvado a existência de erro inescusável na elaboração da questão. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 3014018-34.2013.8.26.0320; Relator (a): Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Limeira - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/11/2016; Data de Registro: 05/12/2016).

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO CÍVEL. Concurso Público Interno de promoção para o cargo de cabo da Polícia Militar. Anulação de questões objetivas. Impossibilidade. Anulação de questões deve ser feita pela banca examinadora, ressalvado a existência de erro inescusável de quem elaborou a questão. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 0009414-55.2014.8.26.0576; Relator (a): Ronaldo Andrade; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/05/2016; Data de Registro: 05/05/2016).

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO INTERNO PARA PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE CABO DA POLÍCIA MILITAR. ATO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DE NULIDADE DE QUESTÕES INSERIDAS NA PROVA. INADMISSIBILIDADE. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. Pretensão à anulação de questões insertas em prova de concurso interno para a promoção à graduação de Cabo da PM e consequente classificação na lista de habilitados. Impossibilidade. Discussão acerca do critério subjetivo de correção da prova. Em obediência ao princípio da separação de poderes previsto na CF, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios na formulação e correção de provas, em detrimento das conclusões da banca examinadora. Intervenção do Poder Judiciário que só se justifica se houver ofensa, não demonstrada na espécie, aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1010188-74.2013.8.26.0068; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/03/2016; Data de Registro: 05/04/2016).

Em acréscimo, observa-se que a r. sentença encontra consonância com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do STF em julgamento com Repercussão Geral:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANATEL. QUESTÕES DE PROVA. ALTERAÇÃO DE GABARITO. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA. 1. O reexame dos critérios usados por banca examinadora na formulação de questões, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos é vedado, como regra, ao Poder Judiciário, que deve se limitar à análise da legalidade e da observância às regras contidas no respectivo edital. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo Regimental não provido." (AgRg no AREsp 266.582/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,

Acesso ao Sumário

SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 07/03/2013).

"Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido." (RE 632.853, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 23/04/2015).

De tudo resulta, pois, que a sentença combatida merece ser reformada, para fins de julgar improcedente a demanda, denegando a segurança, nos termos do art. 487, I do CPC/15.

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).

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, dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000611-15.2016.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelada GLENDA GROESCHEL (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram, em parte, o reexame necessário e deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.518)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DEVOLUÇÃO DO RECURSO A TURMA JULGADORA PARA MANUTENÇÃO OU ADEQUAÇÃO DO JULGADO (ART. 1.030, II, CPC) – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – CABIMENTO.

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – QUINQUÊNIO – BASE DE CÁLCULO – CRÉDITO DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA – ENCARGOS DA MORA – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09 – TEMA 810 STF.

Cuidando-se de crédito oriundo de relação jurídica não-tributária, sobre o principal devem incidir juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e atualização monetária com base no IPCA-E. Questão decidida no julgamento do Tema 810 STF. Juízo de retratação. Cabimento. Adequação da fundamentação. Reexame necessário acolhido, em parte. Recurso provido.

VOTO

Ao relatório de fls. 96 acrescenta-se que esta E. Câmara acolheu, em parte, o reexame necessário e negou provimento ao recurso de apelação, afastando a aplicação da Lei nº 11.960/09.

Sobreveio recurso extraordinário (fls. 105/124), seguido de contrarrazões

Acesso ao Sumário

(fls. 137/144).

Diante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947-SE, e em cumprimento ao disposto no art. 1.030, II, CPC, a E. Presidência da Seção de Direito Público determinou a remessa dos autos a E. Câmara para adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão.

É o relatório.

O caso é de retratação do julgado.

Nada obstante a existência de acentuada divergência jurisprudencial sobre a matéria, a questão jurídica foi enfrentada recentemente pelo Colendo STF no julgamento do RE nº 870.947-SE, com repercussão geral, do qual foi relator o Min. Luiz Fux, oportunidade em que apreciado o Tema 810, que trata da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei nº 9.497/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

A propósito, eis como se acha redigida a ementa do venerando aresto:

Ementa oficial - DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, 'CAPUT'). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, 'caput'), no seu núcleo essencial, revela que o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de

Acesso ao Sumário

remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido".

Na oportunidade foi firmada a seguinte tese jurídica:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de

Acesso ao Sumário

propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

No caso vertente, cuidando-se de crédito oriundo de relação jurídica não-tributária, nos termos do entendimento assentado pelo Colendo STF, sobre o principal devem incidir juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir da citação, e atualização monetária com base no IPCA-E desde o vencimento das prestações.

Para evitar eventuais embargos declaratórios, desde já se esclarece que a correção monetária se faz integralmente pelo IPCA- E, vedada a adoção da TR até 25 de março de 2016, pois a modulação dos efeitos do julgamento das ADI 4.357 e 4.425 aplica-se apenas aos precatórios expedidos.

Por essas razões, em juízo de retratação, acolhe-se, em parte, o reexame necessário e dá-se provimento ao recurso da Fazenda do Estado para determinar o cumprimento do decidido no RE nº 870.947- SE, Tema 810, no tocante aos juros de mora e correção monetária, nos termos acima especificados, mantida no mais a r. sentença apelada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1037780-07.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SUPER MERCADO BALLESTEROS LTDA. e JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado AGENTE FISCALIZADOR DA SECRETARIA DE COORDENAÇÃO DA SUBPREFEITURA DA FREGUESIA/BRASILÂNDIA DA PREFEITURA DE SÃO PAULO.

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 34.735)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2018.

MARREY UINT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Mandado de Segurança – Estabelecimento comercial – Interdição administrativa – Procedimento administrativo não encerrado – Impossibilidade de

aplicação de sanção – Inteligência do art. 23 da Lei nº 13.558/2004, com a alteração promovida pela Lei nº 13.876/2004 – Posterior deferimento administrativo de pedido de regularização do imóvel – Sentença denegatória da segurança reformada – Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Super Mercado Ballesteros Ltda., em face de ato do Agente Fiscalizador da Municipalidade de São Paulo, que interditou o estabelecimento comercial situado na Rua Erondice Pontes de Queiroz, nº 41, Capital.

Relata que vendeu à empresa Sonda Supermercados o fundo de comércio de 3 lojas situadas na cidade de São Paulo, constando no contrato que em caso de eventual impedimento nas operações em razão de licença, cabia à Impetrante resolver a pendência, arcando com todas as despesas em face de eventual proibição.

Aduz que em 03.09.2014 a Impetrada intimou a empresa Sonda a encerrar suas atividades, sob pena de multa e interdição do estabelecimento.

Afirma que o processo administrativo de regularização do imóvel se encontra em análise junto à Municipalidade desde 29.11.2012, estando pendente de apreciação, o que impede a aplicação de sanção.

A liminar foi indeferida (fls. 79), decisão reformada pelo Agravo de Instrumento nº 2168428-23.2014.8.26.0000.

O Ministério Público opinou pela concessão da segurança (fls. 231/237).

A sentença de fls. 238/239, prolatada pelo Juiz Sérgio Serrano Nunes Filho, denegou a segurança, arcando o Impetrante com as custas processuais.

Apela o Impetrante (fls. 255/274) afirmando que há meses aguarda o desfecho dos processos administrativos para a regularização do estabelecimento, não podendo ser sancionada, nos termos previstos no artigo 30 do Decreto nº 45.324/2004. Requer a reforma da sentença.

É o relatório.

Extrai-se do Agravo de Instrumento nº 2168428-23.2014.8.26.0000, que houve o deferimento de liminar para impedir a interdição do estabelecimento Impetrante, com os seguintes fundamentos:

> *"No caso, verifica-se, num juízo de cognição sumária, que o processo administrativo nº 1994-0.055.450-8, encontra-se em trâmite perante a Prefeitura do Município de São Paulo, mais especificamente na unidade SEL/SGAF-F33, aguardando análise de pedido de reconsideração (fls. 98).*

Acesso ao Sumário

Por sua vez, estabelece o art. 23 da Lei nº 13.558/2004, com a alteração promovida pela Lei nº 13.876/2004, o seguinte:

"Art. 23. As edificações de que trata esta lei, enquanto seus processos de regularização estiverem em andamento, não serão passiveis de sanção em decorrência de infrações regularizáveis nos termos ora fixados ou por falta do Auto de Licença de Localização e Funcionamento ou de Alvará de Funcionamento".

Portanto, enquanto não houver decisão definitiva na instância administrativa, as edificações tidas como irregulares não serão passiveis de sanção.

Sobre o tema, esta Corte já se pronunciou no seguinte sentido:

"Mandado de Segurança – Interdição de estabelecimento comercial – Processo administrativo pendente – Indeferimento de Liminar – Decisão agravada reformada – Devem ser respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo, garantidos pelo art. 5º, LV e LXI, da CF – Processo administrativo, pendente de julgamento – Ato administrativo, consistente em lacrar o estabelecimento comercial da agravante, que parece ter extrapolado o poder de polícia inerente à Administração Pública – Ofensa ao art. 23, da LM nº 13.558/03, alterado pela LM nº 13.876/04 – Precedentes do TJSP – Ratificado o efeito da tutela recursal, concedida para suspender os efeitos da lacração do imóvel da Agravante, até o julgamento de mérito do mandado de segurança – Agravo provido.

(...)

Assim, ao que parece, o ato administrativo, consistente em lacrar o estabelecimento comercial da Agravante, parece ter extrapolado o poder de polícia inerente à Administração Pública, com bem observou o eminente Procurador de Justiça às fls. 109:

'Ante a expressa previsão legal, o ato de lacração do estabelecimento do agravante parece extrapolar o poder de polícia inerente à autoridade impetrada, devendo haver análise de todas as questões que envolvem a obra e seu funcionamento nos autos de processo em que se busca a anistia para o imóvel e suas edificações.

Assim, em princípio, se vislumbrar ilegalidade a ensejar o acolhimento da pretensão da agravante, que, tendo processo pendente não pode sofrer a interrupção de suas atividades pela lacração de seu estabelecimento e assim criar insegurança para a agravante e para seus colaboradores'.

Portanto, não poderia a autoridade impetrada autuar a impetrante, ora agravante, no curso do processo administrativo, sob pena de ofensa ao artigo 23, da Lei Municipal nº 13.558/03, alterado pela Lei Municipal nº 13.876/04:

'As edificações de que trata esta lei, enquanto seus processos de regularização estiverem em andamento, não serão passiveis de sanção em decorrência de infrações regularizáveis nos termos ora fixados ou por

Acesso ao Sumário

falta do Auto de Licença de Localização e Funcionamento ou de Alvará de Funcionamento'.

Nesse sentido:

'Agravo de Instrumento – Ação anulatória de ato administrativo – Tutela antecipada deferida – Pedido de sustação dos efeitos do auto de interdição – Presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida antecipatória – Processo administrativo pendente – Decisão mantida. Agravo improvido. (Agravo de Instrumento nº 2094803-53.2014.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Lemes de Campos, j. em 28/07/2014)';

'Processo Administrativo – Auto de Regularização – Pendência de julgamento de recurso administrativo – Imposição de sanção, ante de esgotada a instância administrativa – Descabimento. (Apelação nº 0015203-28.2009.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 12/06/2012)';

'Apelação – Mandado de Segurança. Licença de Funcionamento. Pedido Administrativo pendente de análise. Artigo 23 da Lei 13.558/03. Enquanto perfurar o andamento do procedimento administrativo não é possível aplicação de penalidade em relação ao objeto do pedido, sob pena de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Recurso voluntário provido em menor extensão. Reexame necessário parcialmente acolhido. (Apelação nº 0368585-22.2009.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Sérgio Moraes, j. 06/04/2011)';

'Agravo de Instrumento Mandado de Segurança. Liminar indeferida. Inadmissibilidade – Presença do 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora', requisitos autorizadores da medida – Aplicação de multa em razão da ausência de licença de funcionamento – Inadmissibilidade – Anistia concedida pelo art. 23, da Lei 13.558/03. Impossibilidade de imposição de penalidades enquanto não apreciado o pedido de regularização – Perigo da demora – Caracterização – De fato, a interdição do estabelecimento do agravante trará prejuízos financeiros aos impetrante e seus clientes. (Agravo de Instrumento nº 9027032-12.2009.8.26.000, antigo nº 958.990-5/6-00, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 30/11/2009)'.

Por essas razões, dou provimento ao agravo, ratificando-se a tutela recursal concedida, até o julgamento de mérito do mandado de segurança".

Ora, não se desconhece a complexidade burocrática que envolve a regularização de imóveis junto aos Órgãos encarregados. Contudo, isso não pode obstar o exercício das atividades nele empreendidas, cediço que a edificação em apreço possui alvará sanitário e do corpo de bombeiros (fls. 88 e 107), não merecendo prosperar a interdição determinada.

Por outro lado, a concessão da medida também se justifica à luz da

Acesso ao Sumário

possibilidade de dano irreparável, vez que o encerramento das atividades comerciais do estabelecimento em questão implicará na perda de alimentos e produtos perecíveis, bem como na demissão do quadro funcional do mesmo."

Não há nos autos elementos que alterem tal decisão.

Aliás, à época, a Administração Municipal afirmou que a decisão administrativa já havia sido exarada, tendo em vista as informações junto ao SIMPROC de que se tratava de mero pedido de reconsideração de despacho e que constava o seu indeferimento (fls. 153).

Ocorre que, em pesquisa realizada no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de São Paulo (SIMPROC), acerca do Processo nº 1994-0.055.450-8, constou o deferimento do pedido de reconsideração de despacho do auto de regularização, como se vê abaixo:

Nº	Assuntos Solicitados	Despacho	Data de Cadastramento	Data da Publicação	Situação Despacho
1	AUTO DE REGULARIZAÇÃO	Incluído no DOC	01/10/2003	03/10/2003	INDEFERIDO
2	RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO DE AUTO DE REGULARIZAÇÃO	Incluído no DOC	20/09/2005	21/09/2005	INDEFERIDO
3	RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO DE AUTO DE REGULARIZAÇÃO	Incluído no DOC	20/06/2006	22/06/2006	INDEFERIDO
4	RECONSIDERAÇÃO DE DESPACHO DE AUTO DE REGULARIZAÇÃO	Incluído no DOC	09/12/2014	11/12/2014	DEFERIDO

LEI 13.558/03 ALTERADA PELA LEI 13.876/04 E REGULAMENTADA PELO

DECRETO 45.324/04.

Como se vê, o procedimento administrativo de regularização do imóvel ainda estava em andamento, sendo incontroverso tal fato.

Como bem destacado pelo Ministério Público em seu parecer (fls. 233/236) "*depreende-se dos autos que o impetrante tem envidado as providências cabíveis administrativamente para obtenção da licença de funcionamento já há vários anos (fls. 83), ferindo o princípio da proporcionalidade a conduta da Administração ao determinar o seu fechamento, ignorando as questões sociais e econômicas pertinentes, por motivo afeto à sua própria morosidade (...) e, no caso dos autos, é forçoso reconhecer que o processo administrativo nº 1994-0.055.450-8 encontra-se pendente de decisão definitiva, incidindo, via de consequência, a cristalina regra estampada no artigo 23 da Lei nº 13.588/04, com redação da Lei nº 13.876/04*".

Com efeito, ainda não havia sido encerrado o procedimento administrativo, de modo que não poderia a Administração Municipal sancionar o estabelecimento pelos motivos dispostos no AI nº 6442, de fls. 69.

Acesso ao Sumário

Assim, forçoso reconhecer lesão ao direito líquido e certo do Impetrante, merecendo reforma a sentença.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso do Impetrante.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1010907-22.2015.8.26.0477/50001, da Comarca de Praia Grande, em que é embargante RICARDO ANTONIO MENDES (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.956)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 18 de janeiro de 2018.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Desvio de função. Policial Civil. Acórdão que foi omisso ao julgar os embargos de declaração. Alegação de incorreção na parte dispositiva do acórdão originário não apreciada. Percentual da gratificação 'pro labore'. Consideração das alterações legislativas posteriores à edição da LCE nº. 5474/1988. Necessidade. Embargos acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão de turma julgadora desta 10ª Câmara de Direito Público que, por unanimidade, acolheu os embargos declaratórios opostos pelo autor ora embargante, sem alteração do resultado (fls. 05/08 dos primeiros embargos de declaração).

Em suas razões, a embargante declara que opõe o presente recurso objetivando a modificação do mérito para que seja reconhecido o seu direto ao percebimento da gratificação 'pro labore" calculada nos percentuais e critérios determinados pelo artigo 7º da LCE nº. 731/1993, com redação dada pela LCE nº. 1.064, de 13.11.2008, e LCE nº. 1.197, de 12. 04.2013, ou seja, para o pagamento da gratificação em questão seja feito no percentual de 9,7% sobre o padrão do vencimento do cargo da Classe Especial da respectiva carreira; e a partir da edição da LCE nº. 1.197/2013, no percentual de 7,2 % sobre o vencimento do cargo de Classe Especial da carreira de Investigador de Polícia, não sendo o caso de aplicar-se o percentual de 7%. Requer o acolhimento dos embargos declaratórios para o fim de sanar o vício apontado. (fls. 01/03 do segundo embargos de declaração).

Embargos tempestivos.

É O RELATÓRIO.

De fato, o acórdão que julgou os embargos, objeto de novos embargos de declaração, por desconsiderar a manifestação do autor em relação ao percentual devido a título de Gratificação "Pro Labore" e, desse modo, manteve o v. acórdão de fls. 190/197 na parte em que determina aplicação da redação original do artigo 11 da Lei Complementar Estadual nº. 547/88, o qual, estabelece o pagamento da gratificação em comento no percentual de 7% ao policial civil que exerce as funções de encarregado.

Contudo, a decisão originária não contemplou as modificações no percentual da gratificação "pro labore" do artigo 11 da LCE nº. 547/88 introduzidas pelas LCE nº. 1.064/2008, 1.197/2013 e 731/1993.

Ante o exposto, pelo meu voto, **ACOLHO** os embargos para, nos termos acima descritos, sanar o erro no julgamento e alterar a redação do acórdão de fls.05/08 objeto dos primeiros embargos de declaração para lhe conferir efeitos infringentes e dele fazer constar a seguinte redação: *"pagar para o autor as diferenças da gratificação "pro labore" nos seus vencimentos, inicialmente, no percentual de 9,7% nos termos da Lei Complementar Estadual nº. 731/1993, com redação modificada pela Lei Complementar Estadual 1.064/2008 e, posteriormente, no percentual de 7,2% sobre os vencimentos do cargo de Classe Especial a partir da edição da LCE nº. 1.197/2013, uma vez que a verba em questão é devida pelo exercício em desvio de função das atribuições de Encarregado de Investigadores de Polícia, no período de 22.01.2011*

Acesso ao Sumário

a10.06.2015."

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2168577-19.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado SANTANDER LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.546)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Acórdão desta Câmara que deu provimento ao Agravo de Instrumento do ora embargado – Embargos de Declaração da FESP rejeitados – Recurso Especial apreciado pelo C. STJ que determinou o retorno dos autos ao Tribunal de Origem, para novo julgamento dos Embargos de Declaração, com pronunciamento sobre as questões apontadas – Acolhimento dos embargos de declaração, com alteração do julgado – Embargos de Declaração acolhidos para o fim de sanar omissão, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Por meio de Acórdão de fls. 96/104, da lavra deste Relator, a C. 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, deu provimento ao Agravo de Instrumento de **Santander Leasing S/A Arrendamento Mercantil**, reformando a r. Decisão recorrida que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo executado, para reconhecer

a prescrição do débito de IPVA cobrado.

Foram opostos Embargos de Declaração pela **Fazenda do Estado de São Paulo** (fls. 109/110), que restaram rejeitados (fls. 115/120).

Ainda irresignada interpôs a **Fazenda do Estado de São Paulo** Recurso Especial (fls. 123/133). Regularmente processado o recurso, foi dado provimento ao recurso (fls. 155/157), "***para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que se manifeste especificamente sobre as questões articuladas nos declaratórios***".

É o relatório.

2. Comportam acolhimento os embargos de declaração opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão da MM. Juíza de Direito *a quo*, que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo executado.

Sustentou o agravante, em síntese, que está sendo cobrado IPVA do exercício de 2009, tendo sido a execução fiscal distribuída apenas em dezembro de 2013, no entanto, a citação se deu apenas em 09 de janeiro de 2014 quando já prescrito o débito (fls. 03/17).

O Agravo de Instrumento fora provido para acolher a exceção de pré-executividade e extinguir a execução fiscal.

Os Embargos de Declaração opostos pela FESP foram rejeitados.

Ao Recurso Especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo foi dado provimento "***para anular o acórdão que julgou os embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que se manifeste especificamente sobre as questões articuladas nos declaratórios***".

Em que pese meu entendimento anterior sobre a matéria, sou levado à alterar minha posição original, tendo em vista que o Colendo **Superior Tribunal de Justiça**, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.320.825/RJ, de 17/08/2016, firmou posição sobre o tema relativo à constituição definitiva do crédito tributário, no que diz respeito ao IPVA, cuidando de dizer que se está diante de imposto cujo lançamento se dá de ofício, pelo que a notificação do contribuinte para o respectivo recolhimento corresponde à constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se o prazo prescricional para a execução fiscal no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação. A propósito, colhe a respectiva Ementa:

> ***TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. IPVA. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. REGULARIDADE. PRESCRIÇÃO. PARÂMETROS. 1. O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) é lançado de ofício no início de***

Acesso ao Sumário

cada exercício (art. 142 do CTN) e constituído definitivamente com a cientificação do contribuinte para o recolhimento da exação, a qual pode ser realizada por qualquer meio idôneo, como o envio de carnê ou a publicação de calendário de pagamento, com instruções para a sua efetivação. 2. Reconhecida a regular constituição do crédito tributário, não há mais que falar em prazo decadencial, mas sim em prescricional, cuja contagem deve se iniciar no dia seguinte à data do vencimento para o pagamento da exação, porquanto antes desse momento o crédito não é exigível do contribuinte. 3. Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: "A notificação do contribuinte para o recolhimento do IPVA perfectibiliza a constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se o prazo prescricional para a execução fiscal no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação." 4. Recurso especial parcialmente provido. Julgamento proferido pelo rito dos recursos repetitivos (art. 1.039 do CPC/2015).

Dispõe o art. 21, da Lei nº 13.296/08: "*O imposto do veículo usado será devido anualmente na data da ocorrência do fato gerador, e deverá ser pago à vista no mês de fevereiro ou em três parcelas mensais, iguais e consecutivas, vencíveis nos meses de janeiro, fevereiro e março, desde que a primeira seja recolhida integralmente no respectivo vencimento no mês de janeiro e o valor de cada parcela seja equivalente a, no mínimo, 2 (duas) UFESPs do mês do recolhimento*".

Desta forma, o pagamento do referido tributo deve ser feito em uma parcela à vista, no mês de janeiro (cota única com desconto) ou no mês de fevereiro (cota única sem desconto), ou ainda em três parcelas com vencimentos em janeiro, fevereiro e março do exercício do fato gerador.

Apontada a falta de pagamento, nota-se que o crédito foi oportunamente constituído no dia 1º de janeiro de cada ano, mas exigível apenas a partir do mês de fevereiro do respectivo exercício, variando o dia de acordo com o final da placa do veículo, conforme datas fixadas pelo Poder Executivo, nos termos do que dispõe o artigo 21, § 4º, da Lei nº 13.296/2008.

Cumpre esclarecer que a lavratura do AIMM não tem o condão de interromper o prazo prescricional.

Assim, no caso dos autos, sendo o IPVA relativo ao exercício de 2009, não há que se falar em prescrição da pretensão executória, pois a ação foi distribuída em 11/12/2013 e determinada a citação em 09/01/2014, quando ainda não havia sido ultrapassado o prazo prescricional (05 anos).

Logo, importa reconhecer que não se operou a prescrição do crédito tributário.

Por conseguinte, mantenho a r. Decisão recorrida, de fl. 31, devendo

Acesso ao Sumário

a decisão embargada ser modificada para ficar constando a fundamentação supramencionada e da parte dispositiva constar que:

"Ante o exposto, pelo meu voto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para manter a decisão recorrida que rejeitou a exceção de pré-executividade".

3. Ante o exposto, pelo meu voto, acolho os Embargos de Declaração opostos pela Fazenda do Estado de São Paulo, com efeitos modificativos, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2148699-06.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de Angatuba, em que são embargantes JOSIANE CRISTINA CASSOLI e JULIO MIGUEL CASSOLI RUIVO, é embargado MUNICÍPIO DE CAMPINA DO MONTE ALEGRE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Embargos de declaração oposto por Josiane e outro acolhidos e rejeitado os embargos do Município, por V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 26.176)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente), REBOUÇAS DE CARVALHO, ANTONIO CELSO FARIA, BANDEIRA LINS, JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Oposição de dois Embargos de Declaração em face da mesma decisão – Análise conjunta – Complementação da decisão – Necessidade de revogação do efeito suspensivo concedido ante a improcedência da ação rescisória – Vício reconhecido e sanado – Dispensa do depósito previsto no art. 974 do Código de Processo Civil, pois a embargada é ente público – Embargos opostos pelo Município – Inocorrência de qualquer das hipóteses do art. 1.022, do Código de Processo Civil – Embargos de declaração oposto por Josiane e outro

acolhidos e rejeitado os embargos do Município".

VOTO

JOSIANE CRISTINA CASSOLI E OUTRO opuseram **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** em face da decisão proferida às fls. 308/315, pretendendo apenas a complementação da decisão ora embargada, alegando para tanto que não revogou o efeito suspensivo concedido às fls. 272/273. Sustenta, ainda, que o Município embargado não efetuou depósito previsto no art. 974 do Código de Processo Civil, pois é ente público, logo, não há que se falar em reversão.

Houve também oposição dos **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** pelo **MUNICÍPIO DE CAMPINA DO MONTE ALEGRE** em face do mesmo acórdão supracitado, alegando omissão e contradição no julgado em face das provas acostadas aos autos.

RELATEI.

Analiso inicialmente os Embargos opostos por Josiane e outro.

Ao que se verifica dos autos a ação rescisória foi julgada improcedente e de fato não houve a revogação do efeito suspensivo concedido às fls. 272/273, logo, passo a sanar tal vício, revogando referido efeito.

Ademais, de fato a embargada é ente público, portanto, resta dispensada do depósito inicial previsto no art. 974, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Diante desse cenário, estes embargos devem ser acolhidos tão somente para revogar o efeito suspensivo concedido às fls. 272/273, bem como dispensar o Município do depósito inicial previsto no art. 974, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Superado isso, no que tange os Embargos opostos pelo Município, infere-se da leitura das razões apresentadas que o embargante na verdade objetiva a modificação do julgado, com a inversão do julgamento a seu favor. Todos os argumentos suscitados nestes embargos já foram enfrentados quando proferido o acórdão.

Tendo em vista que os embargos de declaração não se prestam para o novo julgamento das razões recursais, estes somente devem ser acolhidos em caso de reconhecida obscuridade, omissão ou contradição, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência sobre o tema já decidiu que:

"Não se admitem embargos de declaração infringentes, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo." (RTJ 90/659; RSTJ 109/365, RT 527/240, JTA 103/343).

Acesso ao Sumário

Assim, não se aponta qualquer vício a ser sanado nestes embargos, o qual é descabido, sendo certo que não se admite a rediscussão de questões já decididas, como pretendido.

Ocorrendo isto, **ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE JOSIANE E OUTRO E REJEITO OS EMBARGOS DO MUNICÍPIO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1038292-86.2014.8.26.0506/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é embargante PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é embargado MARCELO DOS SANTOS SOEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.136)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (Presidente) e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2018.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de erro material e omissão – Vícios reconhecidos (art. 1.022 do CPC) – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000, julgada em 13/09/2017, que declarou inconstitucional a legislação Municipal que dava suporte à concessão da gratificação denominada "Prêmio Incentivo" – Embargos acolhidos, com modificação do resultado

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela Municipalidade, com alegação de erro material e omissão. Alega a embargante, em síntese, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante o julgamento da ADIN nº 2095312-76.2017.8.26.0000, declarou inconstitucional, com efeito *ex tunc* toda a legislação Municipal que dava suporte normativo ao pagamento da gratificação

denominada "prêmio incentivo" e seu respectivo adiantamento. Sustenta que o aresto recorrido é datado de 17/10/2017, publicado em 20/10/2017, sendo certo que referida ADIN foi julgada pelo E. Órgão Especial em 13/09/2017, com publicação em 29/09/2017. Acrescenta que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos a contar da data da publicação da ata da sessão de julgamento, independentemente da pendência da apreciação de embargos de declaração. Requer a vinculação do aresto ao julgamento da ADIN, dando-se provimento ao recurso de apelação do Município para julgar improcedente a ação.

Intimado nos termos do art. 1.023, §2º, do Código de Processo Civil (fl. 55), o embargado não se manifestou (fl. 57).

FUNDAMENTOS

Os embargos devem ser acolhidos.

Não obstante o entendimento original desta Câmara, curvo-me ao posicionamento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que, por meio do C. Órgão Especial, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000, ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face da Lei Complementar nº 406, de 12 de dezembro de 1994, e ulteriores modificações introduzidas pelas Leis Complementares nº 408/94 e nº 1.439/03, todas do Município de Ribeirão Preto, assim como, por arrastamento, do art. 15 da Lei Complementar nº 361/94 e dos decretos regulamentadores relacionados à gratificação em comento.

Nesse sentido, cumpre transcrever o dispositivo do v. acórdão:

"Julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do "prêmio-incentivo" criado pela Lei Complementar nº 406, de 12 de dezembro de 1994, e ulteriores modificações introduzidas pelas Leis Complementares nos 408/1994 e 1.439/2003, assim como, por arrastamento, dos decretos regulamentadores relacionados a referido estipêndio: 1) Decreto nº 34/95, publicado no dia 10 de fevereiro de 1995; 2) Decreto nº 35/95, publicado no dia 20 de fevereiro de 1995; 3) Decreto nº 164/95, publicado no dia 23 de agosto de 1995; 4) Decreto nº 11/96, publicado no dia 24 de janeiro de 1996; 5) Decreto nº 249/96, publicado no dia 21 de agosto de 1996; 6) Decreto nº 255/96, publicado no dia 27 de agosto de 1996; 7) Decreto nº 51/01, publicado no dia 21 de março de 2001; 8) Decreto nº 52/01, publicado no dia 21 de março de 2001; 9) Decreto nº 74/07, publicado no dia 28 de março de 2007; 10) Decreto nº 105/08, publicado no dia 23 de abril de 2008; 11) Decreto nº 140/08, publicado no dia 09 de maio de 2008; 12) Decreto nº 166/10, publicado no dia 25 de junho de 2010, todos do Município de Ribeirão Preto, com efeito ***ex tunc****, sem devolução dos valores, nos termos do acórdão."*

Por conseguinte, os embargos declaratórios devem ser acolhidos, para julgar a ação improcedente, ficando invertidos os ônus decorrentes da

Acesso ao Sumário

sucumbência, com a observação de que o autor é beneficiário da gratuidade da justiça.

Deverá constar da parte dispositiva do acórdão de fls. 80/87: "***Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos oficial e voluntário para julgar improcedente a ação***."

Ante o exposto, pelo meu voto, **acolho os embargos de declaração**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1024932-66.2016.8.26.0554/50000, da Comarca de Santo André, em que é embargante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ, é embargada DENISE RAMOS PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos, sem alteração do resultado, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.117)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Omissão. Ocorrência. Omisso quanto aos honorários advocatícios. Vício sanado.

Embargos acolhidos, sem alteração de resultado.

VOTO

1. Trata-se de **embargos de declaração** de aresto (fls. 147/150 do principal) negando provimento ao apelo de r. sentença (fls. 91/95 do principal) que julgou procedente ação para fornecer insumos a enferma hipossuficiente.

Apontou omissão. V. acórdão não dispôs sobre a impossibilidade de condenação de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública. Daí a declaração (fls. 01/14).

Silenciou-se (fls. 18).

É o relatório.

2. **Acolho os embargos**.

As decisões judiciais, à luz do **art. 1.022 do CPC**, comportam embargos de declaração tão somente quando houver **obscuridade** ou **contradição** ou for **omitido** ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz, ou ainda para **correção de erro material**.

A **omissão**, de que trata o inciso II do art. 1.022 do CPC, diz respeito a "*... ponto ou questão sobre o qual devia pronunciar-se o juiz de ofício ou a requerimento*".

Na lição de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**,

> *"O pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso é a existência de obscuridade ou contradição na decisão; de omissão de algum ponto sobre que devia pronunciar-se o juiz ou tribunal, ou erro material (NCPC, art. 1.022, I, II e III)."*
>
> *"**Se o caso é de omissão, o julgamento dos embargos supri-la-á, decidindo a questão que, por lapso, escapou à decisão embargada**. No caso de obscuridade ou contradição, o decisório será expungido, eliminando-se o defeito nele detectado. Tratando-se de erro material, o juiz irá corrigi-lo."* (grifei - "Curso de Direito Processual Civil" – Volume III – Ed. Forense – 2015 – 47ª ed. – p. 1.060).

No mesmo sentido:

> *"A omissão consiste na falta de pronunciamento sobre matéria que devia ter sido enfrentada pelo julgador."* (**THEOTONIO NEGRÃO** *in* "Novo Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor" – Ed. Saraiva – 2016 – 47ª ed. – nota 16a ao art. 1.022 – p. 951).

Há omissão a ser aclarada.

A exclusão decorrente de orientação firme do **Colendo Superior Tribunal de Justiça** (**Súmula nº 421** – "*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público a qual pertence*.") **não** aproveita a PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ. Ela **não** se exonera do referido pagamento.

Assim, **não** há falar em confusão entre a Defensoria Pública do Estado e a Prefeitura Municipal de Santo André. Ela, inequivocamente, **não** se identifica com a pessoa jurídica de direito público interno a que a Defensoria Pública pertence. **Deve**, portanto, essa verba quando, sucumbente, como é o caso dos autos.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Acolho os embargos, sem alteração de resultado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2134561-34.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Americana, em que é embargante CHOPPERIA DO BEPPO GIOVANNI LTDA., é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 31.181)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2018.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão – Inexistência – Prequestionamento – Desnecessidade – Caráter infringencial – Embargos rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos declaratórios, inclusive para fins de prequestionamento, opostos contra o v. acórdão de fls. 165/168, em que a embargante alega omissão quanto a não fixação de limite da multa.

É o relatório.

O v. acórdão não contém nenhum vício a ensejar a interposição dos presentes embargos de declaração.

Consoante estabelece o artigo 1.022, I e II do CPC/15, a sentença ou o acórdão comporta embargos de declaração apenas quando houver obscuridade ou contradição, ou se for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal.

No presente caso, o v. acórdão analisou, em seu bojo, os fundamentos necessários para a decisão, considerando descabidos os argumentos expostos pelo embargante.

Ora, afirmou-se que:

"[...] Sem dúvida, a multa diária fixada para cumprimento de determinação judicial deve obedecer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim, quando seu valor se mostrar excessivo, deve ser ele limitado, para que se evite o abuso do direito e o enriquecimento ilícito da outra parte.

Acesso ao Sumário

Entretanto, no caso em tela, a multa foi fixada em valor bastante razoável (duzentos reais por dia), ***sendo que só alcançara um valor volumoso se o agravante insistir no não adimplemento da obrigação imposta****.".* [fls. 165/168]

Desta sorte, inexiste vício no julgado, ressaltando-se que, **ao determinar o direito condizente à espécie, este órgão colegiado entendeu não serem aplicáveis os argumentos de interesse do embargante, sendo desnecessária a menção expressa a cada um.**

Não se olvide, outrossim, que *"É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando- se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio"* (DJU 17.8.98, p.44).

Vê-se que, no caso em apreço, o que se pretende é instaurar uma nova discussão sobre matéria já apreciada e decidida, o que é impossível em sede de embargos declaratórios.

Nesse esteio:

"Não se admitem ***embargos de declaração infringentes****, isto é, que, a pretexto de esclarecer ou completar o julgado anterior, na realidade buscam alterá-lo."* (RTJ 90/659; RSTJ 109/365, RT 527/240, JTA 103/343).

E ainda:

"Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (RTJ 89/548, 94/1.167, 103/1.210, 114/351), não justifica, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em conseqüência, a desconstituição do ato decisório" (RTJ 154/223, 155/964, 158/264, 158/689, 158/993, 159/638).

Frise-se que, se a apreciação não atendeu o posicionamento do embargante, não cabe em sede do presente remédio a irresignação, o que em princípio eventualmente poderá ser discutido em Tribunal Superior, desde que haja a sua admissão.

O fundamento dos embargos de declaração, mesmo naqueles com o fim de prequestionamento, está no esclarecimento, se existentes, de omissões, contradições ou obscuridades no julgado, e não para se adequá-lo ao entendimento do embargante. (STJ EDecl. Ag Reg Resp 1027-DF, in DJU 23.9.91).

"Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa" (STJ, 1ª

Acesso ao Sumário

Turma, Rec. Esp. Nº 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Note-se que, no que se refere às Súmulas 282 e 356 do Colendo STF, que tratam do prequestionamento, tem-se que estas não aludem a qualquer *"obrigação de citação de fundamento legal, quando a própria lei satisfaz-se com os fundamentos jurídicos da decisão. Que, no caso, examinou a lide em todos os seus contornos e lhe deu a solução condizente com o discurso que antecedeu o dispositivo"* (ED nº 232.217.5/8-01, rel. Des. Coimbra Schmidt).

O Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou sobre o prequestionamento:

"A Egrégia Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, não requisitando, necessariamente, que o acórdão impugnado faça expressa referência ao dispositivo de lei tido como violado" (EREesp nº 155.621/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Repita-se: se a apreciação não atendeu ao posicionamento almejado, deverá a interessada elaborar irresignação própria direcionada aos Tribunais Superiores.

Bastante assim a fundamentação do v. aresto, pelo que rejeitam-se os embargos.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1047264-11.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido BRUNO FREITAS MARTINS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.533)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LEONEL COSTA (Presidente), BANDEIRA LINS e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de emissão de Carteira Nacional de Habilitação definitiva. Impetrante que, enquanto detentor de carteira de habilitação provisória, cometeu infração prevista no artigo 233, do Código de Trânsito Brasileiro – Emissão de CNH definitiva – Possibilidade – Infração de natureza administrativa – Falta administrativa que não tem relação com a segurança do trânsito – Ordem concedida em primeiro grau.

Sentença mantida. Reexame necessário não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Bruno Freitas Martins, contra ato coator do Diretor da 15ª Ciretran de Ribeirão Preto, objetivando obstar a negativa de expedição de Carteira Nacional de Habilitação, uma vez que já venceu o prazo de validade da Permissão. Sustenta o autor que a infração que ensejou o impedimento da renovação da CNH é infração de cunho administrativo, e, não se enquadrando em ato de condutor de veículo, postula a concessão da segurança.

A r. sentença de fls. 54/56 julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar deferida, para determinar a expedição da CNH definitiva da impetrante, sem prejuízo da análise dos demais requisitos pela autoridade de trânsito, em consequência, julgou extinto o processo, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Sem honorários advocatícios ante o que dispõe a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

Determinado o reexame necessário.

Regularmente intimadas as partes, decorreu *in albis* o prazo sem que as partes interpusessem recurso, conforme certidão de fl. 61.

É o relatório do necessário.

Voto.

Dou por feito o reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei 12.016/2009.

Trata-se de mandado de segurança que, em suma, objetiva a emissão de Carteira Nacional de Habilitação definitiva, que foi bloqueada por o impetrante

Acesso ao Sumário

ter cometido a infração prevista no artigo 233, do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta o impetrante que a infração cometida possui cunho administrativo, não tendo, portanto, condão de gerar o bloqueio para que seja expedida Carteira Nacional de Habilitação.

Pois bem.

O artigo 148, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe sobre a proibição de Conversão de Permissão para Dirigir em Carteira Nacional de Habilitação, visa assegurar que o condutor não ofereça risco à sua integridade nem a de terceiro e que não conduza o veículo de forma danosa à sociedade, e determina o seguinte:

> 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**.

No caso em voga, a infração cometida pelo impetrante está prevista no art. 233, do CTB, assim disposto:

> Art. 233. Deixar de efetuar o registro de veículo no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito, ocorridas as hipóteses previstas no art. 123:
>
> Infração - grave;
>
> Penalidade - multa;
>
> Medida administrativa - retenção do veículo para regularização.

Assim, certo é que a mencionada infração não atestou a incapacidade da recorrida para condução de veículo, motivo pelo qual é possível a emissão da Carteira de Habilitação definitiva.

Ora, a finalidade da norma é a proteção e segurança do trânsito, de forma a se evitar que aqueles que obtiveram a Carteira Nacional de Habilitação cometam infrações que coloquem em risco a integridade física própria e de terceiros.

No caso em análise, tratando-se de infração administrativa, não se pode impedir a concessão da CNH definitiva.

Nesse sentido já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) DEFINITIVA. INFRAÇÃO DE NATUREZA GRAVE COMETIDA POR DETENTOR DE PERMISSÃO PARA DIRIGIR. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE VEÍCULO

NO PRAZO LEGAL (ART. 233 DA LEI N. 9.503/1997 - CÓDIGO DE TRÂNSITO DE BRASILEIRO). FATO QUE NÃO É SUFICIENTE PARA OBSTAR A EXPEDIÇÃO DA CNH. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. SÚMULA N. 83 DO STJ. 1. Recurso especial interposto pelo Departamento de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul - DETRAN/RS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que externou o entendimento de que "a prática de infração de natureza grave ou gravíssima, na condução do veículo pelo titular de permissão de dirigir pelo prazo de um ano, impede a concessão da CNH [...] as infrações graves relativas ao registro do veículo não obstam a obtenção da CNH definitiva. art. 233 do CTB" (fl. 134). 2. O art. 148, § 3º, do CTB dispõe que "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". Diante da diversidade de natureza das infrações às quais a lei comina as qualidades de grave e gravíssimas, esse dispositivo legal deve ser interpretado de forma teleológica. 3. Nos termos do § 4º do art. 148 do CTB, a não obtenção da Carteira Nacional de Trânsito, em razão de o cidadão com permissão para dirigir ter cometido infração de natureza grave ou gravíssima, "obriga o candidato a reiniciar todo o processo de habilitação". Ou seja, o que se quer é que o cidadão esteja apto ao uso do veículo, habilitado à direção segura, que não ofereça risco à sua integridade nem a de terceiro e que não proceda de forma danosa à sociedade. 4. Não se consegue, pois, chegar à conclusão de que "deixar de efetuar o registro de veículo no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito, ocorridas as hipóteses previstas no art. 123" (art. 233 do CTB) possa impedir a expedição de Carteira Nacional de Habilitação àquele que, preenchendo os requisitos legais, demonstrou ser diligente na condução do veículo, obrigando-o, de consequência, a reiniciar todo o processo de habilitação. Precedente: REsp 980.851/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/08/2009. 5. A hermenêutica é imanente ao ato de julgar, de tal sorte que a extração de outro sentido da lei, que não aquele expresso, não equivale à declaração de inconstitucionalidade, se harmônico com o conjunto de normas legais pertinentes à matéria. Mutatis mutandis, como bem ponderado pelo Ministro Castro Meira, "a interpretação extensiva e sistemática da norma infraconstitucional em nada se identifica com a declaração de inconstitucionalidade ou com o afastamento de sua incidência" (AgRg no Ag 1424283/PA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/03/2012). 6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1231072/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 14/05/2012).

Em casos semelhantes também já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CNH. Condutor com carteira de habilitação provisória. Cometimento de infração

Acesso ao Sumário

grave administrativa prevista no art. 230, V, do CTB. Possibilidade de obtenção de CNH definitiva. Infração de natureza administrativa, que não se presta a impedir a habilitação definitiva da impetrante. Falta administrativa identificada ("conduzir o veículo registrado sem que esteja devidamente licenciado") que não tem relação com a segurança do trânsito. Ordem concedida em primeiro grau. Sentença mantida. Recurso não provido. (Reexame Necessário 1004174-71.2016.8.26.0132; Relator Desembargador Djalma Lofrano Filho; 13ª Câmara de Direito Público; j. 17/05/2017).

De rigor mesmo a concessão da segurança.

Diante do exposto, nego provimento ao reexame necessário, cumprido o duplo grau de jurisdição determinado pela Lei 12.016/2009, art. 14, § 1º.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 0004319-82.2015.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido JOÃO LUIS MONTINI FILHO.

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. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.353)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de Segurança – Declaração de nulidade do ato de cassação de Vice-Prefeito – Admissibilidade – Trâmite do ato que se deu em desrespeito ao art. 114 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Mirassol – Decisão bem fundamentada, cujos motivos ora se adota integralmente como *ratio decidendi*, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal – Reexame necessário, único interposto, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário, único interposto, nos autos do mandado de segurança impetrado com o fim de decretar a nulidade do processo de cassação do impetrante, Vice-Prefeito do Município de Mirassol, tendo a ordem sido concedida pela r. sentença de fls. 163/165.

A D. Procuradoria de Justiça ofertou parecer no sentido de ser mantida a r. sentença (fls. 173/176).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O impetrante, Vice-Prefeito do Município de Mirassol, ajuizou a presente demanda requerendo a decretação de nulidade do processo de sua cassação, eis que em um único dia houve protocolização de denúncia, despacho do impetrado sem assinatura, elaboração de parecer da Diretoria Jurídica, e votação plenária pelo seu recebimento e constituição de comissão processante, em flagrante descumprimento ao regimento interno.

A r. sentença houve por bem conceder ordem.

Descabida qualquer alteração.

O Juízo *a quo* deu correta solução à demanda, devendo a r. sentença ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ora se adota integralmente como *ratio decidendi*, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal[1], com supedâneo, ainda, nos seguintes julgados do C. Superior Tribunal de Justiça: REsp's n.ºs 662.272/RS, 641.963/ES, 592.092/AL e 265.534/DF.

Com efeito, o Regimento Interno da Câmara Municipal, em seu artigo 114, prevê que (fl. 59):

> *"Nenhuma proposição poderá ser colocada em discussão sem que tenha sido incluída na ordem do dia com antecedência de até 48 horas do início das sessões".*

No caso dos autos, tendo o trâmite para oferecimento da denúncia, recebimento, oferecimento de parecer, com seu encaminhamento à Câmara Municipal, com constituição de comissão processante, em menos de doze horas, patente se mostra a violação ao art. 114 do Regimento Interno da Câmara Municipal, restando, desta forma, correta a r. sentença que concedeu a ordem rogada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao reexame necessário, único interposto.

1 Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0015683-34.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ERIC OLIVEIRA FARIAS, e é agravado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao agravo em execução penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.025)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Inclusão em regime disciplinar diferenciado (RDD) e transferência para estabelecimento prisional federal – Recurso da defesa – Preliminares – Nulidades afastadas por decisão fundamentada – Constitucionalidade do artigo 52, da Lei de Execuções Penais proclamada pelo Órgão Especial desta E. Corte, em sede de Arguição de Inconstitucionalidade (n.º 0103105-76.2012.8.26.0000) – Alegação de nulidade decorrente de ausência de prévio procedimento administrativo disciplinar – Inocorrência – Fatos definidos como crimes dolosos, apurados no bojo de inquérito policial que embasou a instauração de ação penal em desfavor do recorrente e demais corréus – Pleito de reconhecimento de nulidade decorrente de correção, de ofício, pelo magistrado, de erro material/contradição

Acesso ao Sumário

verificados na decisão primeira (no que se refere ao pleito de transferência do agravante à unidade prisional federal) – Inadmissibilidade – Possibilidade conferida ao julgador – Retificação concretizada em consonância com os elementos de convicção reunidos na fase investigatória – Inocorrência do aventado cerceamento de defesa resultante de indeferimento de perícia técnica (exame grafotécnico) – Elementos de convicção até então reunidos que se mostraram suficientes à decretação da medida administrativa, em caráter excepcional – Mérito – Pleito de cassação da *decisum*, ao argumento de que inexistem provas quanto ao risco representado pelo recorrente que justificassem a sua inclusão no RDD, bem como a sua transferência para uma das unidades prisionais da União – Impossibilidade – Decisão lastreada em evidências concretas da prática de crimes graves e envolvimento ativo do agravante em facção criminosa, colhidas em exaustivo procedimento investigatório – Efetivo risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal e da sociedade, demonstrado – Inclusão em regime disciplinar diferenciado que exige somente a existência de fundadas suspeitas de participação do preso, a qualquer título, em organização criminosa – Inteligência do artigo 52, §§ 1º e 2º, da LEP – Transferência do agravante para unidade prisional federal – Necessidade, ante as circunstâncias do caso concreto – Requisitos previstos nos artigos 3º, da Lei nº 11.671/2008, e 3º, I, III e IV, do Decreto nº 6.877/2009, preenchidos – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal tirado por ERIC OLIVEIRA FARIAS (vulgos Eric*, Erick, Eric Gordão, Quebra, Sujinho, Gominho*) de decisão que determinou a sua inclusão no regime disciplinar diferenciado (RDD) pelo prazo de trezentos e sessenta dias, bem assim a sua transferência para uma das unidades prisionais federais existentes no país.

Suscita, em apertada síntese, preliminares de:

1) inconstitucionalidade do artigo 52, da Lei de Execuções Penais, que

disciplina o regime disciplinar diferenciado, por violar os artigos 1º, III, e 5º, III, XLVI, XLVII, e, e XLIX, da Constituição Federal;

2) nulidade da *decisum* **a)** em razão de ausência de instauração de procedimento administrativo disciplinar prévio para a apuração dos fatos; **b)** porque foi corrigida de ofício, excedendo o juízo *a quo* os limites do erro material mediante a alteração da substância do julgado; e, **c)** decorrente de cerceamento de defesa, consubstanciado no indeferimento de prova técnica considerada essencial à comprovação de sua *inocência* (exame grafotécnico de manuscrito apreendido).

No mérito, aduz, na essência, a ausência dos requisitos legais exigidos para a sua inclusão no regime disciplinar diferenciado, em razão da insuficiência de provas quanto ao seu envolvimento nos fatos narrados na inicial acusatória, bem assim porque não integra facção criminosa alguma, inexistindo, pois, o alegado risco à ordem e à segurança que justificasse a aplicação da medida extrema e sua transferência a unidade prisional federal.

Processado o recurso, ao ensejo do juízo de retratação, manteve-se a decisão recorrida, por seus fundamentos.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento.

É, em síntese, o relatório.

De início, cumpre destacar que a aventada inconstitucionalidade do artigo 52, da Lei nº 7.210/84 (com redação determinada pela Lei nº 10.792/2003), que disciplina a inclusão de preso (provisório ou condenado) no regime disciplinar diferenciado, foi devidamente afastada pelo e. juízo *a quo*, exsurgindo pertinente, aliás, a transcrição do trecho respectivo da *decisum* impugnada, *verbis:*

> *(...)*
>
> *Portanto, diversamente do popular e descompromissado discurso contrário, é forçoso convir que a implementação do "RDD", neste Estado de São Paulo, é providência de absoluta exceção, e quando concretizada, sempre com o devido comedimento, ampara-se justamente do princípio constitucional da individualização do cumprimento da pena que autoriza, sem dúvida, tratamento penitenciário desigual a presos desiguais, por conduta incomum – faltas disciplinares extraordinariamente graves -, por seu envolvimento com o crime organizado ou, finalmente, pelo alto risco que o preso represente para a ordem e a segurança da sociedade e dos presídios comuns.*
>
> *Disso decorre, portanto, que tal regime de detenção especial atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção, levando-se em conta, ademais, que os princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).*
>
> *(...) sic, fls. 937/938.*

Acesso ao Sumário

Não bastasse, o C. Órgão Especial desta E. Corte já se manifestou acerca da constitucionalidade do artigo 52, da Lei nº 7.210/84, com redação determinada pela Lei nº 10.792/2003 (Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0103105-76.2012.8.26.0000, Rel. ELLIOT AKEL, j. em 25.7.2012), em conformidade com o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a revelar que se prescinde, na espécie, de renovada discussão a respeito do mesmo tema, consoante dispõe o artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

De igual modo, não se vislumbra eiva alguma decorrente da ausência, na espécie, de prévia instauração do respectivo procedimento administrativo para a imposição do regime disciplinar especial.

É que a formalização de sindicância somente é obrigatória nas hipóteses em que a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado se reveste de natureza punitiva, vale dizer, quando se verifica a prática de fato previsto como crime doloso e, portanto, falta grave, e que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas, nos exatos termos do artigo 52, caput, da Lei de Execução Penal.

O mesmo não ocorre quando a medida extrema é de natureza cautelar, preventiva e sua decretação está fundada nos §§ 1º e 2º, de referido dispositivo, isto é, quando o preso representa (...) *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando,* hipóteses em que é prescindível a instauração de sindicância.

Isso porque, em casos tais, por se tratar de eventos que transcendem o âmbito disciplinar interno da unidade prisional e que, no mais das vezes, possuem implicações de natureza criminal próprias (podendo configurar, inclusive, infrações penais diversas), a sua apuração se concretiza em sede de inquérito policial, que, aliás, é de natureza administrativa.

É o caso dos autos, diga-se.

O conjunto de investigações, ao que se depreende dos documentos que instruíram o presente recurso, resultou na reunião de informações e elementos suficientes a indicar, em tese, o vínculo do agravante com a organização criminosa autointitulada *Primeiro Comando da Capital – PCC,* exercendo, ao que tudo indica, importante função e ocupando posição de destaque na coordenação de uma de suas células (denominada sintonia dos gravatas, desvendada, com êxito, pela operação *Ethos*, deflagrada pela Polícia Civil), emergindo inequívoco, na espécie, o risco à segurança e à disciplina internas do estabelecimento penal, bem assim para a sociedade.

Acrescente-se, aliás, que os elementos de convicção coligidos na fase

Acesso ao Sumário

investigatória ensejaram a instauração de ação penal em desfavor do recorrente e dos demais coacusados (nº 0003487-62.2015.8.26.0483, 1º Vara Criminal da Comarca de Presidente Venceslau, SP), seara onde, igualmente, estão sendo observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Ademais, não se olvide que tais postulados também foram resguardados, não há como negar, no incidente de execução em tela, tendo a d. defesa oportunidade para se manifestar nos autos, antes da decisão ora vergastada (fls. 907/935).

De igual modo, não colhe a arguição de nulidade da *decisum* (fls. 943/947), ao argumento de que o e. juízo *a quo* teria incorrido em excesso ao corrigir, de ofício, erro material (verificado na decisão inicial, fls. 936/942), alterando, substancialmente o julgado, no que se refere à determinação de transferência do agravante a uma das unidades prisionais federais do país, senão vejamos.

Segundo se infere do teor da r. decisão constante de fls. 936/942, o e. magistrado indeferiu, inicialmente, o pleito de transferência formulado pelas autoridades policiais do *DEINTER* e referendado pelo i. representante do parquet, consignando, equivocadamente, que o parecer favorável do Secretário de Estado da Administração Penitenciária se restringiu apenas à inclusão no agravante no regime especial (RDD), o que, de fato, não ocorreu, consoante se depreende, serenamente, do teor de referida manifestação (fls. 870/879).

Diante disso e, percebendo a existência de erro material/contradição em sua afirmação, o e. julgador proferiu nova decisão (fls. 943/947), ocasião em que, corrigiu, de ofício, a eiva verificada e, em consequência, acolheu a pretensão de transferência, em consonância, aliás, com os elementos de convicção reunidos no procedimento investigatório, como se verá adiante.

Acrescente-se, na esteira do que ponderaram, ainda, os e. Promotores de Justiça ANA LÚCIA DE MELLO, VALDIR VIEIRA REZENDE e PAULO ROGÉRIO BASTOS COSTA, na contraminuta (fls. 40/52), que o e. juízo *a quo*, ao contrário do que se sustenta, não incorreu em excesso algum, antes, ... *agiu em perfeita conformidade com o artigo 382, do Código de Processo Penal. Tal dispositivo permite às partes buscarem a correção de equívocos de sentenças ou decisões judiciais. Se as partes podem fazê-lo, ou seja, pedir a correção e afastamento de equívocos ou contradições; também pode o magistrado agir de ofício e sanar a contradição de sua r. decisão* (*sic*), tudo sem olvidar que, em sede de execução criminal, as decisões proferidas não fazem coisa julgada, podendo os incidentes serem reexaminados a qualquer tempo, ante eventual alteração da situação fática do sentenciado.

Por fim, não há, também, se cogitar de cerceio ao direito de defesa resultante de indeferimento de prova técnica (consistente em exame grafotécnico

de carta escrita, em tese, pelo agravante).

É que o i. magistrado relacionou os motivos pelos quais entendeu desnecessária e descabida a realização da perícia pretendida pela defesa, *verbis*:

> *(...)*
>
> *É o quanto basta para concluir o seu ativo e pleno envolvimento, mais uma vez, em liderança maléfica de facção criminosa.*
>
> *Não há falar em insuficiência probatória, absolutamente, porquanto não há a menor dúvida para os órgãos de investigação quanto à identificação do representado nas mensagens, o que dispensa a produção do exame grafotécnico, ao menos para a apreciação deste requerimento de inclusão em regime disciplinar diferenciado.*
>
> *(...) sic, fls. 940.*

Em outras palavras, a expressiva quantidade de informações e evidências colhidas na fase investigatória, por meio de apreensão de documentos e interceptações de comunicações entre os integrantes da organização criminosa mostraram-se mais que suficientes para a adoção da medida administrativa ora impugnada, razão pela qual não há se perquirir da necessidade de realização de exame grafotécnico, cuja relevância poderá ser discutida, se for o caso, na esfera penal.

Portanto, rejeitam-se as preliminares.

No mais, infere-se dos autos que o recorrente foi denunciado por infração ao disposto nos artigos 2º, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei nº 12.850/2013, e 333, parágrafo único, combinado com os artigos 29 e 69, do Código Penal.

A denúncia foi recebida aos 9.12.2016 (p. 850/852).

E, por decisão datada de 14.12.2016, o e. juiz das execuções, acolhendo representação formulada por Delegados de Polícia do Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo e Interior - *DEINTER* e, considerando as informações constantes do procedimento investigatório denominado *Ethos*, cujo teor apontou a participação do agravante na liderança da organização criminosa autodenominada *Primeiro Comando da Capital – PCC*, determinou a sua inclusão cautelar em regime disciplinar diferenciado, pelo prazo de sessenta dias, nos termos do artigo 52, §§ 1º e 2º, da Lei de Execução Penal (fls. 853/858).

Posteriormente, o Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, repisando a gravidade dos fatos apurados no procedimento investigatório e a presença dos pressupostos exigidos em lei, manifestou-se pela manutenção do recorrente do regime disciplinar diferenciado, pelo prazo máximo previsto em lei (360 dias), e, ainda, pela sua transferência para uma das unidades prisionais federais, *verbis:*

> *(...)*
>
> *Verifica-se, então, sem nenhuma margem de dúvida, que o*

Acesso ao Sumário

*presidiário **ERIC OLIVEIRA FARIAS**, matrícula nº 205.257-9, era (e não está descartado que deixou de ser) o "encarregado" direto de escalar delinquentes em liberdade para efetuar os levantamentos de endereços de servidores e familiares, assim como de policiais militares, em todo o território paulista, para que, no momento em que entendesse conveniente, fossem executados, mediante o álibi de roubo seguido de morte.*

(...)

O sentenciado é, reconhecidamente, integrante ativo e influente junto à facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC, o que é seguramente sabido pelas autoridades estaduais.

Constata-se, pois, que o detento citado oferece elevado risco à integridade física dos agentes públicos e seus familiares.

Portanto, a sua mantença no Centro de Readaptação Penitenciária "Dr. José Ismael Pedrosa" de Presidente Bernardes, em regime disciplinar diferenciado, é medida que se impõe e que conta com amparo na legislação vigente.

Tomamos a liberdade de sugerir que o período de permanência nesse regime seja o máximo permitido pela Lei de Execução Penal, que é de 360 (trezentos e sessenta) dias.

*Como o Estado de São Paulo adota como regra a remoção de presos que se envolvem direta ou indiretamente em ações de ataques a agentes públicos, como Agentes de Segurança Penitenciária, Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária, Policiais Militares e Civis, para Penitenciária Federal, a exemplo do que ocorreu com o presidiário Roberto Soriano, conhecido como "Tiriça", removido para presídio da União, **esta Secretaria ratifica a manifestação do Ilustre Representante do Ministério Público e, dessa maneira, sugere que essa medida, consistente na transferência para uma das Penitenciárias Federais, sem prejuízo do regime disciplinar diferenciado, também seja imposta.***

(...) sic, fls. 890/897, grifei.

Em seguida, após a manifestação da d. defesa (fls. 907/935), sobreveio a decisão ora hostilizada – muito bem fundamentada, diga-se -, que determinou a inclusão do agravante no regime disciplinar diferenciado, pelo prazo de 360 dias, assim consignando o d. magistrado, *verbis:*

(...)

No cerne, a inclusão do representado no regime disciplinar diferenciado funda-se no art. 52, § 2º da Lei de Execução Penal, visto que as informações produzidas no bojo do inquérito policial (108/2015) da Central de Inquéritos Policiais de Presidente Venceslau, que está inteiramente copiado na mídia depositada em cartório, autorizam concluir ser ele pertencente ao "conselho deliberativo" ou "sintonia final" do "pcc", estando, pois, a participar ativamente da organização criminosa.

Acesso ao Sumário

Como bem delineado nestes autos, foi encontrada uma carta sobre os telhados dos raios 3 e 4 da PII de Presidente Venceslau, a qual continha informações de que dois gravatas (advogados) da região 18 estariam mancomunados com um integrante do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o qual recebia cinco mil mensais, aproximadamente, do "pcc", para obter informações privilegiadas dentro do referido Conselho.

Esses dois advogados mencionados no bilhete (gravatas) tentavam integrar o Conselho Estadual. Como não conseguiam ingressar no referido Conselho, "compraram" seu vice- presidente a mando da facção com o objetivo de interferir nas vistorias efetuadas nos estabelecimentos penais com o objetivo de produzir relatórios inverídicos que fundamentassem denúncias a organismos nacionais e internacionais.

Apurou-se muito mais. Tramitava, em verdade, um imenso esquema criminoso além da prestação de "assessoria", como também a lavagem de capitais.

A célula "sintonia dos gravatas" evoluiu muito além da mera prestação de serviços jurídicos.

A investigação policial descobriu, então, o "projeto estrutural 2016" contendo as diretrizes da atuação criminosa, tendo Valdeci Franscisco Costa como o responsável pela coordenação da "sintonia dos gravatas".

Os gravatas (advogados), como restou apurado, praticamente não advogam, pois são utilizados para outros "serviços" e agem principalmente como "pombos correio", sob o manto constitucional do sigilo das informações dos clientes.

Todos os advogados investigados têm conhecimento da origem criminosa do dinheiro por eles movimentado, oriundo que é do setor de "progresso" (tráfico de drogas), da "cebola" (mensalidade paga pelos integrantes) e das "rifas" (sorteios bimestrais organizados pelos presos).

Pois bem, esses advogados se comunicavam entre si e com os líderes da organização, através de e- mails, utilizando codinomes e endereços eletrônicos falsos, "laranjas" para o recebimento de quantias, escritórios apenas de fachada, que serviam como ponto de apoio da organização criminosa para a obtenção e retransmissão de informações entre presídios.

O representado a tudo isso contribui ativamente, pois seria um dos integrantes de maior peso "do conselho deliberativo da facção criminosa pcc", conclusão que adveio da sua identificação em e-mails e demais documentos, onde se denota que ele, em tese, coordena célula que seria responsável a atentados contra agentes da Administração Penitenciária. Eis que solicita endereços e dados destes, incluindo o do agente Kleber. E mais, foram apreendidos documentos contendo o quadro jurídico da facção, os métodos de segurança nas comunicações, tudo a indicar sua atuação na

Acesso ao Sumário

organização.

É o quanto basta para concluir o seu ativo e pleno envolvimento, mais uma vez, em liderança maléfica de facção criminosa.

Não há falar em insuficiência probatória, absolutamente, porquanto não há a menor dúvida para os órgãos de investigação quanto à identificação do representado nas mensagens, o que dispensa a produção do exame grafotécnico, ao menos para a apreciação deste requerimento de inclusão em regime disciplinar diferenciado.

Em verdade, este expediente reproduz farta prova material positivando o envolvimento do representado e seus comparsas em crimes permanentes durante o cumprimento da pena. Tanto que foi denunciado ao Juízo competente pela prática de vários crimes (integrar organização criminosa armada, com atuação trasnacional, por oferecer e prometer por interposta pessoa, vantagem indevida ao funcionário público por equiparação LUIZ CARLOS DOS SANTOS, então exercendo a Vice-Presidência do Conselho Estadual de Direitos da Pessoa Humana, para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Consequentemente, praticou possíveis fatos previstos como crimes dolosos que, dadas as condições em que cometidos, o coloca nas condições objetivas descritas nos §§ 1º e 2º do artigo 52 da Lei 7210/84.

Rememore-se, as parciais transcrições das gravações com a autorização do Juízo de Direito competente, no âmbito de escorreita investigação criminal constituem indícios veementes não só do cometimento de crimes sob apuração, como também da posição de liderança exercida pelo representado em organização criminosa e, enfim, da constante articulação, por ele, de atividade criminosa.

E a defesa do representado não impugnou o conteúdo do vasto material probatório produzido em seu desfavor.

Diante desse quadro, é imperativo concluir que o representado apresenta concreto e alto risco para ordem e a segurança de estabelecimentos penais, porque subverte a ordem e a disciplina interna mesmo estando preso.

A permanência do preso em qualquer unidade prisional comum não é possível, e isso caracteriza as hipóteses do art. 52, parágrafos 1º e 2º, da LEP. Ou seja, diante da alta periculosidade do representado, revelada pela posição de liderança exercida e pela gravidade da empreitada criminosa determinada a seus comandados, inclusive mobilizando vários advogados, obrigam sua nova inclusão em RDD.

Por esse quadro, queda inegável que o preso representa alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal e para a sociedade

Acesso ao Sumário

livre (art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP).

É curial se assentar que, por essas duas hipóteses, o sumo fundamento para a imposição da medida de exceção não tem caráter punitivo. A inclusão é medida preventiva para garantir as condições necessárias para que a prisão em execução seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal.

Enfim, o representado apresenta alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal. Sua permanência em regime comum garante-lhe a liderança e concorrência para a prática de infrações penais no mundo exterior, por integrar organização criminosa.

Sem embargo, parece evidente que medidas disciplinares comuns não constituiriam resposta coativa e preventiva para situação dessa gravidade.

É de rigor, portanto, a internação não cautelar do representado, porque inteiramente satisfeitos os requisitos do artigo 52 da Lei de Execuções Penais.

Atendendo às circunstâncias e consequências do caso, o prazo de internação deve ser fixado em trezentos e sessenta dias, aqui entendido proporcional em razão da forte liderança exercida pelo preso na facção criminosa.

(...) sic, fls. 936/942, grifei.

Nesse contexto, não há se cogitar de *insuficiência de provas* quanto ao efetivo risco representado pelo recorrente para a ordem e a segurança da unidade prisional (onde se encontrava recolhido) e/ou da sociedade, pois, inequívoca, *data venia*, a presença de fundamentos relevantes, haja vista tudo o que se apurou em contundente, minucioso e exaustivo procedimento de investigação comandado pelo *DEINTER 8* - e bem detalhado, aliás, na inicial acusatória (fls. 150/849) - com relação ao esquema de pagamentos indevidos a agentes públicos (dentre os quais, o vice- presidente do Conselho Estadual de Direitos da Pessoa Humana), engendrado pela organização criminosa (PCC), a partir da célula jurídica denominada *Sintonia dos Gravatas* e composta por cerca de quarenta advogados, os quais também tinham como atribuição prestar assessoria jurídica aos líderes da facção e servir de elo de comunicação entre eles.

Lembre-se que o artigo 52, §2º, da Lei de Execução Penal, não exige a existência de provas cabais, mas apenas que recaiam sobre o preso ... *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando* para a sua inclusão no regime disciplinar diferenciado.

E, diante da grande probabilidade de ser o agravante um dos lideres de referida organização criminosa, pelo que se conseguiu apurar e, considerando que, mesmo encarcerado em estabelecimento prisional de *segurança máxima*, continuava, ao que tudo indica, exercendo importante função e ocupando

Acesso ao Sumário

posição de destaque, coordenando e controlando as ações criminosas da facção, não resta dúvida quanto à imprescindibilidade de sua manutenção no regime disciplinar diferenciado, pelo período estipulado pelo e. juízo a quo (adequado e proporcional à hipótese, pelos motivos adrede mencionados), dada a configuração, em última análise, não só de uma, mas, sim, de todas as hipóteses que, excepcionalmente, autorizam tal providência, a teor do artigo 52, da Lei de Execução Penal, assim como a provável continuidade de suas atividades criminosas, caso não se restrinja, tanto quanto possível, seu contato com o mundo exterior.

Não se pode olvidar, ainda, da notória incapacidade do Estado, em impedir a inadmissível comunicação dos detentos com o meio externo, quer por intermédio de celulares, decorrente de simplista alegação inverossímil de falta de meios técnicos, aliás, absolutamente incompatível, diga-se, com os dias e a tecnologia atuais, quer por motivos outros, tais como falta de vontade e/ou coragem política de implantar e instalar aparelhos bloqueadores de sinais de telefonia móvel, quer por inércia mesmo ao coibir, efetivamente, a corrução sistêmica, notoriamente existente no sistema carcerário.

Noutro vértice, diante das peculiaridades do caso concreto, exaustivamente destacadas alhures, e, mais uma vez, por força do poder-dever geral de cautela inerente à função jurisdicional, incidente não só no processo de conhecimento, mas, também, no de execução, o acolhimento do pleito formulado pelos Delegados de Polícia do Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo (*DEINTER*) - e circundado pelo Ministério Público e pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado - consistente na imediata transferência do agravante ao sistema penitenciário federal, era também de rigor, porquanto preenchidos os requisitos previstos nos artigos 3º, da Lei nº 11.671/2008, e 3º, I, III e IV, do Decreto nº 6.877/2009.

Consigne-se, aliás, que, consoante de infere das informações obtidas perante o *Sistema das Varas de Execuções Criminais do Estado de São Paulo (SIVEC)*, o agravante já foi, anteriormente, submetido ao regime disciplinar diferenciado e, ainda assim, continuou, em tese, ao lado de outros reclusos, de forma permanente e estável, a praticar delitos graves, mesmo estando, repise-se, encarcerado em unidade prisional estadual de segurança máxima, circunstâncias que, aliadas às demais evidências colhidas durante a apuração dos fatos já destacados, reforçam a convicção no sentido de que referida medida é imperativa, pois se enquadra na excepcionalidade legalmente determinada.

Por tais razões, NEGA-SE PROVIMENTO ao agravo em execução penal.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005325-26.2014.8.26.0596, da Comarca de Serrana, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GIL SOUZA LEITE.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento ao recurso ministerial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.882)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 5 de dezembro de 2017.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Lesão corporal – Violência Doméstica – Art. 129, § 9º, do Código Penal – Sentença Absolutória – Recurso Ministerial – Impossibilidade. O direito penal somente deve intervir quando se apresentar estritamente necessário. Restando comprovada a reconciliação do casal, eventual condenação somente teria o condão de prejudicar a vida em conjunto dos envolvidos. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, contra a r. sentença datada de 08 de junho de 2016, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Serrana, que julgou improcedente a ação penal e absolveu Gil Souza Leite, da imputação prevista no artigo 129, § 9º, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal (fls.55/56).

Inconformado, o *Parquet* recorreu, pleiteando a condenação, nos exatos termos da exordial (fls.65/69).

Em contrarrazões a defesa, pugnou pela manutenção da sentença por seus

Acesso ao Sumário

próprios e jurídicos fundamentos (fls.86/88).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer opinou pelo desprovimento ao recurso (fls.105).

É o relatório.

2 – Consta da denúncia que, no dia 29 de maio de 2014, por volta das 21h, na Rua Deputado João Cunha, nº 433, jardim Boa Vista, na comarca de Serrana, Gil Souza Leite, ofendeu a integridade física de sua companheira Nathaly de Oliveira Castro Alves, causando-lhe as leões corporais descritas no exame de corpo de delito.

Segundo apurado, por ocasião dos fatos, o acusado chegou à residência comum do casal e ali, em meio a uma discussão, agrediu fisicamente a vítima, desferindo-lhe chutes, socos, tapas e puxões de cabelo, além de ter tentado enforcá-la.

A vítima, então, foi atendida na Unidade de Pronto Atendimento, constatando-se a ocorrência de lesão corporal.

A denúncia foi oferecida em 13 de novembro de 2014 (fls.01-D/02-D) e recebida em 02 de dezembro de 2014 (fls.23/24). O réu foi regularmente citado e apresentou defesa prévia (fls.30/vº e 39).

A materialidade delitiva esta demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04) e laudo de exame de corpo de delito (fls.20).

Interrogado em Juízo, o apelado disse que não agrediu a vítima, pois somente discutiu com ela. Afirmou que a situação se deu em legitima defesa, pois a vítima o puxava para ele não sair e ele somente a empurrou, pois queria sair (fls.60 – sistema audiovisual).

A vítima Nathaly de Oliveira Castro leite, relatou que na época o réu tinha problemas com bebida alcoólica. Diante desse problema ele chegava e já procurava briga para sair de volta e ingerir bebida alcoólica. O agrediu para se defender, mas também ele a agredia. Ele lhe deu chute na sua perna e no peito, mas que não resultou lesão e que a lesão no olho ocorreu, pois ele a empurrou e caiu batendo o rosto na janela. Atualmente vivem juntos e que ele não a agrediu mais (fls.60 – sistema audiovisual).

Ora, embora até se possa considerar que no dia 29/05/2014, em decorrência de uma discussão, a vítima foi agredida pelo apelante, fato é que o casal reconciliou-se e a vítima, informou que o acusado não mais a agrediu.

No presente caso, o conflito já foi solucionado pelos próprios envolvidos, que relevaram a conduta e restabeleceram vínculo.

Embora defenda a aplicação da pena como regra, dado seu caráter retributivo, como forma de pacificação social e para prevenção, não considero que tal entendimento deva prevalecer no caso em comento, que a vítima voltou

a ter bom relacionamento com o acusado.

In casu, servirá apenas para conturbar o ambiente doméstico (que, ao que tudo indica encontra-se pacificado) e atrapalhar a já consumada reconciliação e estabilidade do casal.

Nesse tanto, na aplicação da Lei 11.340/06, deve-se manter em foco a família, os meios de restaurar a paz no lar, os princípios de Direito Penal e da Constituição Federal.

Dispõe o seu artigo 4º:

"Art. 4º. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".

De outro lado, dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 226:

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

Diante de tais disposições, deve o julgador avaliar a necessidade de intervenção do Estado nas relações domésticas e familiares, visando sempre o bem maior, que é a família, não sendo plausível ampliar a intervenção estatal, desnecessariamente, no ambiente familiar, eis que implicaria em violação aos direitos à liberdade e privacidade.

No caso vertente, a condenação do apelado, que, diga-se, já está reconciliado com a vítima e integrado no seio familiar, não se apresenta como a melhor solução para a família que tenta restaurar a paz no lar.

É dizer que os elementos constantes dos autos demonstram que a convivência doméstica é exercitada pela mulher, de modo que a procedência da presente ação penal somente prejudicaria a relação do casal.

Por outro lado, importante observar que o Direito Penal, segundo doutrina e jurisprudência modernas, deve intervir tão-somente quando se apresentar necessário. Daí decorre que a punição deve guardar correlação com o valor da conduta e da lesão sofrida pelo ofendido, vez que o crime, como fato social que é, deve ser analisado em sua totalidade.

Adotadas tais premissas, tem-se que a solução mais adequada para o presente feito é a absolvição do recorrente, pois a condenação somente teria o condão de violar a instituição familiar e até mesmo a finalidade da Lei 11.340/06. Aliás, em caso análogo já se decidiu:

"APELAÇÃO CRIMINAL - LEI MARIA DA PENHA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL - RECONCILIAÇÃO COM A VÍTIMA - ABSOLVIÇÃO DO APELANTE. Cabe ao magistrado aferir, diante do caso concreto, a real necessidade de condenação do acusado, observado o fim social visado pela norma, numa interpretação teleológica e sistêmica. Devidamente

Acesso ao Sumário

comprovado que o apelante já está reconciliado com a vítima e integrado no seio familiar, a condenação não se apresenta como a melhor solução para a família que tenta restaurar a paz no lar. Pelo contrário, impor-lhe uma condenação será um obstáculo à boa convivência e assistência mútua, que devem nortear as relações amorosas e familiares, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe. Provimento ao recurso que se impõe.". (TJMG - Apelação Criminal 1.0027.07.120576-2/001 - Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel - Julgado *em 06/09/2011).*

APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CÓDIGO PENAL. ART. 129, § 9º. LESÃO CORPORAL. Existência do fato e autoria evidentes. Evento ocorrido quando ambos embriagados. Reconciliação posterior. Fato mínimo, perdoado pela ofendida, que não o considera criminoso. A finalidade primeira do direito é o de estabelecimento da paz social, e ela foi alcançada pelos próprios conviventes. Em casos tais, o Estado não deve imiscuir-se no âmbito familiar. Réu absolvido. APELO DEFENSIVO PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, 3ª C. Criminal, AC 70 039 120 357, Rel. Des. Ivan L. BRUXEL, j. em 28.04.11).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE FUNDADO E EMINENTE TEMOR. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1- Verificando-se que o réu não incutiu fundado e eminente temor na vítima, restando comprovado nos autos a reconciliação do casal, sobretudo pelas declarações da vítima, impõe-se manter a absolvição do acusado. 2- Recurso desprovido. (Ap. Crim. nº 1.0251.11.001452-8/001, 3ª CCrim/TJMG, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJe. 06/11/2014).

Aliás, tenho que em, muitas das vezes, a condenação do agressor trará consequências muito maiores, pois adentrar-se-ia, como no caso em tela, em uma seara criando um conflito que restou solucionado pelas próprias partes.

Ainda, importante consignar, que o apelado não ostenta antecedentes criminais, sendo que, provavelmente, o fato em tela trata-se de um caso isolado em sua vida.

Nesse diapasão, tenho que a absolvição do apelado é cabível, já que se reconciliou com a vítima e vivem em harmonia atualmente, sendo que agir de forma diversa leva ao questionamento da viabilidade e até mesmo legitimidade da prolação de um decreto condenatório.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3018513-

60.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/querelante (...), são apelados/querelados C. A. G. e C. A. G.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo para anular a decisão de fls. 856/859, devendo se prosseguir na instrução até final sentença de mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.728)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), PINHEIRO FRANCO e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Apelação Criminal. Ação penal privada. Difamação. Criação de blogs anônimos para ofender a honra de pessoa jurídica. Absolvição sumária pelo Juízo com fundamento no artigo 396, inciso III, do CPP. Recurso provido.

VOTO

O (...) através de seu representante legal ingressou com ação penal privada pela prática do crime de difamação – artigo 139, "caput", c.c. o artigo 141, inciso III (difamação esta praticada por meio que facilite a sua divulgação eis que foi colocada na internet), do Código Penal.

A queixa foi rejeitada no Juizado Especial Criminal em razão do i. Magistrado entender que a pessoa jurídica não podia ser vítima de crime contra a honra.

Houve recurso e a C. Turma Criminal do Colégio Recursal de Campinas deu provimento ao reclamo e recebeu a queixa determinando o processamento (fls. 694/696).

Os querelados não foram encontrados para a citação, o que levou o i. Magistrado a remeter os autos a redistribuição das Varas Comuns, vindo a ser distribuído à 5ª Vara Criminal de Campinas.

Designada a audiência, houve recusa de aceitação de proposta de suspensão do processo.

A fls. 856/859 a i. Magistrada entendeu não existir "animus diffamandi" e que se trata de crítica garantida constitucionalmente ainda que ácida, não vislumbrando abuso na atitude dos réus, culminando por absolvê-los com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Houve embargos interpostos pelo querelante, que foram rejeitados (fls.

Acesso ao Sumário

870 e verso).

Foi então interposto recurso de apelação a fls. 872/873, cujas razões pretendem reforma da decisão e que se determine o prosseguimento do feito para final condenação dos querelados.

Os querelados contestaram pretendendo a mantença da decisão atacada (fls. 907/916).

A d. Promotoria de Justiça, como "custos legis", se manifesta por que se negue provimento do apelo do querelante.

A d. Procuradoria Geral de Justiça a fls. 932/935 entendeu que não era caso de absolvição sumária com fulcro no artigo 397, III, do Código de Processo Penal. Acresce que não está clara e extreme de dúvidas a não ocorrência de "animus diffamandi", demandando maior instrução do feito, em parecer do culto Dr. Vanderley Peres Moreira.

É o relatório.

Narram os autos que teria ocorrido uma verdadeira batalha judicial entre os querelados e o Banco ora vítima, eis que, sendo comerciantes haviam feito alguns contratos, onde os querelados teriam estabelecido, de comum acordo com o preposto do Banco taxas de juros, sendo que segundo informa os contratos teriam sido apresentados em branco e o funcionário do banco teria colocado na parte superior mera anotação dos valores acordados.

Consta que tiveram uma derrocada financeira e quando foram verificar os valores acordados pelo Banco eram diversos daqueles que teriam escrito na borda do contrato até que ele fosse completado.

Em razão disto os querelados quase quebraram suas empresas e necessitaram ingressar em juízo para modificar valores cobrados pelo Banco (...).

É certo que há notícia de inúmeros fatos, inclusive sentenças judiciais, que deram pela procedência da ação dos querelados.

Estes, todavia, resolveram para vingar-se abrir blogs na internet em que veiculavam notícias desairosas contra o Banco (...), sendo que tinham como título (...), (...), "BC até quando vai encobrir as fraudes do Banco (...). Mais uma fraude revelada", e assim por diante.

O querelante teve necessidade de entrar com várias ações civis para conseguir antecipação de tutela de modo a que os blogs fossem retirados do ar, sendo que houve necessidade de cumprimento de obrigação de fazer para que fosse informado o IP dos computadores que acessavam os programas do Google e da internet, sendo que no Facebook se encontravam também esses blogs.

Em razão disto e várias dificuldades outras conseguiu o querelante os IPs que na verdade eram dos dois acusados, sendo que somente a partir daí é que se

Acesso ao Sumário

pode contar o prazo de seis meses para interposição da queixa.

Somente foram identificados os IPs e portanto os ora querelados em 17 de dezembro de 2012, momento em que souberam a autoria das difamações.

A queixa foi ajuizada em 17 de junho de 2013, portanto dentro do prazo legal.

Após a rejeição a mesma foi recebida pelo Colégio Recursal em 25 de agosto de 2014 (fls. 694/696).

A r. decisão de fls. 856/859 que absolveu sumariamente os acusados não pode prosperar.

É certo que é evidente a difamação perpetrada pelos querelados contra a instituição financeira, tendo trabalho de criar dois blogs onde a assediavam com palavras e menções demonstrando que a mesma seria desonesta, caracterizando, portanto, o crime de difamação.

O delito de difamação se encontra previsto no artigo 139 do Código Penal e menciona que consiste em "difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação", tendo pena de detenção de 3 meses a 1 ano, e multa.

Na interpretação do tipo subjetivo tem os autores entendido que "ao contrário da calúnia, na difamação não é necessário que haja falsidade da imputação, por isso é proibida, em regra, a exceção da verdade" (Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, 5ª edição, Atlas, 2005, São Paulo, p. 1089).

Anota Nelson Hungria que "é irrelevante indagar, para reconhecimento da difamação, se o fato imputado corresponde ou não à realidade. Desde que não se trate de imputação de um crime, como na calúnia, o interesse social deixa de ser o de facilitar o descobrimento da verdade, para ser o de impedir que um cidadão se arvore em censor de outro, com grave perigo para a paz social" (Nelson Hungria e Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980, p. 86).

Anota **Darcy Arruda Miranda** que "todo o homem tem, dentro da grei humana de que faz parte, um valor moral próprio. Por seus atos, por suas ações, por suas atitudes ele se situa no ambiente social. Esse valor moral pode aperfeiçoar-se nas relações de convivência, derivando a 'boa fama' e a 'reputação' de que possa vir a gozar no conceito de seus cidadãos".

"Este conceito passa a integrar o seu patrimônio moral. Dele defluem o respeito e a consideração sociais que emolduram a sua personalidade. É que o homem, sendo um animal gregário por excelência, não se satisfaz em saber que é dotado de qualidades positivas de espírito ou de caráter, que pauta a sua vida pelas normas rígidas da boa moral, que mantém os seus compromissos pessoas e sociais com rigor indeclinável, que não pactua com a ilegalidade e o vício, ele necessita de algo mais: prestígio moral na sua convivência civil, em outras palavras - o respeito dos seus concidadãos".

Acesso ao Sumário

"Ora este prestígio ético-social assegura ao indivíduo um direito inalienável: o da inviolabilidade desse prestígio, que corresponde à invulnerabilidade da sua honra" (Comentários à Lei de Imprensa, vol. I, RT, SP, 1969, pág. 272).

A pessoa jurídica não foge dessa regra, embora ficção legal, mas seu conceito perante a coletividade fica abalado quando assertivas inverídicas visam difamá-la, destruindo o seu conceito na coletividade, levando muitas vezes a empresa a se extinguir.

Dessa forma não era caso da i. Magistrada sumariamente julgar o feito, quando havia denúncia recebida acolhendo o inciso III, do artigo 397, do Código de Processo Penal, sem qualquer produção de prova, mesmo porque as outras hipóteses não estão presentes e a prova não foi inovada após recebimento da inicial acusatória privada.

Ajuizada a ação só se pode por termo por sentença final, após colheita de provas.

Não havia como a Magistrada fazer novo julgamento de mérito diverso do que foi feito no recebimento da queixa, mormente quando não houve prova nenhuma produzida.

Assim, é certo que não se pode entender como lícita a atitude dos querelados em criar blogs anônimos para atingir a honra da pessoa jurídica, mesmo porque se trata de grande instituição financeira e eventual adulteração de juros em seus contratos, por certo, não decorrem de orientação da Presidência ou Diretoria, mas sim de algum fato isolado praticado ilicitamente por algum preposto e que merece apuração rigorosa do ilícito praticado.

Mas isso não legitima os querelantes a criarem os blogs anônimos para ofender a pessoa jurídica, mesmo depois que a queixa foi ajuizada.

Há necessidade de um juízo de mérito eficaz a por fim a demanda, devendo, portanto, ser anulada a sentença de fls. 856/859, ficando rejeitada a defesa preliminar, devendo prosseguir o feito até sentença definitiva.

Isso posto, **dá-se provimento ao apelo para anular a decisão de fls. 856/859, devendo se prosseguir na instrução até final sentença de mérito.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0103689-85.2015.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes DIEGO DE CARVALHO PAIVA e MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos defensivos e deram provimento ao recurso ministerial para condenar DIEGO DE CARVALHO PAIVA às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, de reclusão, a ser descontada em regime inicialmente fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso e MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS MACIEL às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade, e mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida. Por fim, segundo recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 126.292/SP, confirmada a sentença condenatória em segundo grau, autorizado se torna o início de execução da pena. Expeça-se, oportunamente, mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.149)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Apelam as partes. MARCOS protesta pela absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, pela aplicação do patamar máximo de redução. DIEGO pretende a desclassificação para uso e, subsidiariamente, reitera o pleito de redução no patamar máximo. O Ministério Público, por sua vez, pugna pelo afastamento do redutor, pela fixação da basal acima do mínimo e pela fixação do regime fechado. Absolvição é meta impossível de alcançar. Materialidade e autoria bem delineadas. Provas dos autos sustentam de forma clara e cristalina a condenação. Defesa não colacionou nenhuma prova capaz de macular o farto e seguro arcabouço probatório produzido pelo Ministério Público. Inviável o reconhecimento da tese de porte para uso. O só-fato de usuário não inviabiliza o reconhecimento do crime de tráfico. Pena comporta reparos. Natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos impõem

Acesso ao Sumário

o recrudescimento da basilar. Na segunda fase, reconhecida a maioridade relativa de MARCOS. Na terceira fase, afasta-se a aplicação do redutor. Regime fechado é o mais indicado ao caso. Vedada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. Sentença parcialmente reformada. Recursos defensivos improvidos e recurso ministerial provido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se acolhe, acresço que, por decisão do Juízo da 32ª Vara Criminal da Comarca da Capital, DIEGO DE CARVALHO PAIVA e MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS foram condenados às penas de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, no piso, por incursos no artigo 33, *caput*, c.c. §4º da Lei nº 11.343/06, e foram absolvidos da imputação de incursos no artigo 35, *caput*, do mesmo diploma legal, com fundamento no artigo 386, inciso VII d Código de Processo Penal (fls. 284/291).

As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas restritivas de direito, a primeira, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, em local a ser indicado na fase de execução, pelo mesmo prazo da condenação e, a segunda, em prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário mínimo vigente à época do fato, que deverá ser revertida na entrega de cestas básicas à entidade privada com destinação social, também a ser indicada pelo juízo das execuções.

Foi concedido aos acusados o direito de recorrer em liberdade.

Inconformadas, apelaram as partes.

A Defensoria Pública, atuando em benefício de MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS, protesta pela absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, pugna pela aplicação máxima do redutor do tráfico privilegiado (fls. 351/359).

A Defesa de DIEGO DE CARVALHO PAIVA protesta pela desclassificação da conduta para uso e, subsidiariamente, pela aplicação máxima do redutor (fls.421/429).

O Ministério Público, por sua vez, requer o afastamento do redutor, a majoração da pena na primeira fase, considerando a natureza e a quantidade das drogas apreendidas e a fixação do regime fechado (fls. 369/381).

Contrarrazões ministeriais às folhas 363/368 e 471/473, da Defensoria Pública às fls. 387/393 e de DIEGO às fls. 430/436.

Regularmente processado, pelo não provimento dos recursos defensivos, e pelo integral provimento do apelo ministerial, foram os pareceres da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 446/460 e 477/482).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO, passo a decidir.

A condenação é medida de rigor.

Ao que consta da denúncia, em data incerta, mas inclusive no dia 03 de dezembro de 2015, DIEGO DE CARVALHO PAIVA e MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico de drogas.

Consta, ainda, que no dia 03 de dezembro de 2015, por volta das 03h37min, na Rua Pilar do Sul, altura do número 580, bairro José Bonifácio, na capital do Estado, DIEGO DE CARVALHO PAIVA e MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS agindo em concurso e com unidade de desígnios, traziam com eles e guardavam, para consumo e fornecimento alheio, ainda que gratuitamente, 117 (cento e dezessete) trouxinhas de plástico, contendo o total de 86,5g (oitenta e seis gramas e cinco decigramas) de cocaína, e 80 (oitenta) pinos, contendo o total de 20,8g (vinte gramas e oito decigramas) de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Na ocasião dos fatos, policiais militares em patrulhamento de rotina no local, conhecido ponto de tráfico de drogas, avistaram os denunciados em atitude suspeita, motivo pelo qual realizaram a abordagem.

Em revista pessoal, os policiais localizaram com MARCOS as drogas apreendidas, todas embaladas individualmente e prontas para serem comercializadas, bem como encontraram com DIEGO a quantia de R$ 410,00 (quatrocentos e dez reais).

A materialidade veio estampada no auto de prisão em flagrante (fls. 07/12), no boletim de ocorrência (fls. 02/04), no auto de exibição e apreensão (fls. 05/06), na prova oral produzida e nos positivos laudos de constatação (fls. 21/23) e de exame químico toxicológico (fls. 275/277), os quais confirmaram a natureza entorpecente das substâncias apreendidas: **POSITIVO** para **Cocaína** (Portaria SVS/MS nº. 344/1998 – Lista F1).

A autoria, por sua vez, é certa.

A testemunha *Marcos Rodolfo Mioto Generich* contou que foi responsável pela prisão dos acusados. Disse que estava em patrulhamento, no período noturno, quando os avistou em atividade suspeita. Chegaram a alterar a direção em que andavam quando perceberam a polícia. Realizaram a abordagem e localizaram os entorpecentes e a quantia em dinheiro. Asseverou que as drogas estavam embaladas individualmente, dentro de um saco plástico. O acusado "de marrom" era responsável por guardar as drogas, enquanto o outro, "de branco" ficava com a quantia em dinheiro. Não se recorda de já ter abordado o acusado MARCOS nem, tampouco, a quantidade das drogas apreendidas. Contou que, quando perguntaram, o indivíduo que portava as drogas admitiu que já traficava há algum tempo, enquanto o outro tinha começado naquele dia (mídia).

Acesso ao Sumário

Paulo José Amado Júnior também participou da prisão dos réus. Repetiu a versão apresentada por seu colega de farda. Asseverou que durante a revista pessoal localizaram a droga com o acusado "de marrom" e o dinheiro com outro, que estava "de branco". Afirmou que os entorpecentes estavam embalados individualmente, a cocaína em saquinhos plásticos e o crack em *eppendorfs*, e acondicionados dentro de uma sacola, embaixo da blusa de frio do "de marrom". Eram aproximadamente 200 (duzentas) porções. O dinheiro, trocado, estava no bolso da calça do outro indivíduo. Indagados, um dos indivíduos admitiu que traficava há bastante tempo, enquanto o outro havia iniciado naquele dia. Contou que, devido ao horário, não tinham outras testemunhas (mídia).

Interrogados extrajudicialmente, tanto DIEGO quanto MARCOS optaram por permanecer em silêncio (fls. 11 e 12).

Em juízo, sob o crivo do contraditório, MARCOS, **trajando roupa marrom**, negou as acusações. Disse que tinha acabado de chegar do serviço e ido até um bar para assistir a um jogo de futebol, local onde ingeriu bebidas alcoólicas e consumiu entorpecentes. Posteriormente, foi à biqueira para adquirir mais drogas e, quando estava retornado ao bar, encontrou com DIEGO no momento em que foram abordados. Asseverou que somente tinha R$ 30,00 (trinta reais). Disse que não conhecia o corréu e foram abordados no momento em que se cruzaram na rua. Contou, por fim, que trabalhava como puxador, no Brás e que já foi abordado diversas vezes pelos policiais. Disse que estava com alguns amigos no bar, dentre eles o "Lucas". Jamais falou para os policiais que era traficante. No momento da abordagem, estava andando de um lado da rua enquanto DIEGO estava do outro lado (mídia).

DIEGO, **que vestia camiseta branca**, por sua vez, também negou os fatos. Contou que estava no bar bebendo e assistindo ao jogo, quando decidiu adquirir entorpecentes. Na volta da "biqueira", foi abordado pelos policiais, junto com MARCOS, a quem não conhecia. Disse ter comprado três papelotes de cocaína que estavam guardadas no bolso direito. Contou que não tinha qualquer quantia em dinheiro e que não conhecia os policiais. Afirmou que trabalhava no Brás como puxador e que estavam no mesmo bar, mas não se conhecem. Contou que no momento da abordagem estavam andando juntos, retornando da "biqueira". Afirmou que um policial que chegou depois, em uma viatura, retirou os entorpecentes de dentro do veículo (mídia).

Pois bem.

Absolvição é meta impossível de alcançar.

A prova é robusta e cristalina a imputar aos acusados a responsabilidade pelos fatos narrados na denúncia.

Não há dúvidas sobre a incursão no tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Acesso ao Sumário

O laudo toxicológico confirmou a natureza entorpecente do material apreendido, enquanto a quantidade de drogas bem como a forma como estavam embaladas dão conta do espúrio objetivo dos acusados.

Conquanto neguem ter praticado o crime, suas assertivas não convencem, restando dissociadas dos demais elementos de provas.

Uma vez que o ônus de provar é daquele que alega, nos moldes do artigo 156 do Código de Processo Penal, tais teses ficaram perdidas e vazias no feito.

Ademais, as declarações dos acusados apresentam contradições pontuais e importantes, em especial quando narram o momento da abordagem policial.

Enquanto DIEGO afirma que foram abordados juntos, após terem adquirido os entorpecentes na "biqueira" próxima ao bar em que assistiam o jogo, separados, MARCOS disse que foram abordados ao mesmo tempo, porém separados.

Na versão de DIEGO, caminhavam lado a lado, enquanto segundo MARCOS, estavam, cada qual, em um lado diferente da rua.

Além disto, MARCOS asseverou que estava no bar, assistindo ao jogo com seus amigos, mas não foi capaz de produzir qualquer testemunha que sustentasse sua versão esculpatória.

Não se pode perder de vista que, para a prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, não é necessária atividade estrita de mercancia, mas tão somente a realização de uma das ações especificadas no mencionado dispositivo, a saber:

> *Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito,* ***transportar, trazer consigo, guardar,*** *prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:* (grifo nosso)

No caso, tem-se que a conduta dos réus subsume-se a, pelo menos, três núcleos do tipo penal em comento, quais sejam: **ter em depósito, guardar e trazer consigo.**

Ainda que não tenham sido surpreendidos em atividade de mercancia, inarredável a responsabilidade.

Frisa-se, ainda, que a mera condição de usuário não exclui automaticamente a traficância, pois nada impede que o sujeito seja dependente de drogas e que também as comercialize, inclusive, para sustentar seu vício.

Não merece crédito a negativa, desprovida de qualquer elemento comprobatório, nem, tampouco, a tese de usuário, cabalmente refutada pelas declarações testemunhais.

Os acusados foram abordados por policiais que, em patrulhamento pela área, os perceberam em atividade suspeita, eis que alteraram abruptamente sua

Acesso ao Sumário

direção de caminhada na presença dos milicianos.

Devidamente revistados, logrou-se encontrar com MARCOS, o acusado que vestia marrom, as drogas, enquanto DIEGO era responsável pela guarda do dinheiro arrecadado.

Frise-se que os relatos dos policiais foram claros e coerentes ao descrever a conduta delitiva dos réus, bem como as circunstâncias que nortearam a prisão em flagrante.

Aliás, quanto aos depoimentos de testemunhas que exerçam função no combate diário à criminalidade, é pacífico o entendimento de que a simples condição de policial não enseja seu recebimento com reservas, já que colhidos sob compromisso de dizer a verdade.

Nesse sentido, a princípio, seus relatos têm força probatória e não podem ser tomados por suspeitos apenas e tão somente em virtude da função por eles ocupada.

Como sucede com qualquer testemunha, o valor do depoimento prestado deve ser avaliado com as outras provas angariadas no decorrer do processo, independentemente de a testemunha ser ou não policial.

Seus testemunhos não podem ser desprezados tão somente em virtude de sua condição funcional.

Para tanto, seria necessário trazer aos autos indícios concretos a justificar a parcialidade das testemunhas, não bastando a mera alegação de que mentiriam para justificar sua conduta.

E isto a defesa falhou em fazer.

Na hipótese vertente, verificou-se que os agentes não teriam por que mentir e incriminar injustamente o acusado, nem sequer os conheciam.

Ao contrário: foram bastante convincentes em suas afirmações, inexistindo quaisquer elementos aptos a desaboná-lo.

Não restou minimamente comprovado que detinham interesse no desfecho da ação penal, o que, novamente ressalta-se, não pode ser presumido tão somente pelo fato de exercerem função no combate à criminalidade.

Acesso ao Sumário

Portanto, é idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório.

Chega a beirar o absurdo, ainda, a alegação de DIEGO de que uma segunda viatura foi ao encontro dos policiais que os abordaram, transportando os entorpecentes apreendidos, somente para configurar o flagrante.

Difícil acreditar que funcionários públicos concursados tomariam tal medida somente com único objetivo de prejudicar rapazes que sequer conheciam.

Portanto, inarredável a responsabilidade pelo crime de tráfico de entorpecentes.

A condenação, como lançada, deve subsistir.

A dosimetria, por outro lado, comporta reparos.

Na primeira etapa, a Ilustre Magistrada sentenciante fixou a basal no mínimo legal.

Em virtude de recurso ministerial específico, e em atenção aos artigos 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal, entretanto, considerando a natureza e a grande quantidade de entorpecentes apreendidos, mais de 200 (duzentas) porções de cocaína e crack, de rigor o recrudescimento da basilar em 1/6 (um sexto), fixando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso.

Na segunda fase, mister o reconhecimento da menoridade relativa de MARCOS, a fim de retornar sua pena ao mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, mantendo, outrossim, a pena anteriormente estipulada para DIEGO.

Por fim, na terceira fase, em que pese a aplicação do redutor, pelo Magistrado de piso, tal medida não merece prosperar.

Com efeito, ainda que primários e de bons antecedentes, os acusados não comprovaram exercer atividade lícita. Ademais, o tráfico ilícito de entorpecentes representa vetor de outros delitos mais graves, causando enorme desassossego na sociedade e exigindo do Estado um maior rigor em seu tratamento. Impõe-se o afastamento do redutor.

As reprimendas, então, tornam-se definitivas em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, para MARCOS e em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, para DIEGO.

O regime de cumprimento da reprimenda deverá ser alterado para fechado.

Ao Magistrado compete estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.

No caso, a gravidade concreta da conduta dos apelantes, decorrente da quantidade e nocividade dos entorpecentes apreendidos e das peculiaridades da abordagem, exige tratamento mais rigoroso e severo, sendo a medida de rigor a fixação do regime inicial fechado, nos termos da Súmula nº 719, do Supremo Tribunal Federal.

Assim, tal regime é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, incutindo no acusado a terapêutica prisional.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, porquanto o estabelecimento de tal regime

Acesso ao Sumário

decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Sem mais delongas, impossível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois tal medida seria insuficiente e ineficaz à reprovação do agente e à repreensão do direito. Acrescente-se que a vedação encontra amparo no artigo 44 da Lei 11.343/06, também nos moldes do entendimento desta C. Câmara.

Ante o exposto, **nego provimento aos recursos defensivos** e **dou provimento ao recurso ministerial** para condenar **DIEGO DE CARVALHO PAIVA às penas de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, de reclusão, a ser descontada em regime inicialmente fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso** e **MARCOS EDUARDO SILVA SANTOS MACIEL às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no piso,** afastando-se a substituição da pena privativa de liberdade, e mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, comunique-se o Juízo da Execução sobre a alteração ocorrida.

Por fim, segundo recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 126.292/SP, confirmada a sentença condenatória em segundo grau, autorizado se torna o início de execução da pena. Expeça-se, oportunamente, mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004093-58.2011.8.26.0248, da Comarca de Campinas, em que é apelante ROGERIO CESAR DE SOUZA SAMPAIO, 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.592)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), WILLIAN CAMPOS e PAULO ROSSI.

São Paulo, 19 de outubro de 2017.

IVAN SARTORI, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Homicídio duplamente qualificado – Decisão dos jurados em consonância com as provas produzidas – Tese acusatória de autoria acolhida pelo júri – Qualificadoras (motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima) bem delineadas – Pena e regime bem fixados – Recurso desprovido.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal.

Pronunciado (fls. 548/55), recorreu em sentido estrito (fl. 570/3), sem sucesso (fls. 604/8).

Houve desaforamento às fls. 736/40, advindo, posteriormente, a dissolução do primeiro Conselho de Sentença (fls. 853/6).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sobreveio r. sentença de procedência, imposta a ele a pena de 15 anos de reclusão, regime inicial fechado (fls. 1107/8).

Recorre somente a defesa, buscando a anulação do julgamento, ao argumento de que manifestamente contrário à prova dos autos. Subsidiariamente, fala em: a) desclassificação para homicídio culposo ou lesão corporal seguida de morte; e b) afastamento das qualificadoras (fls. 1115/33).

Contrariedade a fls. 1135/44.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, é pelo desprovimento. Antes, fala na redistribuição à Colenda 15ª Câmara de Direito Criminal, dada a prevenção pela manutenção da r. decisão de pronúncia (fls. 604/8) e pelo desaforamento (fls. 736/40).

Recurso bem processado.

Os autos foram originariamente distribuídos à Eg. 13ª Câmara de Direito Criminal aos 13.05.2016 (fl. 1149).

Ao depois, em 10.05.2017, houve redistribuição a esta relatoria, por força da Resolução TJ n° 737/2016 e à Ordem de Serviço 14/2017, desta Seção (fl. 1160).

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Fica superada a redistribuição alvitrada pela ilustrada Procuradoria, diante do deslocamento do feito para esta Câmara Criminal Extraordinária, conforme atos acima referidos (fl. 1158).

Destarte, não se pode cogitar de prejuízo, como exige o art. 563 do CPP.

Passa-se ao cerne.

Acesso ao Sumário

A materialidade delitiva resulta da portaria inaugural de fl. 02, b.o. de fls. 03/5, b.o. PM de fls. 06/7v, documentos médicos de fls. 10/42, 132/351 e laudo necroscópico de fl. 100.

Já a autoria emerge da prova oral em solo policial, pretório e plenário.

Consoante a denúncia, o réu Rogério César Souza Sampaio, no dia 27 de março de 2011, por volta das 23h00, por motivo torpe e emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, matou R.C.S.S.J., de apenas 06 meses de idade.

É do caderno processual que o ora falecido era filho do apelante e de Maria José de Souza Moura Sampaio, os quais, ao azo dos fatos, discutiam por motivos de somenos importância, ocasião em que aquele pegou o filho no colo e, ainda discutindo, disse que iria sair.

Maria José tentou evitar que o increpado saísse com a criança, clamando pela ajuda da outra filha, J., a qual conseguiu fechar a porta do quarto para que o réu não saísse.

Ele, então, bastante alterado, passou a dizer que J. e a mãe queriam separar-se dele, mas que isso não ocorreria em relação ao filho, razão pela qual deixaria a casa em sua companhia. Maria José e J. tentaram tirar a criança dele, mas sem sucesso, dês que Rogério insistia, dizendo que já havia perdido tudo, o que não iria se repetir em relação à criança.

Em dado momento, ele, aparentando muita raiva, voltou-se contra a inocente criança e a arremessou com toda força ao solo, a qual sequer chorou ao chocar-se contra o chão.

Ato contínuo Maria José pegou o filho no colo e clamou pela ajuda de vizinhos, quando o recorrente pegou o carro e os levou ao hospital. Mesmo após intenso cuidado médico, a criança não resistiu aos gravíssimos ferimentos, falecendo aos 09 de abril de 2011 (cf. denúncia fls. 01/3d).

Na delegacia, o réu negou o ilícito. Disse que era casado com Maria José havia, aproximadamente, dois anos, advindo daí a única prole comum. Teve três filhos no primeiro casamento, ocorrendo que o primeiro nasceu prematuro e sobreviveu por apenas 02 dias, devido a problemas de ordem congênita. No dia dos fatos, estava com a família no carro, pois havia buscado J. em uma festa. No trajeto de volta para casa, envolveu-se em um pequeno acidente (sem registro de ocorrência policial), o que gerou uma discussão entre ele e Maria José. Chegando em casa, a esposa continuou discutindo, chamando-o de irresponsável, a par de dizer que queria a separação. A discussão se prolongou, mesmo com a presença do filho no quarto, que estava dormindo. Ficou bastante nervoso, até que, em dado momento, manifestou o desejo de sair com o menor para "esfriar a cabeça". Como já eram, aproximadamente, 23h30, Maria José, alegando que a criança estava gripada, não permitiu que eles saíssem. Insistiu, asseverando que o filho também era seu e que tinha o direito de sair com ele.

Acesso ao Sumário

Como ameaçou sair por diversas vezes, Maria José e a filha fecharam a porta do quarto. Permaneceu com o filho no colo todo o tempo, até a situação amenizar um pouco, instante em que, ao ver a porta entreaberta, tentou sair. Ajeitou o filho no colo e, ao projetar seu corpo para a frente, deixou-o cair. O infante caiu de costas, batendo a nuca no chão, e passou a chorar muito. Tinham o maior cuidado com J., dês que nasceu com "problema no fechamento da fontanela" e os médicos recomendaram o máximo cuidado. Socorreram-no imediatamente. A esposa mentiu para o médico, ao falar que o filho havia caído do beliche. Tem, aproximadamente, 1,78m de altura e a criança estava na altura de seu tórax (fls. 122/5).

Em pretório, contou a mesma versão, acrescentando que o acidente de trânsito a que se referiu envolveu uma motociclista. A esposa discutia em razão do que ele havia feito com o carro dela e, mesmo diante de sua promessa em consertá-lo, ela continuou a xingá-lo. O filho caiu do seu colo, quando ele, interrogando, abria a porta, ocasião em que sequer conseguiu abaixar para pegá-lo. A esposa pegou o filho e saiu correndo pedindo ajuda. Nunca disse, no hospital, que a criança tinha caído do beliche. Não foi questionado em momento algum. Não sabe o que a esposa falou ao dar entrada no hospital, dês que teve que voltar para casa para pegar alguns documentos. Após os primeiros atendimentos, o filho foi transferido para uma UTI, em Campinas, local em que falou para a médica e assistente social que a criança havia caído do seu colo. Posteriormente, teve que fugir por medo de linchamento, dês que populares estavam na porta de sua casa atacando pedras e prometendo matá-lo. J. estava no quarto, no momento em que o filho caiu no chão, a qual estava de costas para ele. J. tinha o fechamento da fontanela precoce. Segundo orientação médica, uma queda poderia ser fatal, dês que não haveria absorção do impacto. Tem um relacionamento normal com os familiares e continua casado com a Maria José (mídia de fl. 529).

Voltou a contar a mesma história no primeiro plenário, alegando, contudo, que queria sair com a criança para fazê-la parar de chorar. A esposa disse ter mencionado, no hospital, que o filho havia caído do beliche devido à pressão dos outros, que lançavam palpites sobre a causa (mídia de fl. 880).

E ao ser ouvido no segundo plenário, voltou a alegar inocência, asseverando que tudo não passou de um acidente fatal, dês que o filho escorregou de seus braços no instante em que abriu a porta do quarto (mídia de fl. 1101).

Mas, há outra versão.

J.C.P.C., ao ser ouvida na delegacia de polícia, disse que "*é irmã do bebê de seis meses, R.C.S.S.J. e sobre os fatos aqui apurados informa que, no domingo à noite (27.03.11), por volta das 23h30min, a depoente estava no seu quarto quando ouviu barulho de discussão entre sua mãe (Maria José) e*

Acesso ao Sumário

o marido Rogério César, os quais estavam no quarto do casal com o bebê 'Ju' (R.C.S.S.J.). Em dado momento, a mãe chamou pela depoente, que logo foi até lá. Nesse momento viu que o padrasto estava com o bebê no colo e dizia que iria sair com ele. Para impedir, a depoente logo fechou a porta do quarto e Rogério começou a dizer que sua mãe sempre estava querendo se separar, 'mas que o filho era dele'. Que Rogério insistia em sair com o filho e a depoente e mãe era contra e tentaram várias vezes sem sucesso retirar a criança dos braços dele, que se afastava. O padrasto estava alterado, mas ficava mais exaltado quando dizia 'que o filho era dele' e repetiu essa frase muitas vezes. Além dessas frases, Rogério dizia 'já tinha perdido tudo e que o filho não iria perder' e em dado momento, em meio a uma dessas frases, com fisionomia de 'muita raiva', pegou a criança que estava em seu colo e lançou, arremessou contra o chão. Que, seu irmão sequer chorou e quando a depoente e a mãe correram para socorrê-lo, ele estava sem sentidos e com um lado da cabeça 'amassado'. Sua mãe que é enfermeira, percebeu que o caso era grave, pegou o bebê no colo e saiu para a rua, pedindo ajuda. Nesse momento o padrasto agressor, tirou o veículo da garagem e levaram o bebê para o Hospital Santa Ignês. A depoente ficou em casa e muito desesperada saiu pela rua chorando, até chegar na casa da avó e contar o ocorrido. A avó foi para o hospital e lá disse que sua mãe afirmou que seu padrasto tinha 'jogado o filho contra o chão'. Esclarece que sua mãe contou que no Hospital tinha informado que o bebê tinha caído do beliche, pois providências contra o marido. Seu irmão foi atendido no Santa Ignês e depois transferido para o Hospital Madre Theodora, onde encontra-se internado em UTI. Deseja deixar claro que seu padrasto Rogério não era agressivo com o filho, era pessoa de comportamento normal e que não era costume discutir com sua mãe, não sabendo dizer o motivo da briga ocorrida na data do fato. ***Acrescenta ainda que viu claramente, porque estava de frente com o padrasto, o momento em que ele lançou o filho com força e violência ao solo, tendo o bebê caído 'de lado', mas não sabe dizer, porque não se recorda, face ao nervosismo da ocasião, em que posição o bebê estava quando foi arremessado, pode dizer com certeza que ele caiu de lado e nem se mexeu, desfalecido que ficou***." (fls. 43/4 – grifo no original).

Acesso ao Sumário

Foi secundada por Raimunda Almerinda de Souza, a avó materna, quem disse, na fase inquisitiva, que a neta chegou chorando muito, dizendo que o irmão iria falecer porque o increpado o havia jogado no chão. Como a neta estava bastante nervosa e não conseguia explicar o que havia acontecido, dirigiu-se ao hospital, onde o vitimado estava sendo atendido. Lá, encontrou com a filha, quem, desesperada, lhe contou que Rogério havia mesmo jogado o filho contra o chão. O réu também estava no hospital, mas não questionou o casal, deixando para fazê-lo posteriormente, quando as coisas estivem amenizadas (fls. 45/6).

Os milicianos Douglas Corrêa Dias Santos e Diego Laranjeira disseram

ao douto delegado de polícia que receberam informação, via COPOM, dando conta de um bebê que havia sido agredido pelo pai, o qual o teria arremessado com violência contra o chão. Diligenciaram nos hospitais, sucedendo que localizaram o vitimado que estava passando por atendimento no hospital Santa Ignês. Em conversa com o pediatra que o atendeu, Dr. Antônio C. Girotto Júnior, obtiveram informações de que ele apresentava "politraumatismo de crânio e sangramento no rim" e que os pais apresentaram três informações diferentes acerca dos ferimentos (que o filho caiu do beliche; caiu da cama; e caiu do colo do pai). Passo seguinte, foram à residência dos envolvidos, onde foram atendidos por J., quem, após detalhar os fatos, disse que o padrasto, reafirmando que o filho era dele e pedindo para ver como de fato era, arremessou a criança com toda violência contra o chão. A criança sequer chorou (fls. 47/50).

Antônio Carlos Girotto Júnior, o médico, ao ser ouvido na delegacia, disse que foi acionado pelo plantonista para auxiliar no atendimento do vitimado, que apresentava quadro gravíssimo. Estava acompanhado do seu pai, que é coordenador da pediatria do Hospital Santa Ignês. A criança apresentava rebaixamento importante do nível de consciência. Constataram fratura de crânio bitemporal linear com lesão cerebral importante. Os exames apontaram, ainda, possível lesão no fígado além de anemia. A mãe, por ser enfermeira, compreendia os termos técnicos que passava. Ela, na ocasião, primeiramente disse que o filho caiu da cama, mas ao ser questionada, passou a dizer que a queda foi do beliche, primeiro porque estava brincando com a irmã, depois, em nova versão, porque estava brincando com o pai. Como no hospital não tinha UTI, providenciou a transferência para um nosocômio de Campinas. Enquanto a criança esteve em Indaiatuba, considerou a possibilidade de ela ter caído do beliche, mas, ao depois, com a realização de exames mais detalhados no outro hospital, a demonstrar lesões no fígado, baço e no rim, além de múltiplas lesões, levantou a hipótese de maus tratos. Enquanto a coordenadoria do hospital providenciava a denúncia em tal sentido, foram procurados pelos policiais militares, que compareceram para apurar delação anônima. Acionaram o Conselho Tutelar (fls. 53/4).

E, ainda, que bastante uniformes e cristalinos os depoimentos dados na fase inquisitiva, parte dos envolvidos mudaram suas versões em juízo.

Maria José de Souza Moura Sampaio, ao ser ouvida em juízo, confirmou a discussão com o marido e que não o deixou sair com o filho. Não sabe como a criança caiu do colo do pai, dês que foi tudo muito rápido. Ele, de imediato, alegou que foi um acidente. A filha, J., não presenciou os fatos, porque estava de costas, quem disse, ainda, que foi muito pressionada na delegacia, por isso acabou falando o que eles queriam, apesar de estar acompanhada de sua mãe e de uma advogada. Não se recorda de ter falado para o médico que o filho havia caído da cama ou do beliche. Apenas disse que o filho caiu. O marido era bastante presente e carinhoso com o filho e enteadas. Acredita que J. tenha caído

Acesso ao Sumário

do colo de Rogério, quem, no meio de uma discussão calorosa, preparava-se para sair com o bebê. O filho nasceu com as fontanelas fechadas, o que faz com que uma queda possa ser muito mais grave do que o normal (mídia de fls. 425).

Em plenário, contou a mesma história, ocasião em que apresentou os exames médicos do vitimado, a apontar fechamento precoce das fontanelas, culminando com a dissolução do conselho de sentença. Estava muito nervosa, por isso não se recorda das diversas versões dadas por ele na ocasião da internação do vitimado. Ao atingir o solo, a criança chorou e, durante o trajeto, até o hospital, gemia um pouco (mídia de fl. 880).

J.C.P.C. inovou dizendo que estava de costas no momento que J. caiu no chão, não tendo como explicar como ele caiu no chão. Enquanto a mãe e o padrasto socorriam J., dirigiu-se à residência da avó, para quem disse que o irmão iria morrer. Estava muito nervosa e não sabia o que estava dizendo. Não se recorda de ter dito que o increpado jogou o filho no chão. Falava, na delegacia, que não tinha como afirmar que o réu tinha jogado o filho no chão, porque não tinha visto tal fato. Apenas achou que isso poderia ter ocorrido, dês que, após ter visto o irmão no colo do pai, o viu no chão. Mesmo assim foi muito pressionada a dizer que o tinha visto jogar o filho no chão. Estava acompanhada da avó e de uma advogada. A criança não chorou ao chocar-se contra o chão. Não leu o seu depoimento na delegacia de polícia, mas acredita que a advogada o tenha feito. Não é verdade o que consta em seu depoimento na fase inquisitiva. A criança estava caída um pouco longe da porta de saída. Na delegacia, realmente falou que o increpado atirara seu irmão contra o chão, mas não foi isso que aconteceu. Houve muita pressão, ocasião em que, inclusive, diziam que ela seria presa. A advogada que a acompanhava na delegacia sequer leu seu depoimento. Não denunciaram a causídica junto à OAB (mídias de fls. 425 juízo; e 880 plenário).

Raimunda Almerinda de Souza também alterou a versão dada anteriormente. Ficou sabendo do caso por conta de J., que, chorando, chegou em sua casa dizendo que J. iria morrer. A neta, a filha e o genro não falavam coisa com coisa. Não conseguia entender o que havia acontecido. J. em momento nenhum disse que o réu jogara o filho no chão. Também sofreu bastante pressão na delegacia, para incriminar o genro. Assim como J., disse coisas que não deveriam ser ditas. Estava acompanhada de advogada, quem não tomou nenhuma atitude. A delegada dizia para falar coisas que não tinha visto. Leram o depoimento para ela, mas não entendia muito bem, porque estava muito nervosa. J. e a filha não lhe falaram que Rogério havia jogado a criança no chão. Não acredita que Rogério tinha a capacidade de matá-la. J. foi muito pressionada na delegacia e, a todo o momento, eles ameaçavam prendê-la (mídias de fls. 425 e 880).

Contudo, ainda que tenham essas testemunhas tentado minimizar sua responsabilidade, as demais provas produzidas em juízo secundaram a acusação,

Acesso ao Sumário

tal como consta na peça de incoação.

É que os policiais militares oficiantes Diego Laranjeira e Douglas Correa Dias Santos foram firmes em seus testemunhos, ratificando, em juízo, sua versão administrativa e em todos os seus termos, como relatado na peça matriz. Asseveraram que J., bastante nervosa, confirmou que o réu, após calorosa discussão com a esposa, arremessou a criança ao solo. Após conversas com o médico que atendeu a criança, tomaram ciência das diversas versões apresentadas pela genitora. Não localizaram o réu (fls. 442/3 e mídia de fl. 425).

Ângela Aparecida Pereira de Moraes, policial civil, disse ter feito a escrivania deste feito. Tanto ela, a depoente, como a autoridade policial formularam perguntas às partes e testemunhas. Bem se recorda das oitivas de J. e Raimunda, as quais se fizeram presentes na companhia de uma advogada. Em momento algum elas foram pressionadas pela depoente ou pela autoridade policial. J. disse que a criança caiu desfalecida no solo, após o pai tê-la atirada no chão. No mesmo sentir o depoimento prestado pela Dona Raimunda. Trabalha há, aproximadamente, vinte anos na mesma delegacia e alguns casos chamam muito a atenção, como na espécie, por isso recorda-se com detalhes dos fatos. A notícia chegou à delegacia de polícia por intermédio dos milicianos, que foram acionados para apurar delação anônima. Os policiais militares confirmaram que J. lhes confidenciou que o pai havia atirado o filho contra o chão (mídia de fl. 880).

Não é de suspeitar-se da narrativa dos detentores, em inexistindo fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha.

Nessa senda:

"(...) Com relação à prova condenatória - depoimentos de policiais - sempre afirmo que os depoimentos dos policiais envolvidos nas diligências devem ser analisados como os de qualquer outra pessoa. E, por uma questão lógica e racional, eles preponderam sobre a declaração de quem é acusado de um delito, pois geralmente este tenta fugir de sua responsabilidade penal. Ora, não se imagina que, sendo o policial uma pessoa séria e idônea e sem qualquer animosidade específica contra o agente, ele vá a juízo mentir, acusando uma pessoa inocente. Sua declaração, como a de todas as outras testemunhas e vítimas, deve ser examinada apenas pelos elementos que contém. Confrontar-se-á com as outras provas obtidas na instrução e até com qualidade da pessoa que depôs. Se a prova sobrevive após esta análise, ela é forte para a condenação, não importando quem a trouxe. (...)" (STJ – HC 372.072, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 22.02.2017);

"(...) 5. A eficácia probatória do testemunho da autoridade policial não pode ser desconsiderada tão só pela sua condição profissional, sendo

Acesso ao Sumário

plenamente válida para fundamentar um juízo, inclusive, condenatório. Precedentes. (...)" (STJ – HC 314.454/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17.02.2017);

"(...) 2. Os depoimentos de agentes policiais, sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade, sendo aptos a confirmar a prática delitiva, em especial quando corroborados por outras provas e ante a ausência de elemento desabonador quanto aos relatos por eles prestados. (...) Acresça-se, ainda, que esta Corte possui entendimento firme no sentido de que o depoimento policial prestado em juízo, como in casu, constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. A propósito: AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 17/11/2016." (STJ – AREsp 1.013.235/DF, Rel.

Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.02.2017).

Também desta Casa de Justiça:

"(...) E não há que se desmerecer a palavra dos policiais, pois não são suspeitos, apenas pela função que ocupam. Ao revés, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante" (Apelação nº 0000225-90.2015.8.26.0617, 4ª Câmara Criminal, Rel. Camilo Léllis, j. 14.02.2017).

Foram secundados, ademais, por Antônio Carlos Girotto Júnior, o médico, quem reiterou que a criança foi apresentada no hospital em estado gravíssimo. A mãe, bastante desesperada, deu versões diversas para justificar a queda do filho. A princípio, achou que poderia ter ocorrido uma queda do beliche. Fontanela é a "moleira". Recorda-se vagamente de o vitimado ter a fontanela fechada, por já tê-lo atendido no hospital em outras ocasiões, mas tal fato não teve relação alguma com o acidente que vitimou Júnior (mídia de fl. 425).

Antônio Carlos Girotto, por sua vez, disse que foi acionado pelos médicos que deram o primeiro atendimento. Passou pelo pai do vitimado, que estava chorando no corredor do hospital, sendo este o único contato que teve com ele. A criança estava em estado bem grave. A criança foi entubada, após os exames revelarem fratura de crânio bilateral. Providenciaram a transferência dela para outro nosocômio, onde teria unidade de terapia intensiva. Na manhã seguinte ao atendimento, pela sonda renal, puderam observar que a criança tinha um sangramento no referido órgão. Conversou somente com a mãe da criança,

Acesso ao Sumário

quem disse que a criança caiu do beliche. Não tem conhecimento de outras versões. Fechamento precoce da fontanela, chamado de crânio cinostose, refere-se à soldadora das partes ósseas antes da idade regular. Este fechamento ocorre lentamente. Trauma abdominal fechado é uma lesão de vísceras sem escoriações, marcas ou lesões aparentes. Isto é frequente em crianças, com históricos bem definidos, ocasião em que impactos razoáveis pelas pessoas que as circundam. Não sabe se um cinto de segurança veicular pode ocasionar este tipo de lesão em crianças. Ele pode ser letal, porém não tão doloroso, mas suficiente para levar o paciente a choque. Ao azo do primeiro atendimento não perceberam tais lesões no vitimado, a não ser aquele do crânio. As lesões descritas no laudo de atendimento médico causam muita dor, mas como a criança estava inconsciente não tinham referência alguma. Se estas lesões tivessem ocorrido antes da queda, que gerou o trauma craniano, a criança teria sentido muita dor (mídia de fl. 880).

Flávio Butori Lopes de Faria, médico legista subscritor do laudo de exame necroscópico de fls. 100, complementado à fl. 781, disse que a cabeça de uma criança é resistente a impactos. Devido aos espaços deixados pelas fontanelas, eles não fraturam facilmente, precisam de um impacto de extrema intensidade. O vitimado apresentava lesões gravíssimas, além das fraturas, tinha destruição das faixas de tecido fibroso, por onde saia a massa encefálica. Por isso, concluiu que os ferimentos eram incompatíveis com uma queda de pequena altura. A vítima não possuía anomalia craniana nenhuma. Não havia o fechamento precoce das fontanelas, que, aliás, é uma doença rara. Em análise ao documento médico juntado pela defesa em sessão de julgamento, o depoente bem observou os espaços existentes entre as fontanelas do vitimado, que estavam bem preservados, não havendo fechamento precoce. E, ainda que este fosse o caso, de modo algum haveria minoração das lesões, pelo contrário, poderia haver lesões mais graves, dado não haver espaços para dilatação dos edemas. A queda de uma criança do colo de um adulto de, aproximadamente, dois metros de altura, em hipótese alguma causaria as lesões apresentadas pela vítima. As lesões abdominais fechadas apresentadas podem ser compatíveis com queda ou espancamento, por exemplo, mas de modo algum, em acidente veicular, onde a criança é projetada para frente, mas segurada por um adulto. Redução na fontanela anterior em uma criança de 07 meses é natural, o que não se confunde com a ausência dos espaços, como ocorre em um crânio de adulto. No vitimado, não existia a fusão total dos ossos do crânio (os ossos fundidos um no outro). "*... sou médico legista faz trinta anos, eu nunca vi um traumatismo numa criança tão grave como este aí, entendeu. Então, eu já vi crianças que foram, que bateram a cabeça na parede, fizeram o diabo, mas um traumatismo grave como este, eu nunca tinha visto (...). Me chamou muito a atenção, quando eu recebi, coloquei no laudo direto, geralmente eu não faço isso, porque o traumatismo craniano era muito grave, então o impacto tinha*

Acesso ao Sumário

que ter sido muito grande". Um traumatismo desta gravidade é incompatível com uma queda de 1,80m. Seria compatível com uma queda de quatro, cinco metros, de cabeça no chão (mídia de fl. 880).

Carlos Augusto Ramos Amaral, também legista, subscritor do parecer médico de fls. 932/72, bem descreveu o que são fontanelas, o seu fechamento precoce e craniossinostose. Asseverou que o laudo de Tomografia Computadorizada (fls. 884/91), realizado no vitimado aos 16.11.2010, quando contava 72 dias de vida, apontou que a fontanela posterior se encontrava bastante estreitada e a anterior ainda estava aberta, mas com tamanho reduzido. Disse, ainda, que a simples queda acidental de uma pequena altura (colo de um adulto) é incompatível com a extensão e gravidade dos ferimentos observados na vítima, para os quais se faz necessário uma elevada sinergia provocada ou por arremesso de instrumento sobre o crânio ou arremesso da vítima de altura maior (mídia de fl. 1101).

Outrossim, não socorrem o acusado os testemunhos de Eleni de Fátima Torrecilia Marquezoni, Irene Almeida da Silva, Maria Aparecida Gomes da Silva, Valdomiro Marquesane, Maria Cristina da Silva, Luiz Carlos de Souza e Adão de Almeida, quem não presenciaram os fatos, limitando-se a tratar de suas qualidades pessoais (mídias de fls. 529, 880 e 1101).

Com esse conjunto probatório, adveio a condenação popular, veredito que guarda absoluta consonância com o apurado, como visto.

E a forma como se sucederam os fatos, a par dos ferimentos sofridos pela vítima, a demandarem imediata intervenção médica (cf. prontuários médicos acostados às fls. 10/42 e 132/351), secundam a decisão dos jurados, mostrando-se bem presente o "animus necandi", circunstância essencial que sepulta a desclassificação perseguida.

Também patentes: a) o motivo torpe, eis que agiu o homicida em represália à genitora da vítima, que, ante a manifestação em querer a separação, quis demonstrar que era o pai da criança e que caso não ficasse com o filho, este também não ficaria com a genitora; e b) a impossibilidade de defesa da vítima, dês que o acusado, de inopino, a arremessou violentamente ao chão.

Acrescente-se que a atitude tomada pelo increpado impossibilitou, inclusive, qualquer reação por parte da genitora e irmã do vitimado, que estavam presentes ao azo.

Nem era de proceder-se ao minucioso exame probatório acima, bastando dizer que farta a jurisprudência no sentido de que a decisão submetida à apreciação do Conselho de Sentença somente pode ser anulada se evidentemente contrária à prova dos autos, ou seja, aquela que não se mostra fundamentada em nenhum elemento do processo.

Não é o que se constata na espécie, como visto, dês que o júri escolheu

Acesso ao Sumário

uma das teses a ressumbrar da prova, estando bem lastreada a condenação popular.

A respeito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA COERENTE COM A PROVA COLHIDA NOS AUTOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. A teor do entendimento desta Corte, não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que acolhe uma das versões respaldadas no conjunto probatório produzido. 2. As delações de corréus, produzidas na fase inquisitorial e em juízo, em consonância com as demais provas produzidas na fase judicial da persecução penal, são elementos idôneos para subsidiarem a condenação do agente, como na hipótese, em que a delação do corréu (fls. 291-293) foi corroborada pelo depoimento de testemunha em juízo (fls. 355-356). 3. Assim, demonstrada, pela simples leitura do acórdão impugnado, a existência de duas versões, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de afronta à soberania dos veredictos. 4. (...) 5. Recurso Especial conhecido e improvido." (STJ – REsp 1.085.432/AC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 05.04.2016).

No mesmo diapasão, precedentes desta Casa de Justiça:

"(...) Processo penal. Júri. Crime de homicídio qualificado. Pretendida anulação do julgamento, sob o argumento de que a decisão dos jurados contraria a prova dos autos. Impossibilidade. A decisão não é manifestamente contrária à prova dos autos, porque encontra respaldo em uma das versões verossímeis existentes. Precedentes citados. Recurso de MARIA JULIA desprovido." (Apelação nº 0006464-29.2011.8.26.0366, 9ª Câmara Criminal, Rel. Des. Souza Nery, j. 09.05.2017);

"HOMICÍDIO SIMPLES - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS - Impossibilidade - I - Não deve ser provido o apelo que se insurge contra a condenação do acusado, quando há nos autos prova segura, que indique a participação do mesmo no crime em comento. II - diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, para que seja acolhido recurso apelatório com base em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que o decisum proferido pelo Conselho de Sentença se apresente absolutamente divorciado do contexto probatório, o que não ocorre na espécie, devendo, portanto, ser mantida a sentença condenatória" (Apelação nº 9000069-37.2010.8.26.0224, 12ª Câmara, Rel. Paulo Rossi,

Acesso ao Sumário

j. 26.03.2014);

"TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. VEREDICTO DISSOCIADO DAS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS APRESENTADAS. JURADOS QUE DECIDIRAM POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS NOS AUTOS POSSIBILIDADE. Proferido o veredicto do Júri com base nas provas dos autos, de forma não arbitrária, descabe a realização de novo julgamento. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação nº 9000002-72.2010.8.26.0515, 4ª Câmara, Rel. Willian Campos, j. 25.03.2014).

Passa-se ao exame do apenamento.

As bases foram majoradas de 1/6, eis que duas as qualificadoras, tendo sido uma delas utilizada como circunstância judicial desfavorável, partindo-se de 14 anos de reclusão.

Nessa senda:

"HOMICÍDIO – materialidade – prova oral e o laudo confirmam que se iniciou execução de homicídio com intuito de ceifar a vida da vítima, patente, portanto, o animus necandi, não tendo se consumado o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente – animus necandi – demonstrado pela prova oral – golpes de faca na cabeça da vítima que apenas cessaram em razão da chegada de vizinhos – decisão não manifestamente contrária à prova dos autos – soberania dos vereditos – Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal. QUALIFICADORA – motivo fútil – crime que se deu porque a vítima pediu que o acusado abaixasse o volume da televisão – motivo desproporcional. QUALIFICADORA – recurso que dificultou a defesa do ofendido – acusado que de inopino atingiu a vítima com golpes de faca. PENA – primeira fase – pena base majorada – segunda fase – duas agravantes – mantença – terceira fase redução pela tentativa – mantença negado provimento ao recurso com determinação. (...) Na primeira fase a pena foi majorada em um sexto em razão da qualificadora excedente, o que se mostra escorreito. Havendo mais de uma qualificadora, a segunda foi utilizada nesta fase. Desta forma, mantenho a pena base de 14 anos de reclusão..." (Apelação Criminal nº 0000027-09.2015.8.26.0567, 6ª Câmara Criminal, Rel. Lauro mens de Mello, j. 03.08.2017).

Ao depois, presentes as majorantes da reincidência (fl. 07 do apenso – falso testemunho) e do crime praticado contra descendente (art. 61, I e II, "e", do CP), os escarmentos foram majorados para 15 anos de reclusão, tornada essa sanção definitiva, ante a ausência de circunstâncias modificadoras.

O aumento poderia ter sido maior, em sendo duas as majorantes, mas, ausente recurso da acusação, nada se pode fazer.

Acesso ao Sumário

Fixou-se o regime fechado, como de rigor (art. 33, § 2º, "a", do Estatuto Repressivo).

Expeça-se mandado de prisão, de imediato, porque suficiente, para tanto, o julgamento em 2º Grau e independentemente de embargos de declaração, conforme o HC 126.292, ADC's 43 e 44, ARE, com repercussão geral, 964.246.

Destarte, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015814-63.2012.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante R.S.P., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao apelo para absolver R.S.P., com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Apelação criminal. Estupro de vulnerável. Mãe que teria se omitido quando tinha obrigação legal de impedir abuso perpetrados pelo marido, padrasto das crianças. Absolvição. Havia dúvida acerca da credibilidade dos relatos das infantes que a impedia de conhecer a verdade dos fatos. Ao perceber, denunciou à polícia. Inexistência de provas de outras omissões. Apelo provido.

VOTO

R.S.P. foi condenada pela MMª. Juíza de Direito do Anexo de Violência Doméstica e Familiar da comarca de Suzano por infração ao artigo 217- A, do Código Penal, por duas vezes, ao cumprimento de 35 (trinta e cinco) anos de reclusão, no regime prisional fechado (fls. 391/413).

O feito foi desmembrado em relação ao corréu M.J.S., conforme fl.

Acesso ao Sumário

303vº.

Apela a Defesa pleiteando a absolvição por insuficiência probatória da efetiva ciência de que seu companheiro praticava os estupros contra suas duas filhas, arguindo que a ré tinha motivos para não atribuir a devida credibilidade aos relatos das adolescentes, eis que estas tinham o hábito de fazer afirmações e, em seguida, dizer que se tratavam de invenções suas, fato confirmado pelo relato de J., irmã mais velha das vítimas. Subsidiariamente, requereu a redução da reprimenda e fixação do regime prisional menos gravoso (fls. 447/453).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 458/468), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 470/476).

É o relatório.

Extrai-se da denúncia que, entre os anos de 2.011 e 2.012, na Rua (...), comarca de Suzano, M.J.S., prevalecendo-se de relações domésticas e familiares contra a mulher, de forma continuada, teve conjunção carnal e praticou outro ato libidinoso com suas enteadas T.S.P., adolescente de 13 (treze) anos de idade e V.S.P., com 11 (onze) anos à época em que os abusos se iniciaram. Consta que no mesmo tempo e local, R.S.P., genitora das menores, teria concorrido para a prática do crime acima descrito, omitindo-se, quando tinha obrigação legal de cuidado para impedir que seu amásio, o corréu M., cometesse o delito.

Relata a peça inicial que em determinada oportunidade, as vítimas foram levadas à Unidade Básica de Saúde do bairro Jd. Alterópolis, momento em que o médico plantonista, tendo constatado os abusos sexuais, entregou um documento à ré, para que fosse elaborado um boletim de ocorrência. Contudo, R., além de não noticiar o fato à autoridade policial, ainda rasgou o documento na frente das filhas e do denunciado, como prova do amor que sentia por ele.

É caso de absolvição.

Na delegacia de polícia, R. consignou que conviveu com M. por cerca de três anos, até que tomou conhecimento dos abusos e separou-se dele. Disse que à época dos fatos trabalhava fora o dia inteiro e, em certa ocasião, sua vizinha "L." perguntou-lhe se tinha conhecimento de que M. estaria abusando de suas filhas, fato que a motivou questionar as menores, ao que elas responderam que as afirmações eram brincadeiras, que não tinha sido M. e que inventaram a acusação porque não gostavam do padrasto. Afirmou que no dia do registro do primeiro boletim de ocorrência estava trabalhando quando sua filha J. ligou dizendo que a vizinha teria levado T.S.P e V.S.P. para a delegacia de polícia, então foi até o plantão policial, onde todos foram ouvidos. Ressaltou que antes desses fatos, sua filha V. reclamou com dores e assaduras, então a levou ao médico ginecologista, o qual disse que havia sinais de que sua filha estava sendo "mexida" e que deveria registrar ocorrência na delegacia, mas que não foi, porque não tinha certeza se o autor de tais acusações seria realmente M. Acrescentou que no

Acesso ao Sumário

dia 17 de março de 2.013, foi ao supermercado e, ao retornar, surpreendeu M. mantendo relações sexuais com sua filha T., então "*nesse momento a ficha caiu*" (sic), ligou para a polícia e o agressor saiu, sendo esse o último dia que viu M. Consignou ter notado que T. não estava sendo forçada à prática criminosa, razão pela qual a questionou, ao que a adolescente respondeu que "*fez aquilo porque a declarante havia traído o pai dela e ela resolveu trair a mãe*" (fls. 78/79).

Em juízo, o relato de R. restou absolutamente harmônico. Negou que tivesse rasgado o encaminhamento médico para registro de boletim de ocorrência policial, apenas o guardou. Ressaltou que quando viu o réu abusar de sua filha, foi à delegacia de polícia e registrou o fato (mídia audiovisual).

A vítima T.S.P. relatou na fase policial que era abusada nas ocasiões em que sua genitora R. estava fora de casa, trabalhando. Afirmou que M. colocava o pênis dele em sua vagina, mas ao relatar os fatos a sua mãe, ela não acreditava. Disse que certa vez, juntamente com sua irmã, foi levada ao posto de saúde e ambas contaram sobre os abusos, então deram um documento a sua mãe para que elaborasse o boletim de ocorrência, contudo, ela nada fez, rasgou o papel na frente de V., dizendo que era uma prova de amor a M. (fl. 10). A outra vítima, V.S.P., por sua vez, confirmou o relato prestado por T.S.P., na fase inquisitória, ressaltando que sua genitora rasgou o papel fornecido pelo médico (fl. 11).

Ocorre que em juízo, seus relatos não corroboraram suas assertivas consignadas na delegacia de polícia, embora tenham reafirmado que foram vítimas de estupro e que, no início, ao relatar os fatos a sua mãe, ela não lhes deu credibilidade.

Sob o contraditório, a vítima T.S.P. disse que na ocasião em que sua genitora a levou ao médico, constatou-se que ainda era virgem, mas foi fornecido a sua mãe um papel para registrar boletim de ocorrência, o que ela optou por não fazer. Acrescentou que em outra data, quando sua mãe viu seu padrasto estuprando-a, ela passou a acreditar, chamou a polícia e pediu-lhe desculpas (mídia audiovisual).

Em juízo, V.S.P. disse que M. a estuprou, mas que ao relatar os fatos a sua mãe, ela não acreditou. Disse que na oportunidade em que foi atendida pelo médico não foi constatado o estupro. Ressaltou que não gostava do M. porque foi com ele que sua mãe traiu seu pai. Afirmou que quando o médico falou para sua genitora que tinha sinais de abuso em seu corpo, sua mãe mandou M. embora e não mais aceitou ele de volta. Negou que sua mãe tivesse rasgado o papel fornecido pelo médico, afirmando que ela apenas o guardou na carteira (mídia audiovisual).

Estranhamente, os exames sexológicos restaram negativos para conjunção carnal em relação a ambas as vítimas (fls. 30 e 32).

J. é irmã de T.S.P. e V.S.P. Relatou na fase judicial que suas irmãs tinham

Acesso ao Sumário

o hábito de "*andar pelos matos*" com outros meninos, por isso, sua mãe não tinha certeza se os supostos abusos teriam sido praticados por M.. Aduziu ter conhecimento de que suas irmãs não gostam do padrasto porque sua mãe deixou o pai delas para ficar com M. Negou que sua genitora tivesse rasgado o documento que recebeu do posto médico. Ressaltou que, em sua opinião, suas irmãs não falaram a verdade, visto que elas sempre acabavam negando as acusações que faziam, dizendo que mentiam porque não gostavam do M. Afirmou que quando sua mãe viu M. abusando de sua irmã, ela o denunciou (cf. mídia audiovisual).

É compreensível que os fatos, em um primeiro momento, causem espanto, eis que se trata de uma mãe que não deu credibilidade aos relatos de abusos vindos de suas duas filhas, acusando o padrasto. Contudo, é de se ressaltar que R. tinha razões para desacreditar das versões de V.S.P. e T.S.P. até que, por fim, presenciou uma das vítimas sendo estuprada, quando então registrou a ocorrência e mandou seu companheiro embora.

E diz-se que R. tinha razões para desconfiar da veracidade do relato de suas filhas porque sabia que as vítimas não gostavam de seu companheiro. Nesse sentido, veja que ao ser ouvida sob o contraditório, V.S.P., disse que não gostava de M. porque foi com ele que sua mãe traiu seu pai. E mais. Segundo relatos da irmã mais velha, a J., é certo que V.S.P. e T.S.P. tinham o hábito de acusar M. e depois dizer que era apenas invenção, porque não gostavam do padrasto.

Não se discute nestes autos a autoria dos estupros, apenas a eventual conduta omissiva da corré R. Isso porque os autos foram desmembrados em relação a M.

Ocorre que no conjunto probatório não restou demonstrada a contento a omissão de R., muito menos a conduta relatada pela denúncia, consistente em rasgar o encaminhamento médico na frente de sua filha vítima de estupro, como prova de amor ao agressor.

O desate absolutório é de rigor.

Frente ao exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo para absolver R.S.P**.**, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. **Expeça-se alvará de soltura clausulado.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0057027-29.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRISTIAN DAVI DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE

SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), AIRTON VIEIRA e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2018.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: ROUBO – Impetração visando à alteração do regime para o aberto ou semiaberto e a detração penal na fixação de tal regime - IMPOSSIBILIDADE – Recurso que não discute a autoria ou a materialidade delitiva – Inviável a alteração do regime diante da ousadia demonstrada pelo réu com o uso de arma de fogo e conduta da vitima – Detração penal que já foi realizada pela VEC. Réu que cumpre pena no regime semiaberto – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Não se conformando com a r. decisão de fls. 190/196, dos autos, contra ela recorre **CRISTIAN DAVI DOS SANTOS**, pedindo sua reforma. Viu-se o apelante condenado por fato ocorrido em 10 de julho de 2016, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso I do Código Penal, a cumprir em regime inicial fechado, as penas de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

A Defesa Apelante requer a alteração do regime e a consideração da regra existente no artigo 386, §2º, do Código de Processo Penal (fls. 208/210).

Recurso no prazo, regular, respondido (fls. 214/215). Manifestando-se nos autos, o Procurador de Justiça se posicionou pelo não provimento do apelo (fls. 223/227).

É O RELATÓRIO.

Consta da denúncia, em síntese, que CRISTIAN DAVI DOS SANTOS, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo, subtraiu um telefone celular da vitima.

A defesa não discute a autoria, nem a materialidade delitiva, apenas busca alterar o regime de cumprimento da pena para o aberto ou semiaberto e requer a observância da regra existente no artigo 386, §2º, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

O regime inicial fechado é o adequado para a reprovação e prevenção do crime praticado, de forma que o agente absorva a terapêutica prisional e sinta o peso de sua responsabilidade pela prática delitiva, tratando-se de situação gravosa, que enseja esse rigor.

Nesse sentido:

"REGIME PRISIONAL. ROUBO À MÃO ARMADA. MODALIDADE FECHADA. NECESSIDADE: - O REGIME PRISIONAL FECHADO É O MAIS COMPATÍVEL COM A GRAVIDADE DO CRIME DE ROUBO PRATICADO À MÃO ARMADA, UMA VEZ QUE TAL DELITO GERA GRANDE INTRANQÜILIDADE SOCIAL E REVELA PERICULOSIDADE DE SEUS AGENTES, EXIGINDO-SE, DAÍ, MAIOR RIGOR NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, MÁXIME QUANDO PRESENTE A REINCIDÊNCIA." (Apel. 1121045/0, Rel. PIRES NETO, 1ª Câm., v.u).

"REGIME PRISIONAL. FIXAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. MODALIDADE FECHADA. NECESSIDADE: - EM SE TRATANDO DE CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, É NECESSÁRIA A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO, POIS SE TRATA DE UMA DAS MAIS INQUIETANTES EXPRESSÕES DA CRIMINALIDADE ATUAL, HOJE CENTRADA NO ATAQUE VIOLENTO AO PATRIMÔNIO ALHEIO, SENDO IRRELEVANTE QUE A SANÇÃO CORPORAL TENHA SIDO ESTABELECIDA NO PATAMAR MÍNIMO, JÁ QUE TAL DETERMINAÇÃO DEVE SER FEITA NOS TERMOS DO § 3º DO ART. 33 DO CP, COM OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS PREVISTOS NO ART. 59 DO MESMO DIPLOMA." (Apel. 1129211/8, Rel. NOGUEIRA FILHO, 5ª Câm, v.u.).

Esclareço meu posicionamento de que o uso de arma de fogo apresenta extrema gravidade, posto que por conta disso a vitima entregou seu pertence, demonstrando o apelante ousadia nesse proceder.

E ainda, o apelante apresenta envolvimento anterior em crime contra o patrimônio. Recebeu beneficio e tornou a se envolver em conduta criminosa, demonstrando não ser recomendável eis que demonstrado sua personalidade voltada à prática criminosa.

Por fim, tendo sido expedida Guia de Recolhimento provisória, deixo de apreciar a detração penal, posto que já esteja ocorrendo por aquele meio. Tanto que constou de suas informações junto a SAP pelo sistema INTINFO que o apelante já obteve vaga no semiaberto sendo incluído em 10/10/17.

Dessa forma, conhecendo do apelo, NEGO PROVIMENTO a ele, mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0024882-53.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes N. H. DA S. S., R. DE O. B. e G. A. M. DA S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.702)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Roubo qualificado por comparsaria, mais extorsão qualificada por comparsaria e restrição à liberdade da vítima (art. 157, § 2º, II, e art. 158, §§ 1º e 3º, cc. art. 69, todos do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Prisão em flagrante e posse da 'res furtiva' quanto a um dos acusados. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima. Reconhecimento seguro. Declarações incriminadoras de Policial Civil e Policial Militar. Confissão em Juízo de um dos acusados, ademais, com delação de um dos corréus. Versões exculpatórias, no mais, inverossímeis. Qualificadoras plenamente caracterizadas. Inocorrência de crime único. Desígnios autônomos. Concurso material verificado. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento criterioso, ressalvado pequeno equívoco na pena pecuniária de um dos acusados. Regime inicial fechado único possível. Apelos improvidos, com observação, corrigido erro material existente no apenamento de um dos réus.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que ***(i)***

R.O.B. e G.A.M.S.J.S.M. saíram **condenados** às penas de ***(i.a) 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão*** (*regime fechado*), ***mais pagamento de 15 dias-multa***, mínimo valor unitário, ambos pela prática da infração penal capitulada no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (*roubo qualificado por comparsaria*), e ***(i.b) 7 anos de reclusão*** (*regime fechado*), mais ***pagamento de 13 dias-multa***, no piso, ambos pela infração penal estabelecida no art. 158, §§ 1º e 3º, do Cód. Penal (*extorsão qualificada por concurso de agentes e restrição à liberdade da vítima*), tudo na forma do art. 69 do Cód. Penal (*concurso material*), e ***(ii)*** N.H.S.S. saiu **condenado** às penas de ***(ii.a) 5 anos e 4 meses de reclusão*** (*regime inicial fechado*), ***mais 13 dias-multa***, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (*roubo qualificado por comparsaria*), e ***(ii.b) 6 anos de reclusão*** (*regime fechado*), mais ***pagamento de 11 dias-multa***, no piso, pela infração penal estabelecida no art. 158, §§ 1º e 3º, do Cód. Penal (*extorsão qualificada por concurso de agentes e restrição à liberdade da vítima*), tudo na forma do art. 69 do Cód. Penal.

Os acusados apelam – *f. 798/802, 803/807 e 825/829* –, em busca da modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, visando à improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória, restringindo-se o pleito absolutório formulado pela defesa de N. à imputação do crime de roubo.

A defesa deste pretende ainda, subsidiariamente, ***(i)*** o reconhecimento de crime único, ***(ii)*** a redução das penas e ***(iii)*** a fixação de regime mais brando.

Subsidiariamente, a defesa de R. postula o reconhecimento de crime único ou de concurso formal de crimes.

Por sua vez, o acusado G. formula como pedidos subsidiários: ***(i)*** desclassificação da conduta para o crime de receptação e ***(ii)*** redução das penas, argumentando que elas teriam sido majoradas sem a devida fundamentação.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 811/821 e 833/842* – que concluem pelo improvimento dos recursos.

Autos distribuídos *(f. 845),* foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento dos recursos – *f. 848/852* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***14.ago.2017*** *– f. 853.*

É o relatório.

Roubo qualificado por comparsaria, mais extorsão qualificada por concurso de agentes e restrição à liberdade da vítima, em concurso material (*art. 157, § 2º, II, e art. 158, §§ 1º e 3º, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal*).

Acusados, mais três indivíduos não identificados, ajustam previamente entre si e reúnem esforços para a prática dos delitos de roubo majorado e

Acesso ao Sumário

extorsão qualificada, cometidos em detrimento da ofendida.

No dia dos fatos, o acusado G., acompanhado de dois dos comparsas não identificados – *indicados apenas como "*A." e G. –, conduz em rodovia veículo *Duster/Renault*, com o qual bate na traseira do automóvel conduzido pela vítima.

Assim, provocam a parada da ofendida no acostamento da rodovia, ocasião em que os dois passageiros do veículo conduzido por G. abordam-na e anunciam **assalto**, fazendo uso de força física para colocá-la no banco traseiro de seu veículo.

Enquanto G. deixa o local, um dos comparsas assume a condução do automóvel da vítima, acomodando-se o outro no banco traseiro deste, onde, mediante grave ameaça, exige da ofendida a entrega de seu celular, bolsa, cartões bancários, documentos pessoais, "*notebook*" e valores em dinheiro (*R$ 75,00*), no que é atendido por aquela.

Em seguida, os algozes levam à vítima a um terreno descampado, onde ela passa a ser vigiada pelo acusado N., R. e outro indivíduo, ali permanecendo em poder destes, com restrição de sua liberdade, durante cerca de *quatro horas.*

Enquanto isso, os demais algozes – *de posse do cartão bancário da ofendida e sua respectiva senha, fornecida pela vítima após ser subjugada pelos agentes* – efetuam diversas compras, perfazendo prejuízo de cerca de *R$ 10.000,00*.

Posteriormente, a vítima – *inteiramente despojada de seus bens* – é liberada pelos algozes e se dirige à Delegacia de Polícia.

Ao indicar aos Investigadores o local onde foi mantida cativa, aqueles se deparam com os acusados N. e R., indivíduos que são ***categoricamente reconhecidos*** pela vítima como dois dos agentes envolvidos na ação criminosa (*f. 120*).

Já o acusado G. é detido em flagrante delito pela Polícia Militar, na condução do veículo da vítima e em poder da bolsa pertencente a esta, além de outros bens.

Estes os fatos, em suma.

Condenação necessária.

Há elementos mais do que seguros a garantir autoria e materialidade delitivas.

Assim e de saída, pela **materialidade** caracterizada por meio de **(i)** boletins de ocorrência acostados às *f. 109/113* e *114/116*, e **(ii)** auto de exibição e apreensão, *f. 117/119*.

E a **autoria** também é induvidosa.

De efeito.

Acesso ao Sumário

A começar – *quanto ao acusado G.* – pela situação flagrancial em que foi surpreendido.

Com efeito, ele foi detido em plena **flagrância delitiva**, o que é inegável e inquestionável, nos autos.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria, uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "iter criminis", ou imediata e consequentemente a ele, como aqui, não tem como justificar a situação.

Além disto, mais uma vez quanto ao acusado G., a **posse da "*res furtiva*".**

Afinal, o acusado foi surpreendido em plena posse do automóvel e da bolsa pertencentes à vítima.

Ora.

Sabe-se que a apreensão de coisa subtraída, só por si, em poder do agente, é prova firme e convincente de autoria, porque inverte o ônus da prova, cumprindo ao acionado oferecer razões pelas quais aquilo que não lhe pertence foi consigo encontrado.

O que aqui não se fez.

Ainda no mesmo sentido incriminatório, as firmes e contundentes **palavras da vítima**, narrando os fatos em riqueza de detalhes (*CD*).

Nas duas oportunidades em que foi ouvida, com efeito, a ***Vítima Protegida*** descreveu como foi abordada pelos assaltantes em uma rodovia, ocasião em que aqueles simularam uma batida na traseira de seu veículo, levando-a a parar no acostamento.

Assim que saiu de seu automóvel, eles anunciaram o **assalto**, agarrando-a pelo braço e jogando-a no banco traseiro de seu carro.

Relata que, dessa forma, levaram-na a um cativeiro, onde permaneceu sob a vigilância do acusado N. e de outro indivíduo.

Os demais agentes, segundo revela, levaram seus cartões bancários e as respectivas senhas, que foi obrigada a lhes fornecer.

Esclarece que os algozes tentaram sacar dinheiro de sua conta bancária, mas, como não conseguiram, efetuaram compras em lojas diversas, no valor aproximado de *R$ 10.000,00*.

Acrescenta que permaneceu por cerca de quatro horas em poder de dois agentes, e que, em dado momento, surgiu no local um terceiro indivíduo.

Após o retorno dos demais comparsas ao cativeiro, segundo explica, foi liberada em um posto de gasolina, desprovida de seus bens.

A vítima destaca que, em Delegacia de Polícia, ***reconheceu categoricamente*** o acusado N., assim como um **segundo indivíduo** envolvido na ação.

Acesso ao Sumário

E confirma que, posteriormente, seu automóvel foi encontrado, embora em situação de perda total.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos ofertados pela vítima.

De sorte que, exatamente como aqui, estando as palavras desta absolutamente seguras, fortes, coerentes e harmônicas com o resultado condenatório, solução é emprestar-lhes a credibilidade que merecem, o que resulta na conclusividade única de aceitação das palavras daquela.

Daí porque sem razão os reclamos recursais que procuram diminuir ou desconsiderar o contexto probante ou as palavras da vítima.

O que só pode levar à certeza do quadro.

Ressalte-se que o reconhecimento do réu N., realizado em Delegacia de Polícia (*f. 120*), é seguro e firme, **tanto que repetido em Juízo**, daí não se poder alegar que foi feito sob estado emocional alterado ou abalado.

Por outro lado, é irrelevante que a ofendida não tenha reiterado em Juízo a identificação de R. – *que reconheceu com segurança em Delegacia de Polícia, logo após os fatos (f. 120)* – ou realizado o reconhecimento pessoal de G. – *indivíduo que não chegou a visualizar durante a ação criminosa* –, destacando-se que a autoria delitiva foi confirmada pelas demais provas produzidas em Juízo também em relação a estes agentes.

Nesse sentido, há a narrativa do diligente e competente **Investigador de Polícia *César Augusto***, descrevendo as diligências que possibilitaram a prisão de N. e R. e **confirmando** que estes foram **reconhecidos** pela vítima em Delegacia de Polícia (f. 98 e CD).

Descreve que, diante das declarações da vítima, foram efetuadas diligências na presença dela, viabilizando a localização do matagal utilizado como cativeiro.

Em seguida, enquanto voltavam à Delegacia de Polícia, encontraram *dois* dos algozes caminhando – *os acusados* N. e R. –, indivíduos que ela prontamente reconheceu, informando que eles a acompanharam enquanto era mantida no matagal.

Na Delegacia, segundo destaca o Investigador, a Vítima Protegida os ***reconheceu categoricamente***.

Já quanto às explicações fornecidas pelos acusados, o Investigador acrescenta que N. confessou e descreveu a ação criminosa desenvolvida pelo grupo – *inclusive os corréus* –, revelando que G. dirigia o veículo *Duster*, e que a ele coube permanecer com a vítima no matagal, local que ele próprio havia escolhido para que a vítima fosse mantida.

Além disso, acrescenta que o acusado R. também confirmou que esteve

Acesso ao Sumário

com a vítima naquele pasto.

O Policial observa, ainda, que, no mesmo matagal, foi encontrado ainda outro veículo, roubado pelo acusado R., com outro indivíduo, automóvel que estava sendo desmontado pelos acusados N. e R.

Por sua vez, o **Policial Militar *Guilherme*** descreve em detalhes como se deu a prisão do acusado G. (*f. 99 e CD*).

Explica que o veículo da vítima foi avistado seguindo na via contrária de direção, após o que colidiu contra um muro.

E, deste veículo, segundo descreve, saiu o acusado, empreendendo fuga em poder de uma bolsa bege e com um volume observado em sua cintura.

Pouco após, lograram êxito na detenção de G., que foi preso em flagrante delito.

Dentro do automóvel da vítima, segundo acrescenta o Policial, foram localizados bens pessoais pertencentes à ofendida.

Nesses termos, inexiste qualquer dúvida sobre a responsabilização de todos os acusados.

Em remate e para além disso tudo, a **confissão em Juízo** do acusado N. (*CD*), admitindo amplamente a prática dos crimes descritos nos autos, que teria praticado na companhia do acusado R. e outros indivíduos.

Segundo declara, incumbia-lhe, durante a ação, a vigilância da vítima no cativeiro.

Não obstante, cumpre ressaltar que, ao ser ouvido em Polícia (*f. 270/271*), o acusado delatou como comparsas não apenas o acusado R., como também o corréu G., que, segundo suas declarações, conduzia o veículo *Duster/Renault* usado na abordagem da vítima.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

No vazio, portanto, as **versões exculpatórias** ofertadas pelos acusados R. (*f. 263/274 e CD*) e G. (*f. 272 e CD*), assim como a alegação do acusado N., em Juízo, sobre a não participação de G., verdadeiramente fantasiosas e perdidas em si mesmas, quando confrontadas, não só face à sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvadas.

R. afirma não ter praticado o crime de roubo e, embora confirme ter estado presente no local usado como cativeiro ao momento do crime e ter sido abordado pela Polícia enquanto estava na companhia do acusado N., logo após os fatos, alega não possuir envolvimento na ação criminosa (*f. 273/274 e CD*).

Já G. limita-se a afirmar que encontrou o carro da vítima já roubado e nele ingressou, passando a conduzi-lo, sendo que sua intenção era subtrair os bens encontrados dentro do veículo (f. 272 e CD).

Acesso ao Sumário

Ora.

Nesses termos, aceitar as versões dos acusados, "*data venia*", diante de tamanhas evidências em sentido contrário, seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom- senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Enfim.

Não há, nem de longe, fragilidade probatória.

A prova, ao reverso, relativamente a ***ambos*** os crimes, é plena, categórica – quanto a ***todos*** os acusados, que praticaram ambos os crimes descritos na exordial mediante prévio ajuste entre si, em concurso de agente e com plena identidade de propósitos.

E nada foi feito ou produzido pelas defesas, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Donde o quadro probatório indicar como autores dos delitos exatamente aqueles que apontados e responsabilizados.

Dessa forma, não há como se atender o pleito recursal formulado pela defesa de G., visando à ***desclassificação*** das condutas para o crime de ***receptação***, pois a prova oral coligida é firme ao apontá-lo como um dos autores do roubo circunstanciado e da extorsão qualificada, exatamente como descreve a exordial, pois previamente ajustado com os corréus e demais comparsas.

Ademais, a ***majorante*** reconhecida quanto ao crime de roubo – *comparsaria* – está plenamente caracterizada, exatamente como as ***qualificadoras*** de comparsaria e restrição à liberdade da vítima quanto ao crime de extorsão, como é possível depreender da prova oral acima coligida, notadamente as descrições da vítima nesse sentido.

E – *diversamente do que pretendem os recursos defensivos* – não há como reconhecer a ocorrência de ***crime único*** ou ***concurso formal*** de crimes, dês que inegavelmente praticadas duas condutas criminosas distintas, em evidente concurso material.

E não há possibilidade de se aplicar o ***princípio da consunção*** à prática das infrações aqui cometidas.

Trata-se – *o roubo e a extorsão* – de diferentes condutas, inteiramente

Acesso ao Sumário

autônomas, com momentos consumativos distintos, cada uma delas tipificada de modo individualizado pela legislação penal, e os acusados incorreram em cada uma delas, como restou comprovado nos autos.

Afinal, primeiramente, a ofendida foi abordada pelos algozes mediante violência e grave ameaça, sendo que os agentes se valeram de sua superioridade numérica e de violência física contra vítima, para despojá-la de seus bens – *automóvel, celular, bolsa, "notebook", documentos, cartões bancários e valores em dinheiro.*

Após subjugá-la, deram início à execução de um crime de extorsão, ao exigirem da ofendida a entrega dos seus cartões e senhas, com as quais obtiveram proveito econômico, mediante a realização de uma série de compras, mantendo restrita a liberdade da vítima durante cerca de *quatro* horas.

Nota-se, assim, que a segunda conduta – *extrema* – é evidentemente diferenciada do crime de roubo.

E é cediço que o princípio da consunção consiste na absorção de uma norma de menor amplitude por outra de maior abrangência, na qual aquela está contida.

Coisa, aqui, longe de ocorrida.

Dês que, "*in casu*", há **fatos distintos**, condutas típicas preenchidas integral e separadamente, além de desígnios completamente autônomos.

Logo, a condenação por cada um dos delitos praticados é medida de rigor e de Justiça, em estrito cumprimento ao que determina a lei.

Nesses termos, revela-se plenamente acertado, ainda, o reconhecimento do ***concurso material*** de crimes.

Com efeito, na esteira do texto legal, as penas devem ser aplicadas cumulativamente, quando há, como aqui, a prática de crimes distintos, por meio de ações diversas, nos termos do art. 69 do Cód. Penal.

Enfim.

Trata-se de ações autônomas entre si e seus desígnios – *frise-se* – estão aqui comprovadamente dissociados, de forma a não haver falar-se em desígnio único e muito menos em uma só ação.

Caracterizado o concurso material de delitos, portanto.

Condenação inevitável, portanto, pelo cometimento dos crimes de **roubo majorado e extorsão qualificada, em concurso material.**

"*Quantum satis*".

Apenamento criterioso, impassível de alteração.

Quanto ao acusado N., com relação ao crime de <u>*roubo qualificado*</u>.

Base fixada no ***patamar mínimo***, nada havendo que alterar (*art. 59 do Cód. Penal*).

Acesso ao Sumário

À segunda fase, o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea não tem o condão de reduzir as penas abaixo desse patamar (*Súmula nº 231 do C. Superior Tribunal de Justiça*).

Após, ***elevação mínima*** decorrente da qualificação delitiva, alcançando as penas ***5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa***, no mínimo valor unitário.

Com relação ao crime de extorsão qualificada.

Base fixada no ***patamar mínimo***, nada havendo que alterar (*art. 59 do Cód. Penal*).

O reconhecimento da atenuante de confissão espontânea não tem o condão de reduzir as penas abaixo desse patamar (*Súmula nº 231 do C. Superior Tribunal de* Justiça).

Após, em que pese à presença da causa de aumento referente à comparsaria (*art. 158, § 1º, do Cód. Penal*), o d. Juízo sentenciante não aplicou nova majoração das penas, tendo em vista a aplicação das reprimendas mais elevadas cominadas à forma qualificada descrita pelo art. 158, § 3º, do Cód. Penal.

Dessa forma, as penas relativas a esse delito tornam-se definitivas em ***6 anos de reclusão***, mais ***pagamento de 10 dias-multa***, no piso.

E, nada obstante e por erro material da r. sentença, constou no dispositivo a imposição do pagamento de *11 dias-multa* a N., em relação a esse delito, por mero equívoco aritmético, o que se corrige de ofício.

Ao fim, reconhecido o concurso material de crimes, as penas devem ser somadas, conforme determinação do art. 69 do Cód. Penal.

Quanto ao acusado R., com relação ao crime de *roubo qualificado*.

Base fixada no ***patamar mínimo***, nada havendo que alterar (*art. 59 do Cód. Penal*).

À segunda fase, aplicada a agravante de **reincidência**, devidamente atestada nos autos, ensejando o aumento de ***1/6*** (*f. 405*).

Após, ***elevação mínima*** decorrente da qualificação delitiva, alcançando as penas ***6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão***, ***mais 15 dias-multa***, no mínimo valor unitário.

Com relação ao crime de *extorsão qualificada.*

Base fixada no patamar mínimo, nada havendo que alterar (*art. 59 do Cód. Penal*).

À segunda fase, aplicada a agravante de **reincidência**, devidamente atestada nos autos, ensejando o aumento de ***1/6*** (*f. 405*).

Após, em que pese à presença da causa de aumento referente à comparsaria (*art. 158, § 1º, do Cód. Penal*), o d. Juízo sentenciante não aplicou nova majoração das penas, tendo em vista a aplicação das reprimendas mais elevadas

Acesso ao Sumário

cominadas à forma qualificada descrita pelo art. 158, § 3º, do Cód. Penal.

Dessa forma, as penas relativas a esse delito tornam-se definitivas em ***7 anos de reclusão***, mais ***pagamento de 13 dias-multa***, no piso.

Ao fim, reconhecido o concurso material de crimes, as penas devem ser somadas, conforme determinação do art. 69 do Cód. Penal.

Quanto ao acusado G., com relação ao crime de *roubo qualificado*.

Base fixada no ***patamar mínimo***, nada havendo que alterar (*art. 59 do Cód. Penal*).

À segunda fase, aplicada a agravante de **reincidência**, devidamente atestada nos autos, ensejando o aumento de **1/6** (*f. 717*).

Após, ***elevação mínima*** decorrente da qualificação delitiva, alcançando as penas ***6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais 15 dias-multa***, no mínimo valor unitário.

Com relação ao crime de *extorsão qualificada*.

Base fixada no ***patamar mínimo***, nada havendo que alterar (*art. 59 do Cód. Penal*).

À segunda fase, aplicada a agravante de **reincidência**, devidamente atestada nos autos, ensejando o aumento de **1/6** (*f. 717*).

Após, em que pese à presença da causa de aumento referente à comparsaria (*art. 158, § 1º, do Cód. Penal*), o d. Juízo sentenciante não aplicou nova majoração das penas, tendo em vista a aplicação das reprimendas mais elevadas cominadas à forma qualificada descrita pelo art. 158, § 3º, do Cód. Penal.

Dessa forma, as penas relativas a esse delito tornam-se definitivas em ***7 anos de reclusão***, mais ***pagamento de 13 dias-multa***, no piso.

Ao fim, reconhecido o concurso material de crimes, as penas devem ser somadas, conforme determinação do art. 69 do Cód. Penal.

Assim, observa-se que as penas foram ***adequada e corretamente fixadas*** pelo d. Juízo sentenciante, contando com ***ampla fundamentação***, daí porque não há motivos para a redução das reprimendas, tal buscada pela defesa dos réus.

Ademais, vale dizer.

Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com os acusados e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto.

Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não

haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda.

Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes dos arts. 59 e 68 do Cód. Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

Finalmente, quanto ao **regime**, outro não poderia ser que não o ***inicial fechado.***

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal, bem como em plena observância ao "*quantum*" das penas corporais impostas aos réus (*art. 33, § 2º, 'a, do Código Penal*), que excedem em muito o mínimo necessário à determinação do fechado.

E já se sabe, presentemente, malgrado a edição da Súmula nº 719, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando seja ele devidamente justificado, exatamente como na espécie.

Quem – *em comparsaria, perfazendo um total de seis agentes* –, propõe-se a assaltar a vítima, mediante violência e grave ameaça, arrebatando seus bens e privando-a da liberdade por *quatro* horas seguidas, constrangendo-a, ainda, a fornecer seus cartões e senhas bancárias, com vistas a obter proveito econômico, colabora, por sem dúvidas, para incrementar o clima de terror e pânico em que se vive nas grandes e pequenas cidades, não tendo o mínimo apego à dignidade e respeito pelo ser humano.

Ou, como acima já se firmou e agora se repete.

Quem expõe a vítima à tamanha humilhação, deixando aquele ser humano, gente de bem – *vítima também desta sanha criminosa de violência que assola nossa terra e assusta a todos nós* –, levada à condição de um ***nada***, sofrendo, com isto, toda sorte de humilhação possível, decerto em pânico e terror intenso e gigantesco, durante a ação, sem saber a que estariam destinadas suas vidas e sua sorte, como consequência do evento, subjugada que estava totalmente aos algozes, não tem, como se disse, o mínimo respeito pelo próximo.

Merece tratamento severo, eficaz, responsável e compatível a seu ato indigno e de violência, compatível, mais, como resposta, ao que a sociedade assustada reclama e conclama a quatro ventos pelo país afora, especialmente do Poder Judiciário, jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que, repita-se, assola nossa terra e assusta a todos nós, sabido que o semiaberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui.

Acresça-se, ainda, que R. e G. são **reincidentes**, fato que também obsta a concessão de regime mais brando para o início do cumprimento da corporal (*art.*

Acesso ao Sumário

33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

Daí porque o **regime fechado** inicial é mais do que aqui indicado.

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento aos recursos, anotando-se, em observação, **correção de erro material**, para o devido registro de que o acusado N.H.S.S., *quanto ao delito de extorsão qualificada por comparsaria e restrição à liberdade da vítima (art. 158, §§ 1º e 3º, do Cód. Penal), saiu condenado às penas de 6 anos de reclusão (regime inicial fechado), mais pagamento de 10 dias-multa, no mínimo valor unitário*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022246-43.2016.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante ADRIANO GIGLIO FERREIRA AMORIM, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para absolver o réu, nos termos do v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.084)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO – Três cartuchos – Pequena quantidade de munição – Ausência de arma – Irrelevância jurídica – Absolvição, com fulcro no art. 386, III, CPP – Prequestionamento anotado – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 209/213, com relatório adotado, julgou procedente a ação penal para condenar **ADRIANO GIGLIO FERREIRA AMORIM** ao cumprimento da pena de 03 anos de reclusão, no regime aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, no piso legal, por infração ao artigo 16, "caput", da Lei nº 10.826/2003, substituindo-se a corporal por prestação de serviços à

comunidade e prestação pecuniária no importe de cinco salários mínimos.

Recorre o réu alegando, em sede preliminar, a nulidade da r. sentença por ausência de fundamentação. No mérito, busca sua absolvição diante da atipicidade da conduta ou a redução da pena diante do reconhecimento do erro de proibição e aplicação da atenuante prevista no artigo 66, do Código Penal. Ao final, houve o prequestionamento da matéria suscitada (fls. 224/241).

Recurso processado e respondido, com parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 264/273, por seu parcial provimento.

É o relatório.

Primeiramente, é de se ver que a d. defesa alega ser nula a r. sentença combatida por não ter enfrentado questões levantadas em sede de alegações finais.

Com efeito, como inclusive reconhecido pelo Ministério Público, tanto nas contrarrazões recursais quanto no parecer, o r. édito condenatório remete apenas às questões fáticas e provas carreadas aos autos, deixando de analisar, como arguido pela d. defesa, as teses relativas ao reconhecimento do princípio da insignificância, da excludente de ilicitude consistente no exercício regular de direito putativo e do erro de proibição.

Não há se reconhecer, contudo, a nulidade do r. *decisum* diante do resultado do presente julgado, mais favorável ao réu, como se verá adiante.

Foi Adriano processado e condenado porque, em 02 de setembro de 2.016, às 8h aproximadamente, na Rua Jacob Blumer, nº 130, em Presidente Prudente, possuía, no interior de sua residência, três cartuchos de arma de fogo.

Segundo a inicial acusatória, policiais civis foram ao local a fim de cumprir mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Presidente Prudente, visando a apreensão de meios de armazenamento de conteúdo relacionado a pornografia infantil.

Localizaram, no guarda-roupa de uso pessoal de Adriano, um cartucho de calibre 357 – listada como de uso restrito –, um de calibre .32 e outro de calibre .38, todas eficazes conforme laudo pericial.

Com efeito, o auto de exibição e apreensão de fls. 38/41 e o laudo pericial acostado às fls. 86/88 demonstram a apreensão de três munições em posse de Adriano – apesar de constarem calibres diferentes daqueles enumerados na denúncia, a saber, de calibre .357, de calibre 9mm luger e de calibre 30-30 –, o que inclusive por ele admitido e confirmado pelos policiais civis (mídia digital).

Assim, a apreensão em poder do réu dos cartuchos resulta em reconhecer que possuía o apelante munição específica, o que configura o crime autônomo, crime esse tipificado pela denúncia como aquele previsto no artigo 16, da Lei 10.826/03.

Acesso ao Sumário

Todavia, a pequena quantidade de munição, atrelado ao fato de que na ocasião não dispunha o réu de arma eficaz a detoná-la não atenta contra a incolumidade pública, objetividade jurídica tutelada pela norma.

A potencialidade social do fato, realmente, esteve na esfera da pequenez. Sem arma de fogo apta a ser utilizada de imediato a munição, o perigo na conduta ficou reduzido.

Ademais, a intenção do legislador, é proteger a sociedade com relação ao agente que insemina a violência através da venda ou circulação de munição, apta a fomentar o comércio de armas, o que não se vê, respeitados doutos entendimentos em sentido contrário, no agente que porta três cartuchos de arma, como acima exposto.

Portanto, não se vislumbra, no caso dos autos, a potencialidade lesiva à norma jurídica tutelada, sendo imperiosa, portanto, a absolvição de Adriano do crime a ele imputado, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Tendo sido analisadas todas as teses aplicáveis ao caso examinado anota-se, por fim, o prequestionamento arguido nestes autos pela defesa, na medida em que desnecessário se mostra o enfrentamento, um a um, dos artigos citados.

Ante todo o exposto, acolhe-se o apelo para absolver o réu.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008911-17.2014.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes WILLIAN INAMOTO BESSA e CLEBERSON LUIS DE LIMA, 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.885)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

EUVALDO CHAIB, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES DE ROUBO QUALIFICADO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES, EM CONCURSO FORMAL E EM CONCURSO MATERIAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DEFESA PLEITEIA, EM PRELIMINAR, ANULAÇÃO DA SENTENÇA, POR ALEGADA OFENSA AO SISTEMA TRIFÁSICO NA DOSIMETRIA PENAL – NO MÉRITO, AS DEFESAS OBJETIVAM A ABSOLVIÇÃO OU, SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DAS PENAS, O RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO, EM LUGAR DO CONCURSO FORMAL, OU DE CONCURSO FORMAL, EM LUGAR DO CONCURSO MATERIAL, E A IMPOSIÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO – PRELIMINAR REJEITADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO INATENDÍVEL – O CORRÉU WILLIAN CONFESSOU A AUTORIA E FOI TAMBÉM PESSOALMENTE RECONHECIDO PELAS VÍTIMAS – PROVA SEGURA – QUANTO A CLEBERSON, FOI DELATADO PELO CORRÉU, SEU PRÓPRIO PRIMO – ALÉM DISSO, TINHA O MESMO PORTE FÍSICO DE UM DOS LADRAVAZES – CONSTA, MAIS, QUE, DURANTE DILIGÊNCIA POLICIAL NA SUA RESIDÊNCIA, CLEBERSON FUGIU – MAIS: ALGUNS ASSALTANTES ATUARAM ENCAPUZADOS NOS FATOS – IMPOSSIBILIDADE, POR ISSO, DA PRODUÇÃO DE PROVA ROBUSTA E CABAL – SUFICIÊNCIA DE PROVA CIRCUNSTANCIAL E INDICIÁRIA – MENOR INIMPUTÁVEL PARTICIPOU DA EMPREITADA CRIMINOSA – ADERIU À AÇÃO DOS AGENTES E PRESTOU-LHES AUXÍLIO NO CRIME – DELITO FORMAL – SÚMULA Nº 500, DO STJ – CONDENAÇÕES CRIMINAIS MANTIDAS – CONCURSO FORMAL ENTRE OS ROUBOS MANTIDO – CONCURSO MATERIAL ENTRE OS ROUBOS E O DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES MANTIDO – PENAS INALTERADAS – REGIME FECHADO MANTIDO

Acesso ao Sumário

– RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

WILLIAN INAMOTO BESSA e CLEBERSON LUÍS DE LIMA foram condenados pelo r. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de ARAÇATUBA, nos autos do Processo nº 1049/2014, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Wellington José Prates*, como incursos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, duas vezes, c.c. artigo 70, ambos do Código Penal, e no artigo 244-B, da Lei nº 8.069/1990, c.c artigo 69, do Código Penal, às penas, respectivamente, de, WILLIAN, 06 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais 17 (dezessete) dias-multa, e de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e CLEBERSON, 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais 26 (vinte e seis) dias-multa, e de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, sendo indeferido o recurso em liberdade (fls. 487/499 e 513/514).

Os apelantes foram processados porque, previamente ajustados e conscientes da ação comum, agindo em concurso com agente não identificado e com adolescentes Washington Júnio Nery Ferreira e Fernanda Soares Peres, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição à liberdade das vítimas, subtraíram pertences diversos de Jean Carlos Cordeiro e de Alexandre Garcia Ribeiro e Leidiane Gomes Ribeiro. Outrossim, na mesma data, horário e local, eles, previamente ajustados e conscientes da ação comum, agindo em concurso com agente não identificado, facilitaram a corrupção dos adolescentes Washington Júnio Nery Ferreira e Fernanda Soares Peres, pessoas menores de 18 (dezoito) anos de idade, com eles praticando infração penal (roubo majorado).

Apela WILLIAN, pleiteando a absolvição ou redução das penas. Sustenta também ocorrência de crime único entre os roubos e requer imposição de regime mais brando, além do direito de recorrer em liberdade (fls. 568/593).

Apela também CLEBERSON, pleiteando a anulação da r. sentença condenatória, por conter erro na dosimetria da pena (inobservância do sistema trifásico). No mérito, busca a absolvição, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer o reconhecimento do concurso formal entre os roubos e a corrupção de menores, o reconhecimento de crime único entre os roubos, a redução das penas e/ou a imposição de regime mais brando (fls. 596/608)

Contrariados os recursos (fls. 610/647), o douto Procurador de Justiça Dr. Fernando Augusto de Mello, opina pelo seu parcial provimento para o fim de reconhecer-se o concurso formal entre os crimes de roubo e de corrupção de menores, reduzindo-se, por consequência, as penas (fls. 651/658).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Embora louváveis os recursos defensivos, não merece prosperar a tese absolutória.

Quanto às preliminares, não convencem.

Não cabe ser concedido o direito de o sentenciado apelar em liberdade, justamente quando se examina o recurso e mantém-se a condenação criminal em segunda instância. Além disso, acha-se bem justificada a custódia cautelar, diante da gravidade concreta do crime, reveladora da periculosidade dos seus autores, e da ausência de vínculo dos réus com o distrito da culpa (como se lê às fls. 498).

Sobre a alegada inobservância do sistema trifásico na dosimetria penal, não justifica a anulação da r. sentença. Os acréscimos aplicados sobre a pena mínima se encontram suficientemente motivados, nada impedindo, sendo o caso, de rever-se o critério adotado em primeira instância, com redução da sanção.

Noutras palavras, no momento oportuno, os critérios adotados pelo MM. Juiz sentenciante na dosimetria da pena serão devidamente avaliados.

No mérito, a pretendida absolvição não pode ser aqui decretada.

É que há prova suficiente tanto da materialidade dos crimes quanto da autoria dos sentenciados.

Quanto ao roubo, WILLIAN é réu confesso. Interrogado na Delegacia de Polícia e em Juízo, admitiu envolvimento no assalto à residência das vítimas, bem como o emprego de arma de fogo e a participação do corréu CLEBERSON, seu primo, e de outros agentes (fls. 14 e 356).

WILLIAN foi também pessoalmente reconhecido pelas vítimas como sendo um dos ladravazes. Vejam-se, a respeito, em especial, declarações das vítimas Tatiane e Leidiane (fls. 289 e 292).

As vítimas confirmaram amplamente a ocorrência dos fatos. Disseram que três ou quatro agentes atuaram diretamente no roubo. Eles invadiram a residência e fizeram várias pessoas de reféns (adultos e crianças). Agiram também armados e roubaram os bens das vítimas descritos na inicial (fls. 287, 289, 292 e 327).

O policial civil Laércio, vizinho da casa das vítimas, avistou a menor Fernanda entrar na casa das vítimas e falar com um rapaz. Posteriormente, viu ela com outros dois rapazes, sendo que eles deixaram o local no veículo das vítimas. Considerou toda aquela movimentação bastante suspeita, mas só posteriormente confirmou que se tratava de roubo. Em conversa com Fernanda, ouviu-a delatar os autores do crime. Um dos agentes foi detido. Foi apreendida a arma usada nos fatos e, recuperado um telefone celular subtraído das vítimas (fls. 331).

Acesso ao Sumário

O policial militar Marcus atendeu à ocorrência. Apreendeu, num imóvel apontado por Fernanda, a arma de fogo utilizada nos fatos e também um telefone celular roubado. Afiançou, mais, que WILLIAN confessou a prática do crime, quando também delatou CLEBERSON (fls. 329).

A menor Fernanda, ouvida em Juízo, disse ter visto Washington, um conhecido seu, no local do crime, sendo que ele era um dos autores do roubo (fls. 352).

Auto de exibição e apreensão às fls. 20.

Laudo do veículo roubado da vítima e posteriormente encontrado abandonado, às fls. 415.

Laudo da arma de fogo empregada nos fatos, às fls. 194.

Não há, assim, nenhuma dúvida da materialidade do roubo nem tampouco da autoria de WILLIAN. As vítimas confirmaram, por meio de relatos seguros e coerentes, a ocorrência do assalto cometido por vários indivíduos, sendo que um deles atuava armado. Sabe- se, mais, que WILLIAN confessou a prática do delito e também foi pessoalmente reconhecido pelas vítimas.

A confissão judicial, por revelar-se insuspeita, segura e coerente, ganha expressão significativa e, máxime por encontrar respaldo em outros elementos de prova, autoriza o juízo condenatório, eis que devidamente observado o disposto no artigo 197, do Código de Processo Penal.

Como assinalado por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em conhecida obra, a confissão judicial é "*meio de prova direto*" que possui "*maior força do que a confissão-indício feita, como regra, na polícia*" (*Código de Processo Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 469).

A propósito, jurisprudência e doutrina selecionadas pelo eminente Desembargador Nelson Fonseca do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo em julgado proferido nos autos da ACrim nº 218.429-3/3: "*Tem se entendido que 'a confissão judicial (...) só perderá sua força se desmentida por veemente prova em contrário, como na hipótese de auto-acusação falsa'(RT 625/338). Ademais: 'Sem margem para divagações doutrinárias ou construções hermenêuticas, a confissão judicial constitui elemento seguríssimo de convicção. Apenas especialíssima e incomum circunstância que lhe evidencie a insinceridade justifica sua recusa'(JTACrimSP - Lex 93/239 - Des. Canguçu de Almeida). No mesmo sentido a lição do Prof. Vicente Greco Filho, in Manual de Processo Penal, 1991, p. 203: 'Na verdade a confissão não é um meio de prova. É a própria prova, consistente no reconhecimento da autoria por parte do acusado'* " (RT 744:573).

Considere-se, mais, que a jurisprudência desta Col. Corte orienta-se no sentido de que, nos crimes de roubo, a palavra da vítima é de suma importância e de grande valor probatório e deve prevalecer sobre a negativa simplória dos

acusados, pois tem ela o assaltante bem de perto, o que facilita o reconhecimento e também porque seu interesse é o de apontar o verdadeiro culpado e não o de acusar pessoas inocentes.

De fato, "*a palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o juízo na realização do justo concreto*" (TACRIM/SP – Rel. RENATO NALINI – Ap. n. 1.048.309).

Quanto a CLEBERSON, sabe-se que ele negou envolvimento nos fatos (fls. 359). E apesar da prova não ser tão robusta quanto aquela produzida em desfavor de WILLIAN, ela o incrimina sobremaneira, bastando para a manutenção do édito condenatório.

Ele foi delatado por WILLIAN nas ocasiões em que aquele foi interrogado. E tal delação se mostra insuspeita e segura, porquanto WILLIAN também assumiu a autoria, não tendo, por isso, nenhuma razão para levianamente incriminar o corréu, seu primo.

Além disso, sabe-se que CLEBERSON tinha porte físico semelhante ao de um dos autores do roubo, como destacado pela vítima Leidiane (fls. 292).

Sabe-se também que Fernanda, instada pelo policial civil Laércio a dizer o que sabia, apontou a casa de CLEBERSON, que só não foi preso na ocasião, por ter fugido, pulando o muro dos fundos do imóvel (fls. 327 e 329).

O fato de alguns dos assaltantes terem agido encapuzados ou com rosto coberto dificulta evidentemente a produção de prova cabal e plena da autoria. Mas, considerando o conjunto probatório, não impede a prolação de sentença condenatória. É que, em circunstâncias tais, tem-se admitido a comprovação da autoria por meio de prova indiciária. Nesse sentido, verbis: "*Quando, na consumação de roubo, os agentes apresentam-se encapuzados ou mascarados, força é admitir que a certeza da autoria resulte de prova indiciária. De assim não entender, teriam assegurada a impunidade todos os ladrões que se cobrissem com capuz ou utilizassem máscaras*" (TACrimSP, Apelação-Reclusão nº 1.113.239-5).

Nessa conformidade, mantém-se a condenação dos réus pela prática do crime de roubo.

As qualificadoras restaram também bem comprovadas nos autos. Efetivamente, as vítimas narraram identicamente que três ou quatro agentes atuaram mancomunados nos fatos, sendo que um deles portava arma de fogo, que foi, aliás, apreendida e devidamente periciada (laudo de fls. 194).

Quanto ao crime de corrupção de menores, há prova no sentido de que os autores do roubo – inclusive os réus –, envolveram adolescente nos fatos. Nesse sentido, relato de Fernanda, que disse ter reconhecido Washington como

Acesso ao Sumário

sendo um dos ladravazes. Ela confirmou o envolvimento do adolescente tanto aos policiais que atuaram logo após os fatos, como também em Juízo (fls. 11, 13, 329, 331 e 352).

E, por seguro, reiterado e coerente com as demais provas, seu relato merece toda credibilidade, demonstrando, *quantum satis*, o envolvimento do menor Washington (certidão de nascimento às fls. 185) no assalto.

A adesão do menor à conduta criminosa dos réus, com o consentimento deles, caracteriza o crime em questão, que é forma. A matéria está pacificada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme enunciado da Súmula nº 500, a seguir transcrita: "*A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.*"

Nesse mesmo sentido, veja-se ainda este V. Aresto do Excelso Pretório, da lavra da eminente Ministra Cármen Lúcia, julgamento realizado em 03/04/2012: "*O crime de corrupção de menores é formal, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. Precedentes*."

Nessa conformidade, mantém-se a condenação dos acusados também pela prática do crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há que ser mantido o concurso formal entre os roubos, porquanto os réus e seus comparsas investiram contra o patrimônio de vítimas diversas, tendo pleno conhecimento dessa circunstância. Assim, por presente o dolo em relação a cada subtração, deve ser mantido o concurso formal. Nesse sentido, julgados selecionados:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. ÚNICA CONDUTA DIRIGIDA A VÍTIMAS DISTINTAS. PREJUÍZO A PATRIMÔNIOS DIVERSOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO.

A prática do crime de roubo com ofensa a vítimas diversas, com prejuízo psíquico e físico para ambas, configura hipótese de concurso formal, com espeque no art. 70 do Código Penal. Precedentes.

Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento." (STF, RHC N. 112.871-DF, Rel. Min. Rosa Weber)

"É uníssono o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o roubo perpetrado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que num único evento, configura a literalidade do concurso formal de crimes, e não apenas de crime único." (STJ, HABEAS CORPUS nº 208.191-RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

"Roubo – Duplicidade de patrimônios atingidos – Agente insciente da diversidade de sujeitos passivos – Concurso formal – Reconhecimento – Impossibilidade. O concurso formal de crimes se reserva aos casos em que,

Acesso ao Sumário

num mesmo contexto fático e mediante ação única, o agente subtrai bens de vítimas diversas tendo ciência dessa circunstância, ou seja, sabendo que atinge o patrimônio de diversos ofendidos. Se não sabia, não agiu com dolo em relação à segunda ofensa patrimonial, não podendo ser punido criminalmente." (TACrimSP, Apelação-Reclusão nº 1.191.873-1, j. em 23/3/2000)

Nesse mesmo sentido, vejam-se outros julgados desta Col. Corte de Justiça Estadual: TJSP, Apelação nº Apelação nº 0096013-86.2015.8.26.0050, Rel. Des. Souza Nery.

O concurso material entre os roubos e o crime de corrupção de menores deve ser mantido, consoante entendimento sufragado por esta Col. Câmara Criminal em casos tais, nada obstante manifestação do ilustre Parecerista oficiante, Dr. Fernando Augusto de Mello, que traz julgado selecionado sobre a matéria (fls. 654/655).

As penas aplicadas devem ser mantidas. Não merecem redução.

A pena aplicada pelos crimes de roubo e corrupção de menores foi, inicialmente, bem majorada em primeira instância. Como bem anotado no r. *decisum* (fls. 496), as sérias e graves circunstâncias e consequências do delito – prática contra crianças, recuperação parcial dos bens e dano causado ao veículo subtraído (fls. 415) – justificam plenamente o rigor adotado no escarmento, com aumento de 2/3 (dois terços) sobre a pena mínima.

Com efeito, os réus envolveram adolescente na prática de crime gravíssimo cometido em circunstâncias altamente reprováveis. Logo, é perfeitamente cabível o aumento aplicado, que se mostra razoável e condizente com a necessidade de bem reprovar o grave crime cometido e prevenir a prática de outros delitos de natureza idêntica ou semelhante.

Na 2ª fase, incidiu redução de 1/6 (um sexto) em favor de WILLIAN, por conta de atenuante da confissão espontânea.

Quanto a CLEBERSON, é comprovadamente multirreincidente e reincidente específico, justificando tais circunstâncias o aumento subsequente aplicado de 1/3 (um terço). Possuísse ele apenas uma condenação prévia e por crime diverso do aqui tratado, até poderia receber aumento de 1/6 (um sexto), mas não no caso presente, eis que as condenações pretéritas sofridas evidenciam que faz do crime o seu meio de vida. Está, assim, a merecer severa e exemplar punição.

Lamentavelmente, olvidou-se o eminente Juiz sentenciante de fazer incidir aumento pelas qualificadoras, o que elevaria bastante o montante final das penas. E nada pode ser feito em sede de recurso exclusivo da Defesa, sob pena de *reformatio in pejus.*

A seguir, mantém-se o aumento aplicado de ¼ (um quarto), pelo concurso formal *entre os roubos* cometidos. Com efeito, ambos os crimes alcançaram

Acesso ao Sumário

consumação e são também duplamente qualificados, o que autoriza a incidência de fração superior à mínima prevista. Mais: parte dos bens subtraídos em ambos os roubos não foi recuperada, justificando também isso o rigor adotado.

As penas dos crimes devem, por fim, ser somadas, consoante artigo 69, do Código Penal, nada havendo, por consequência, a ser revisto na dosimetria penal.

Finalmente, mantém-se o regime inicial fechado. Não só a quantidade da pena imposta (superior a oito anos de reclusão), mas também a reincidência de CLEBERSON e a gravidade dos crimes cometidos autorizam a eleição do regime prisional mais severo.

As circunstâncias da empreitada criminosa também devem ser perquiridas para aferição do grau de periculosidade do agente, a fim de que se decida pelo regime prisional adequado.

No caso em apreço resta autorizada a fixação do regime prisional mais drástico para a hipótese vertente, uma das mais perniciosas e inquietantes expressões da atual criminalidade.

Lembra-se aqui de v. aresto do saudoso Tribunal de Alçada Criminal, da lavra do ilustre Desembargador RICARDO DIPP (Apelação Criminal nº 1.097.053/8) acerca de crimes contra o patrimônio: "*a prática de delitos patrimoniais é forte motivo para prognóstico desfavorável (MEYWERK: 'Os delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência'). A criminalidade precoce contra o patrimônio é fator desfavorável para a prognose (SILBEREISEN)*".

Nesse contexto, não se pode olvidar, ainda, que, segundo as máximas da experiência, as consequências psicológicas do delito contra o patrimônio cometido com violência ou grave ameaça no interior da residência dos ofendidos, lugar onde eles deveriam sentir-se mais seguros, ameaças essas também dirigidas contra crianças indefesas, são nefastas, traumatizando as vítimas, seus conhecidos e familiares, marcando a todos com as consequências deste mal, uma mácula irreversível.

Acesso ao Sumário

Portanto, respeitadas as vozes dissonantes e nos termos das *Súmulas 718 e 719, ambas do Supremo Tribunal Federal*, tratando-se de roubo com grave ameaça praticada com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, o único regime prisional condizente e razoável, em observância às peculiaridades do caso, é o inicial fechado.

Quanto ao art. 387, § 2º do Código de Processo Penal, é matéria que deve ficar reservada ao r. Juízo das Execuções Criminais. Não há nos autos elementos para avaliar se os réus fazem *jus* à detração ou progressão de regime. Melhor, assim, que a questão seja examinada pelo Juízo da execução, mais bem aparelhado para, se o caso, calcular a detração penal e, sopesados os requisitos,

deferir-lhes ou não a progressão de regime, até porque tal não decorre da mera soma aritmética, sendo imprescindível valorar o comportamento no cárcere (Apelação nº 0011148-72.2011.8.26.0050, Rel. Des. CAMILO LÉLLIS, julgada em 22 de setembro de 2015).

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeita-se a preliminar arguida e nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007636-49.2014.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante RICARDO LUIZ CENDRETTI, 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 e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO E LESÕES CORPORAIS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – *Preliminar* – Nulidade do exame de etilômetro – Inocorrência – Teste realizado dentro do prazo estipulado para verificação anual do aparelho pelo INMETRO – Calibração que não se confunde com a verificação anual do equipamento, conforme Resolução do CONTRAN – *Mérito* – Absolvição – Impossibilidade – Materialidade, autoria e culpa em sentido estrito do réu suficientemente demonstradas nos autos – Embriaguez, condução na contramão de direção da via e alta velocidade que evidenciam a imprudência do acusado – Ausência de utilização de cinto de segurança ou velocidade empregada pelo automóvel ocupado pelas vítimas que não elide a responsabilização do

Acesso ao Sumário

apelante – Inexistência de compensação de culpas na seara penal – Precedente – Pena bem dosada e corretamente substituída – Regime inicial mais brando mantido – Preliminar rejeitada e recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença a fls. 482/494, **Ricardo Luiz Cendretti** foi condenado à pena de 02 anos e 09 meses de detenção, em regime inicial aberto, além da suspensão ou proibição para conduzir veículo automotor pelo prazo de 10 meses, como incurso no art. 302, §2°, e no art. 303, *caput*, este por 05 vezes, na forma do art. 70, *caput*, todos do Código de Trânsito Brasileiro. A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de 05 salários mínimos, a ser revertido em favor de entidades públicas ou privadas com destinação social, e na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo daquela, em local a ser estabelecido pelo Juízo da Execução.

Inconformada, apela a defesa em busca da absolvição. Inicialmente, alega que o exame de etilômetro é nulo, seja porque realizado com vício de consentimento do acusado, que, por ter sofrido traumatismo cranioencefálico, não estava em condições de responder pelos seus atos, seja porque o aparelho utilizado no teste encontrava-se sem a manutenção devida, não tendo sido submetido à calibração anual. Prossegue, asseverando que não há provas suficientes para comprovação da culpa do réu, sobretudo porque verificado o excesso de velocidade do veículo ocupado pelas vítimas, as quais não utilizavam os respectivos cintos de segurança. Acrescenta, neste intento, que a constatação de concentração alcoólica superior à permitida por lei não é o bastante para indicar que o réu conduzia o veículo com a capacidade psicomotora alterada, sendo imprescindível que se demonstre a influência da suscitada substância na aptidão para dirigir. Quando ao mais, pleiteia "*seja liberada a fiança em favor do réu*" (sic) (fls. 507/519).

Contrariado o apelo (fls. 524/526), subiram os autos, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 535/545).

É o relatório.

As imputações são as de que, no dia 14 de setembro de 2014, por volta das 05h45, na Rodovia Julio Fortes, altura do KM 06, Vila Maria, na cidade e Comarca de Cruzeiro, o acusado conduziu veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.

Consta, ainda, que, nessas condições, praticou homicídio culposo

Acesso ao Sumário

na direção de veículo automotor, o que resultou na morte de *Clarice Batista Lourenço*, bem como praticou lesões corporais culposas, ofendendo a integridade física de *Vicente Claro Teodoro, Denise da Penha Rodrigues Claro, Palmira Maria Antônio Teodoro, Egidia Regina Aparecida Cosentino e Celia Coutinho de Freitas Cosentino.*

De proêmio, a despeito de ter sido tratado como tese meritória, a rigor, cuida-se de matéria prejudicial, de maneira que, primando pela melhor técnica jurídica, a aventada nulidade do etilômetro será tratada em sede de preliminar.

Sem razão a defesa, contudo.

O exame do etilômetro, realizado em 14.09.2015, apresentou resultado de 0,95mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões do acusado; índice, portanto, superior ao estabelecido no art. 306, §1º, I, da Lei 9.053/97, com redação dada pela Lei nº 12.760/2012, vigente à época dos fatos.

Neste plano, deve ser afastada a argumentação no sentido de que não houve regular inspeção anual no etilômetro, o que acabaria por invalidar a prova em comento.

É que não se deve confundir a obrigatoriedade de verificação anual do aparelho com sua calibração, como quer fazer crer a defesa.

A Resolução 432/2013 do CONATRAN (o que também se extrai da Portaria 202/2010 do INMETRO, ulterior àquela mencionada pela defesa) determina, em seu art. 4º, que um dos requisitos a ser preenchido pelo etilômetro é o de ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ.

Já a calibração, não tem qualquer relação com a verificação anual do aparelho, sendo feita pelo próprio fabricante do equipamento, quando fornecido ao poder público, ou no caso de defeito, ou para os ajustes necessários à correta medição.

Vale frisar, a aludida Resolução sequer menciona a calibração ou prazo para que esta seja realizada. Desta forma, entende-se que, se, na verificação anual do aparelho, for constatada irregularidade no funcionamento, o etilômetro será, então, encaminhado ao fabricante para que proceda aos ajustes necessários.

Neste sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO POSTERIOR

Acesso ao Sumário

À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. BAFÔMETRO. LEGALIDADE. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...] 2. O art. 6º, inciso III, da Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, do CONTRAN, revogado pela Resolução nº 432/2013, dispunha que o medidor de alcoolemia - etilômetro - deveria ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ. 3. A verificação periódica anual não tem qualquer relação com a calibragem do etilômetro. Esta é feita pelo fabricante quando do fornecimento dos aparelhos aos órgãos públicos ou no caso de defeito, enquanto aquela é feita pelo INMETRO, que vistoria anualmente os equipamentos. 4. No caso, embora a última calibração do etilômetro tenha sido realizada em 17/09/2008, a próxima certificação do INMETRO se daria apenas em 15/12/2010, e o paciente fora submetido ao teste de alcoolemia em 22/08/2010, dentro, portanto, do prazo de 1 (um) ano da data da última verificação anual, conforme disciplina a referida resolução, inexistindo qualquer ilegalidade à continuidade da ação penal. 5. Ordem não conhecida." (HC 242.915/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 14/06/2013).

Analisando-se a tira do exame realizado, nota-se que a última calibração ocorreu em 02.01.2012, inexistindo previsão legal sobre prazo para nova calibração.

No entanto, a próxima verificação anual exigida pelo CONTRAN estava prevista para 21.03.2015.

Assim, o aparelho encontrava-se regular e com a data de verificação válida no momento em que o crime ocorreu, isto é, em 14.09.2014. Antes, portanto, do vencimento da próxima verificação a ser realizada pelo INMETRO.

Acesso ao Sumário

Nessa medida, o aparelho utilizado na realização do exame era apto a atestar a embriaguez, tendo em vista que a próxima verificação se daria em data posterior à de seu uso.

Ainda sobre o tema, vale trazer as seguintes decisões deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – Insurgência Ministerial contra a r. decisão que absolveu sumariamente o acusado, com fulcro no art. 386, II do Código de Processo Penal – A calibração do etilômetro não se confunde com a verificação periódica anual exigida

pela Resolução Contran 206/2006 vigente à época dos fatos – Aparelho hábil a aferir a concentração de álcool do réu na oportunidade – Ademais, o acerto da medição realizada poderá ser corroborada por eventual prova oral produzida – Absolvição sumária que é medida excepcional e, no presente caso, mostra-se prematura – Recurso ministerial provido" (Apelação nº 0001625-21.2012.8.26.0270, 4ª Câmara Criminal, Rel. Edson Brandão, j. 24.06.2014);

"APELAÇÃO – ART. 306 DO CTB – EMBRIAGUEZ NO VOLANTE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA INEFICÁCIA DO ETILÔMETRO – TESTE REALIZADO DENTRO DO PRAZO DE CERTIFICAÇÃO DO INMETRO – VALIDADE – ENTENDIMENTO: Não se deve confundir calibração com certificação do INMETRO, sendo que a calibração é feita pelo fabricante, não existindo prazo para nova calibração, salvo se danificado o aparelho ou reprovado pelo INMETRO. Já a certificação deve ocorrer anualmente, conforme previsto na Resolução nº 206 do CONTRAN, cabendo ao INMETRO verificar se o equipamento está de acordo com os parâmetros estabelecidos para o correto funcionamento. Assim, sendo o teste realizado dentro do prazo de certificação, válida será a prova material pelo aparelho emitida. Recurso provido" (Apelação nº 0009058-57.2012.8.26.0050, 7ª Câmara Criminal, Rel. J. Martins, j. 16.10.2014).

De outro lado, a defesa sugere que o fato de ter sofrido traumatismo cranioencefálico implica na total impossibilidade de o réu ter consentido, legitimamente, com a realização do exame, o que, de forma alguma, pode ser admitido.

Isto, pois, embora alguns elementos de prova indiquem que o apelante apresentava sinais de desorientação logo após o acidente, não há qualquer prova sólida com aptidão para comprovar que, no momento da realização do exame, ele se encontrava com a capacidade de autodeterminação comprometida ao ponto de viciar a sua vontade.

Seja como for, fato é que, após a alteração legal trazida pela Lei nº 12.760/12 (vigente à época dos fatos), não é mais necessária a aferição da concentração de álcool para caracterização da embriaguez ao volante, sendo esta apenas uma das formas de se constatar a capacidade psicomotora alterada, como também são os sinais disciplinados na Resolução 432/2013 do CONTRAN, previstos em seu Anexo II, alguns dos quais, como será doravante melhor alinhavado, foram constatados no réu por algumas das vítimas e testemunhas.

Acesso ao Sumário

Ademais, a alteração da capacidade psicomotora é presumida pelo legislador quando verificadas as hipóteses do art. 306, §1º, I e II, da Lei n.º 9.503/97, e não mais subsiste, desde a alteração ocorrida em 2008, o elemento

do tipo *"expondo a dano potencial a incolumidade de outrem"*.

Em outras palavras, com a modificação do art. 306 da sobredita Lei, a embriaguez ao volante passou a ser considerado crime de perigo abstrato.

Aliás, este é o entendimento perfilhado pela Suprema Corte, conforme julgado que segue:

> *"HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.* ***II – Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.*** *IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada.* (HC 109269, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 RTJ VOL-00224-01 PP-00528 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 639-644 REVJMG v. 62, n. 198, 2011, p. 413-415) (Grifo nosso).

Ainda sobre o tema:

> *"É crime de perigo abstrato - trata-se de perigo presumido, ou seja,* ***o simples fato de o agente dirigir veículo sob influência do álcool já tipifica o crime****. O dolo consiste na vontade livre e consciente de dirigir veículo automotor, com o conhecimento de que ingeriu substância inebriante."* (Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, Legislação Penal Especial, fls.232, Código de Trânsito Brasileiro, 4a ed., ed Atlas S.A,2001, São Paulo) (Sem destaque no original);

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL E INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. I - [...]. II - O crime do*

Acesso ao Sumário

art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação ***basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal****, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta. [...]. Ordem denegada."* (STJ, HC 140.074/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009) (destacado).

Destarte, ainda que se constatasse a invalidade do exame de etilômetro (o que, como se viu, não é o caso dos autos), certo é que a embriaguez do acusado restaria comprovada por outros elementos de prova, em nada influenciando no deslinde do feito os apontamentos efetuados pela combativa defesa.

Rejeita-se, pois, a preliminar ventilada.

Superado isto, a materialidade delitiva é inconteste e deriva do auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), boletim de ocorrência (fls. 15/20), tira de exame de etilômetro (fls. 21), laudos de exames de corpo de delito (fls. 97, 99, 101, 103, 105, 107, 109, 111, 213 e 215), laudo de exame de verificação de embriaguez (fls. 113), laudo de exame necroscópico, conforme o qual a vítima Clarice morreu devido à ocorrência de politraumatismo (fls. 130/131), laudos de vistoria de veículo (fls. 156/158 e 160/162) e croqui do local dos fatos (fls. 171/173 e 319/321); tudo em consonância com a prova oral coligida.

Igualmente inconcussa a autoria.

Ouvido em pretório, o réu afirmou, em suma, não se recordar de como se deu o acidente. Malgrado tenha admitido a ingestão de álcool na noite anterior à data dos fatos, em um churrasco realizado com seus familiares, assegurou que dormiu no local, tomando a condução do veículo pela manhã, quando sentia-se bem, após ter tomado uma "ducha". Teve um "apagão", recordando-se apenas de estar na mão correta de direção. Não se lembra de ter feito o teste de etilômetro, mas tão somente o exame clínico no IML (mídia digital – fls. 436).

Apesar da justificativa apresentada por **Ricardo**, nada nos autos foi capaz de infirmar as imputações, de sorte que os demais elementos de prova conferem sólido arrimo à tese acusatória.

Neste passo, a vítima *Vicente Claro Teodoro*, tio de Marcos, condutor do *FORD/Fiesta*, relatou que estava no banco da frente, como carona. Avistou o acusado surgindo na contramão e colidindo de frente com o carro em que estava juntamente com sua família. Estava acordado durante o tempo todo, presenciando a dinâmica dos fatos. No momento da colisão, o automóvel de seu sobrinho estava em velocidade baixa, pois havia acabado de passar por uma "quebra-molas". Assim como sua esposa, estava com cinto de segurança. Não sabe precisar se as demais vítimas utilizavam o mencionado acessório de segurança (mídia digital – fls. 436).

Acesso ao Sumário

Nesta mesma esteira, as declarações de Denise da Penha Rodrigues

Claro, esposa de Marcos, a qual acrescentou que o veículo conduzido pelo apelante invadiu a contramão em alta velocidade. Não conversou com o réu, mas percebeu que ele se desequilibrava, aparentando estar embriagado (mídia digital – fls. 355).

Palmira Maria Antônio Teodoro contou que, por ter desmaiado, não pôde visualizar bem o acidente. Estava conversando com *Clarice*, que acabou falecendo. Marcos é evangélico e não faz uso de bebidas alcoólicas. Sofreu lesões no maxilar, quebrou os dentes e os óculos, além de ter sofrido outros ferimentos na face. Teve de permanecer internada durante aproximadamente um dia, sendo encaminhada para Taubaté, onde foi submetida a procedimento cirúrgico. Assegurou que todos os ocupantes do veículo conduzido por Marcos, incluindo a declarante, estavam com cinto de segurança (mídia digital – fls. 436).

Marcos Antonio Claro esclareceu que conduzia o veículo atingido pelo automóvel do acusado, que estava em alta velocidade e invadiu a contramão de direção, atingindo-o. Quando viu, o automóvel do réu já estava muito próximo, não tendo tempo de reagir. Estava devagar, pois havia acabado de passar por um "quebra-molas". Trafegava a aproximadamente 30km/h. Ricardo estava completamente alcoolizado. Conversou com ele e percebeu sinais de embriaguez. Clarice faleceu no local. Palmira e sua esposa, Denise, se machucaram significativamente. Assim como Vicente, o declarante acabou experimentando apenas ferimentos leves (mídia digital – fls. 355).

Egídia Regina Aparecida Cosentino disse que ocupava o banco da frente, ao lado de seu marido, ora réu, que conduzia o veículo. Na noite anterior, estavam em um churrasco, onde acredita que Ricardo tenha ingerido bebidas alcoólicas. Na manhã seguinte, saíram de carro e houve a colisão. Estava dormindo, nada podendo precisar sobre o acidente. Não soube dizer se o réu estava com cheiro de álcool, mas ele aparentava estar normal (mídia digital – fls. 436).

Célia Coutinho de Freitas Cosentino, sogra do apelante, nada trouxe de relevante acerca do acidente, eis que alegou estar dormindo durante todo o trajeto, acordando somente no momento da colisão. Quebrou um dedo e a clavícula (mídia digital – fls. 340).

O policial militar rodoviário Paulo Rogério de Oliveira narrou ter sido acionado para atender a ocorrência. No local, percebeu que o réu apresentava sinais de embriaguez, tais como olhos avermelhados e odor etílico. O veículo conduzido pelo acusado, um *FIAT/Siena*, invadiu a contramão de direção. As vítimas foram levadas para a Santa Casa de Cruzeiro, onde, na presença de médico e do enfermeiro, o apelante foi submetido ao teste de etilômetro, constatando-se a presença de 0,95mg de álcool por litro de ar alveolar expelido (mídia digital – fls. 436).

Acesso ao Sumário

O testemunho ofertado por seu colega de farda, Lindomar Antonio dos Santos, confirmou tais declarações (mídia digital – fls. 436).

E, aqui, registre-se que, além de não demonstrado o interesse dos policiais em prejudicar o apelante, o depoimento deles "*pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do contraditório. Precedentes do STF e desta Corte*." (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

Na mesma senda:

> *"Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal"* (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

Vitor Francisco da Silva Pantoni, bombeiro, contou que foi acionado para comparecer ao local, onde prestou socorro às vítimas. Teve contato com o réu, que, apesar de desorientado, estava consciente. Não se recordou se o recorrente apresentava odor etílico. Não soube informar se os ocupantes dos veículos utilizavam cinto de segurança (mídia digital – fls. 436).

Por último, o médico Fernando Coutinho de Freitas Junior, responsável pelo atendimento das pessoas envolvidas no acidente, confirmou o teor das declarações que deu em solo policial (fls. 211). Disse que estava presente no momento da realização do teste de etilômetro no acusado, não sabendo precisar se os policiais solicitaram o consentimento dele para tanto, ou não. O réu foi medicado com analgésicos, os quais não têm o condão de alterar o resultado do etilômetro (mídia digital – fls. 436).

Noutro giro, tanto o laudo de verificação de embriaguez (fls. 117) quanto o exame de etilômetro (fls. 21) deram conta de que o acusado fez ingestão de álcool, e, embora o primeiro (realizado apenas dia 17.09.2014, às 18h00) tenha concluído que, no momento do teste, não poderia ser caracterizado o estado de embriaguez, o segundo, conforme antevisto, teve plena aptidão para atestar o comprometimento da capacidade psicomotora do réu em função do consumo da suscitada substância.

Pois bem.

Urge do arcabouço probatório (mormente do exame de etilômetro e das declarações prestadas por Marcos, pela vítima *Denise* e pelo policial Paulo Rogério de Oliveira) que, ao tempo dos fatos, o acusado conduzia o veículo descrito na denúncia em estado de embriaguez, e que, em alta velocidade, invadiu a contramão de direção, interceptando a trajetória do automóvel *FORD/*

Acesso ao Sumário

Fiesta conduzido por Marcos, ocasionando a morte de *Clarice* e lesões corporais nas demais vítimas.

Tal situação, sem sombra de dúvidas, demonstra a imprudência do apelante.

Em verdade, a embriaguez constatada, por si só, já é suficiente para se fazer presumir a culpa, a qual, uma vez presente, ocasiona a diminuição dos sentidos, prejudicando a visão e o reflexo, os quais, em estado perfeito, certamente confeririam maiores possibilidades de o recorrente evitar o acidente no qual se viu envolvido.

A propósito, *mutatis mutandis*:

"PENAL - CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - PROVAS DA IMPRUDÊNCIA - EMBRIAGUEZ, INVASÃO DA CONTRAMÃO DIRECIONAL E EXCESSO DE VELOCIDADE - DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO - MATÉRIA FÁTICA - CULPA DEMONSTRADA - PENALIDADE DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO - PRAZO - REDUÇÃO - PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. - Pratica homicídio culposo na direção de veículo automotor aquele que, faltando com a obligatio ad diligentiam ao conduzir veículo com sinais de embriaguez e em alta velocidade, invade a contramão direcional da pista e causa, por imprudência, a morte, por atropelamento, de um pedestre que atravessava a via pública. - A penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo deve guardar proporção com a pena corporal, de acordo com as balizas judiciais do art. 59 do CP, merecendo a sua redução quando não observada a regra da proporcionalidade. V.V. - Se o prazo da suspensão ou proibição do direito de dirigir está estabelecido entre 02 (dois) meses e 05 (cinco) anos, há de se fazer concordância com as penas dos delitos que o réu está sendo condenado para se estabelecer a sanção, haja vista o maior grau de reprovabilidade de cada delito cometido. (TJ-MG - APR: 10435120007677001 MG, Relator: Júlio Cezar Guttierrez, Data de Julgamento: 27/05/2015, Câmaras Criminais/4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/06/2015).

Com efeito, a embriaguez é circunstância que, conforme já assentado em sede de preliminar, faz presumir alteração da capacidade psicomotora, não prosperando as alegações defensivas em sentido diverso.

De outra banda, em que pese o esforço defensivo, pouco importa o fato de as vítimas estarem, ou não, utilizando cinto de segurança, ou, ainda, de o carro conduzido por Marcos estar, eventualmente, em velocidade superior à máxima permitida na via.

E isto, sem perder de vista que parte da prova oral evidencia exatamente o

Acesso ao Sumário

inverso (ou seja, que Marcos estava em velocidade baixa, após ter transpassado o "quebra-molas", e que todos os ocupantes do veículo estavam com os cintos de segurança afivelados).

É que inexiste compensação de culpas no direito penal.

A jurisprudência reverbera em uníssono nesse sentido:

"Dessa forma, bem configurada a culpa de ambos, sem que qualquer delas seja bastante a excluir a culpa do outro, sob pena de compensação de culpas, essa, aliás, vedada pelo ordenamento jurídico vigente. Contrariamente ao que sustenta a defesa, portanto, a configuração da culpa concorrente não importa, necessariamente, no reconhecimento da atipicidade do fato. (...) A doutrina é unânime tanto no sentido da possibilidade do reconhecimento da culpa concorrente, como na vedação da concorrência de culpas no caso concreto" (Embargos de Declaração n° 975.221370-0, Rel. Salles Abreu, da 4ª Câmara de Direito Criminal, j. 19.02.2008, r. 28.04.2008).

Portanto, a responsabilidade do apelante é manifesta, não havendo que se falar em absolvição.

Insofismável, ainda, o nexo de causalidade entre sua conduta, a morte de uma das vítimas e as lesões experimentadas pelas demais, nos termos do laudo necroscópico e dos exames de corpo de delito.

Plenamente demonstrados, dessa forma, a autoria, a materialidade e os elementos da culpa em sentido estrito, a condenação era mesmo medida que se impunha.

De outra banda, as penas – que foram substituídas, nos termos do art. 44 do Código Penal – e o regime prisional foram bem estipulados, tanto que a defesa sequer se insurgiu contra tais pontos.

No mais, a despeito de a nobre defesa ter se referido à fiança, tal medida, s.m.j., sequer foi determinada em desfavor do acusado.

De todo o modo, consigne-se que, assim como este juízo entende nos casos em que se pede o afastamento de custas processuais (o que pode ter sido o intuito da nobre defesa), o valor fixado deve se adequar às condições econômicas do acusado, cabendo à defesa trazer aos autos comprovante da eventual hipossuficiência econômica para fins de minoração do *quantum* imposto, o que não restou provado a contento, até porque o réu está sendo patrocinado por defensor constituído.

Em arremate, cuida-se de assunto a ser apreciado pelo Juízo da Execução, o qual detém maiores informes acerca da real condição financeira do apelante.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar** e **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000046-76.2016.8.26.0600, da Comarca de Lins, em que são apelantes ALEX HENRIQUE PEREIRA ALVES e RICARDO APARECIDO OLIVEIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso para absolver Alex Henrique Pereira Alves e Ricardo Aparecido Oliveira da Silva com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame da preliminar arguida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.086)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Furto qualificado – Princípio da Insignificância – Aplicabilidade – Valor reduzido da "res" e escassa repercussão do fato.

VOTO

Alex Henrique Pereira Alves e Ricardo Aparecido Oliveira da Silva foram condenados pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lins a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 06 (seis) dias-multa, no valor mínimo unitário, como incursos no art. 155, §4º, IV c.c. § 2º, do Código Penal.

Em preliminar, Ricardo suscita nulidade da sentença porque não instaurado incidente de dependência toxicológica. No mérito, os sentenciados buscam a absolvição por atipicidade da conduta em razão de insignificância penal. Subsidiariamente, Ricardo requer a redução das penas e Alex o reconhecimento da tentativa.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 338/342), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Consta da denúncia que, em 08 de fevereiro de 2016, os acusados subtraíram 04 (quatro) frascos de desodorante de drogaria, avaliados em R$ 47,40 (quarenta e sete reais e quarenta centavos – fls. 77). Namorada de cliente

Acesso ao Sumário

aguardava do lado de fora do estabelecimento e viu a ação dos réus. Noticiou o fato ao segurança e este, por sua vez, acionou policiais militares. Abordados os apelantes nas proximidades, em posse das mercadorias.

A escassa repercussão do fato indica que exagerada e desproporcional a resposta penal fornecida, aconselhando que se reconheça a atipicidade material da conduta. Veja-se que apreendidos e restituídos os produtos (fls. 77/78).

A descriminalização de condutas pode ser realizada por ato legislativo ou interpretativo do juiz.

Como em nosso sistema o juiz não dispõe de grande mobilidade e o Ministério Público, salvo recentes exceções, está submetido à regra da obrigatoriedade da ação penal, pode parecer problemática a descriminalização pela via interpretativa.

No entanto, a moderna dogmática penal fornece diversas técnicas para que se possa alcançar tal objetivo, sem que se abra mão da segurança jurídica do sistema. Exemplos são os princípios da adequação social e da insignificância.

Para evitar qualquer situação de insegurança jurídica, provocada por decisões carentes de critérios sistemáticos ou científicos, é preciso deixar que as proposições valorativas político-criminais, como é o caso da necessidade de descriminalização de algumas condutas, passem a penetrar nas categorias sistemáticas do Direito Penal, superando-se, assim, as discrepâncias existentes entre a experiência e certos postulados da dogmática, compatibilizando-se a prática com a teoria. É imprescindível, portanto, que se confira específico significado político-criminal a cada uma das categorias sistemáticas da teoria do delito.

Não se trata apenas de ter em conta pontos de vista político-criminais na aplicação da lei, como costumeiramente se vê na jurisprudência brasileira (as conhecidas absolvições em nome da "boa política criminal"). É preciso ir mais longe, conciliando a política criminal com a segurança jurídica que proporciona a claridade do sistema, evitando-se a arbitrariedade.

Para tanto, os elementos do delito, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, devem ser analisados, desde o início, sob o prisma de sua função político-criminal.

À tipicidade, assim, deve ser conferido o significado político-criminal de expressão do princípio constitucional da legalidade. Por esse motivo, não se deve admitir a interpretação extensiva dos tipos penais com o intuito de garantir uma proteção sem lacunas dos bens jurídicos.

Diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, decorrentes do próprio princípio da legalidade, o correto é justamente o oposto, ou seja, a interpretação restritiva dos tipos penais.

Como critérios auxiliares dessa interpretação restritiva é que devem ser

Acesso ao Sumário

entendidos os princípios da adequação social, idealizado por Hans Welzel, e da insignificância, devido a Claus Roxin, ambos integrantes da moderna concepção de tipicidade material.

De fato, o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos e socialmente reprovável.

O Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando com bagatelas. A adoção do princípio da insignificância, por conseguinte, é o caminho sistematicamente correto e com base constitucional para a descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atinjam de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

O princípio atua, portanto, como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político criminal de expressão da regra constitucional da legalidade, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal, como sustentado em nossa obra "O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal" (Saraiva, 1994).

Feitas tais considerações, verifica-se a possibilidade de, sem qualquer ofensa ao sistema, afirmar-se a atipicidade material, por sua insignificância, de condutas como a versada nestes autos, que, não obstante formalmente típicas, não merecem, em razão do desvalor do resultado, a atenção do Direito Penal.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver Alex Henrique Pereira Alves e Ricardo Aparecido Oliveira da Silva com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame da preliminar arguida.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001404-73.2016.8.26.0601, da Comarca de Socorro, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado A.F.N.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo ministerial para condenar A.F.N. ao cumprimento da pena corporal de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, valorados como na r. sentença, sem benefícios, por infração aos ditames do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Determinaram

que fosse providenciado o necessário para a expedição de mandado de prisão, nos termos do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP, reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 43 e 44, observando-se o regime prisional estabelecido. Determinaram também a comunicação da condenação ao Instituto de Identificação do Estado de Minas Gerais. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.747)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), GRASSI NETO e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PRETENSÃO MINISTERIAL DE REVOGAÇÃO DO REDUTOR ESTABELECIDO NA R. SENTENÇA, BEM COMO DE AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, E DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELADO NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

SITUAÇÃO A ENSEJAR, TODAVIA, O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, E DA SUBSTITUIÇÃO OPERADA, COM A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.

Recurso ministerial provido, com determinações.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público contra a r. decisão que condenou A.F.N. ao cumprimento da pena corporal de um ano e oito meses de reclusão, em regime prisional inicial aberto, mais o pagamento de cento e sessenta e seis dias-multa, fixados no piso mínimo, tendo sido a aflitiva substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, e prestação de serviços a comunidade, ou a

Acesso ao Sumário

entidades públicas, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, por infração aos ditames do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 177/180).

Aduz o doutor Promotor de Justiça que a r. sentença deve ser reformada, para que sejam afastadas a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos operada, pleiteando, também, a fixação do regime prisional inicial fechado para o cumprimento da sanção aflitiva (fls. 206/215).

O recurso ministerial foi contrarrazoado pela Defesa do imputado, que postula o seu desprovimento, e a manutenção da r. sentença, como prolatada (fls. 218/224).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Leandro Tatsuo Onici, se pronunciou pelo provimento do apelo ministerial (fls. 230/234).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – No caso vertente, há que se dar integral provimento ao recurso ministerial, nos exatos termos pretendidos pelo zeloso doutor Promotor de Justiça.

A materialidade delitiva e a autoria do apelante na prática do narcotráfico não foram objetos de questionamento recursal, estando ambas devidamente demonstradas pelas provas produzidas nos autos, inclusive, com sua confissão judicial (mídia), além dos depoimentos objetivos e coesos do guarda municipal Valdinei Vieira de Oliveira, e do policial civil Vagner de Oliveira Preto (mídia).

E as penas aplicadas no caso concreto, bem como o regime prisional inicial estabelecido para a reprimenda corporal, ensejam modificação, como pleiteado no recurso acusatório.

Observa-se que foram apreendidas 27 porções de cocaína, com peso líquido de 15,2g, portanto podendo atingir quase três dezenas de usuários, com o seu bem conhecido efeito devastador, diante do seu elevado poder viciante, a denotar as graves consequências do crime recepcionado, o que infere maior grau de reprovabilidade na conduta do réu, e que acertadamente ensejou a fixação das reprimendas básicas acima do mínimo legal, em observância ao teor do artigo 42, da Lei de Drogas, todavia, a seguir foram elas reduzidas novamente aos patamares mínimos, diante das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, assiste razão ao *Parquet* quanto a dever ser afastada a aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, da Lei de Tóxicos, posto que, diversamente do alegado pela Defesa em contrarrazões, não se trata de direito subjetivo do réu, mas de possibilidade condicionada a satisfação cumulativa de exigências, o que não se observa no caso presente, sendo incabível esse benefício a quem sequer demonstrou exercer o narcotráfico de forma ocasional, e em pequena monta, vez que, em que pese seja tecnicamente primário, foi

surpreendido em local conhecido como ponto de venda de drogas, na posse de, repita-se, 27 porções de tóxico potentíssimo, confessadamente destinadas ao comércio espúrio, além de não ter feito qualquer comprovação quanto ao exercício de atividade laborativa lícita, para que tivesse condições de arcar com tal aquisição, aliás, ao contrário, quando de sua qualificação no inquérito (fl. 15), declarou que estava há um mês desempregado, e admitiu, em Juízo, que havia acabado de ser colocado em liberdade, acrescentando- se a isso que o guarda municipal e o policial civil afirmaram que ele confessou na ocasião de sua prisão que já estava praticando a narcotraficância desde que saiu da cadeia, há cerca de um mês, inclusive constando nos autos certidões que indicam processos em andamento pelos delitos de porte de drogas para uso próprio (fls. 79 e 80) e de furto qualificado (fl. 105), tudo a indicar que se dedicava intensa e exclusivamente, desde antes, a atividades criminosas, delas fazendo seu meio de vida, não preenchendo, pois, o terceiro requisito necessário para a recepção de tão amplo benefício.

Importante salientar que, embora os processos em andamento acima mencionados não se prestem ao reconhecimento de maus antecedentes, e muito menos de reincidência, não podendo ser utilizados para agravar as reprimendas impostas, por outro lado não podem ser ignorados para aferir a personalidade do acusado, bem demonstrando a sua dedicação, de há muito, ao crime.

Nesse sentido decide o Superior Tribunal de Justiça:

- "PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. BENS JURÍDICOS DIVERSOS E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 4. A vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por feitos em andamento, como tem decidido esta Corte 5. Habeas corpus não conhecido." (STJ – HC 258.996/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016).

Nesses termos, afastada a aplicação do referido redutor, ficam as sanções finais estabelecidas em cinco anos de reclusão, mais o pagamento de quinhentos dias-multa, valorados como no r. *decisum*.

Acesso ao Sumário

E dado o *quantum* de penas imposto, aliado às circunstâncias acima expostas, por si só já afastam a possibilidade da substituição da corporal por restritivas de direitos operada, e justificam a fixação de regime prisional inicial fechado, vez que se constituem em benefícios incompatíveis com a gravidade, em concreto, do crime praticado, inclusive com a apreensão de 27 porções de cocaína, embaladas para a venda (fotografia de fl. 84), portanto, prontas para serem disseminadas na sociedade, mormente no caso de réu que, mesmo agraciado com a liberdade provisória em outro processo, ainda assim voltou a delinquir cerca de um mês depois, demonstrando, pois, além de seu profundo envolvimento com o mundo do crime, o seu desprezo pela Justiça Pública e a sua ousadia acentuada, tudo em consonância com os ditames do quanto determinado no § 3º, do artigo 33, e no artigo 59, ambos do Código Penal, mais o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, levando-se em conta, também, a natureza do ilícito, equiparado aos hediondos, que a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, estabelece que seja tratado com maior rigor.

Soma-se a tal que é de entendimento da Turma Julgadora, em casos como este, quanto a dever ser rigorosa a repressão ao delito em tela, não havendo que se descurar, inclusive, que os supramencionados dispositivos constitucionais, como a própria Lei nº 8.072/90, encontram pleno amparo na Convenção de Viena, de 1991, de Combate ao Tráfico de Drogas, promulgada no país pelo Decreto nº 154/91, especialmente quanto aos seus artigos 4º, "a", 6 e 7.

Isto posto, dá-se provimento ao apelo ministerial para condenar A.F.N. ao cumprimento da pena corporal de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, valorados como na r. sentença, sem benefícios, por infração aos ditames do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Providencie-se o necessário para a expedição de mandado de prisão, nos termos do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP, reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 43 e 44. **Deverá o MM. Juiz comunicar a condenação também ao Instituto de Identificação do Estado de Minas Gerais.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002990-38.2014.8.26.0627, da Comarca de Teodoro Sampaio, em que é apelante ELTON BARROS VIEIRA, 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: "Via de consequência, DERAM PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por Elton Barros Vieira, para absolvê-lo da imputação de infringir o art. 155, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.169)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Furto simples – Recurso da Defesa – Absolvição por falta de provas – Procedência – Materialidade suficientemente comprovada – Ausência, contudo, de prova de autoria – Temerária a condenação do apelante com base apenas no relato da vítima, que não presenciou os fatos, tendo apenas afirmado que vizinhos, que não quiseram se identificar, indicaram o acusado como o autor – Dúvida que se resolve em favor do réu – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação criminal, interposta por Elton Barros Vieira, contra a r. decisão de fls. 103/106, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar procedente a ação penal, condenou o réu ao cumprimento da pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no piso, por incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, substituída a pena carcerária por prestação pecuniária de dois salários mínimos, nos termos do art. 44, do Código Penal.

Inconformada, recorre a ilustre defesa, com razões de apelação às fls. 119/122, pugnando pela absolvição por insuficiência de prova, aduzindo, para tanto, que as únicas testemunhas ouvidas não presenciaram qualquer movimentação por parte do apelante que demonstrasse a autoria.

Recurso regularmente processado e contrariado pelo Ministério Público (fls. 123/126).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 132/135, apresentando parecer pelo desprovimento.

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 13 de junho de 2014, no período da tarde, na Rua João Fernandes da Silva, n. 368, Distrito de Planalto do Sul, Comarca

Acesso ao Sumário

de Teodoro Sampaio, ELTON BARROS VIEIRA, qualificado às fls. 34/36, subtraiu para si um galão contendo 27 litros de gasolina, avaliado em R$ 78,00 (fls. 10), pertencente à vítima Aleixo Lemes de Souza.

Segundo apurado, o acusado, determinado a praticar o crime patrimonial, ingressou no quintal da residência localizada na Rua João Fernandes da Silva, n. 368, no Distrito de Planalto do Sul, e apropriou-se de um galão contendo 27 litros de gasolina, combustível utilizado para abastecer o veículo de trabalho da vítima. Obtida a posse do bem, deixou o local.

Posteriormente, o réu foi visto nas proximidades de um canavial abastecendo um veículo, conforme relatório de investigação acostado às fls. 07/08.

Estes são os fatos.

O recurso defensivo comporta provimento, a fim de que o réu seja absolvido por insuficiência de provas.

O réu negou os fatos na fase administrativa (fls. 34), não comparecendo em juízo, apesar de regularmente citado (fls. 80), sendo decretada sua revelia (fls. 97).

A vítima, em ambas as oportunidades em que foi ouvida, relatou, em síntese, que no dia 13 de junho de 2014, no período da tarde, alguém entrou no quintal de sua casa e furtou um tambor contendo 27 litros de gasolina. Quando chegou à sua casa, por volta de 17h40, logo percebeu que alguém tinha levado o barril com gasolina, contudo, até àquela data não tinha nenhum suspeito. Mas, após algumas horas, tomou conhecimento através de vizinhos que um indivíduo conhecido como "ELTINHO" que havia furtado o barril. Outro informante contou a ele que viu "ELTINHO" abastecendo um veiculo e após, deixou o barril próximo ao canavial no Distrito de Planalto do Sul. Diante disso, dirigiu-se ao posto da polícia militar localizado no Distrito do Planalto do Sul e pediu que policiais o acompanhassem até o local. Então, foi até o local, junto com os policiais, e viu o barril jogado, contudo, o barril já estava vazio. Não soube informar quais os policiais que o acompanharam (fls. 09 e mídia de fls. 99).

Acesso ao Sumário

O policial Agenor de Oliveira Filho, por sua vez, esclareceu que a vítima compareceu à Delegacia noticiando que havia deixado um galão com 27 litros de gasolina, que seria para abastecer seu veículo VW/Kombi, sendo que uma pessoa adentrou em seu quintal, furtando o combustível. Posteriormente, a vítima compareceu novamente no departamento de polícia, e, segundo ela, vizinhos chegaram a ver o indivíduo "conhecido por Eltinho" pulando o muro da casa e saindo com o galão de combustível. Disse, ainda, que outra pessoa que não quis se identificar relatou ter visto "Eltinho" abastecendo um veículo próximo a um canavial, naquele distrito. Desta forma, solicitou a presença de uma guarnição da policia Militar que acompanhou a vítima até o local, onde foi

localizado um galão vazio jogado naquelas proximidades (conforme relatório de investigação às 07/08).

Em juízo, ratificou os fatos descritos no relatório (mídia fls. 99).

Diante do apurado, impossível a condenação do acusado. Nada há nos autos que o vincule ao furto. Não há testemunhas identificadas que tenham visto a prática da subtração. O local onde o barril vazio foi encontrado, ao que consta, é um canavial, não havendo notícia nos autos nem mesmo de proximidade daquele local com a residência do réu.

Nesta senda, não há provas mínimas para condenar o increpado, havendo meros indícios, baseados exclusivamente nos relatos da vítima, que preferiu não indicar os informantes, sendo insuficientes para uma condenação.

A dúvida, como é sabido, se resolve em benefício do réu.

Nesse sentido:

"A aplicação da máxima in dubio pro reo é decorrência lógica dos princípios da reserva legal e da presunção de não culpabilidade e, como tal, exige juízo de certeza para a prolação do juízo condenatório, sendo que qualquer dúvida acerca da materialidade e autoria delitivas resolvem-se a favor do acusado" (STJ – Ministro Marco Aurélio Bellizze – 5ª Turma – AgRg no AREsp nº 63199/MG – DJe 03/09/2013).

"Um decreto condenatório somente é possível diante de um juízo de certeza moral. Se a prova dos autos não gera a convicção necessária sobre a prática do delito pelo acusado, impõe-se sua absolvição pelo princípio do in dubio pro reo" (TJMG – APCR nº 4.535.055-31.2007.8.13.0024 – Belo Horizonte – 4ª Câm. Criminal – Rel. Des. Eduardo Brum – J. 26.10.2011 – DJEMG 09.11.2011).

Logo, diante da insuficiência de provas a respeito da autora da infração penal, de rigor absolver o réu Elton Barros Vieira, com supedâneo no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Via de consequência, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por Elton Barros Vieira, para absolvê-lo da imputação de infringir o art. 155, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019346-54.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante S. A. DA S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. V.U. Estabelecida a "culpa", autoriza-se imediato cumprimento da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, com expedição de Mandado de Prisão e, no seu cumprimento, Guia de Execução. Respeitado, portanto, prazo de eventuais "Embargos" (ou respectivo julgamento), comunique-se para cumprimento.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO, LESÃO CORPORAL. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA.

Apelo defensivo arguindo preliminar de nulidade por extinção da punibilidade (decadência – ausência de representação), absolvição por falta de provas, desclassificação do estupro e abrandamento das penas e do regime. *Desprovimento.*

1. Preenchimento da condição de procedibilidade da ação. Colheita da representação da vítima em termo de declarações. Dispensa de rigor formal. Decadência não verificada. Crime de lesões corporais como delito de ação penal pública incondicionada. ADI 4424.

2. Aptidão do acervo probatório para sufragar a condenação. Crime de lesão corporal com materialidade encetada em laudo de exame de corpo de delito e autoria arrimada nas provas orais, inclusive na parcial confissão do réu. Ausência de vestígios do estupro. Art. 167 do CPP por interpretação extensiva. Palavra da vítima. Valor cardinal na elucidação de crimes praticados sob o manto da clandestinidade (*qui clam committit solent*). Álibi do réu. Ausência de confirmação por meio de prova judicializada.

3. Inviabilidade da desclassificação pretendida. Atingida a objetividade jurídica do delito de estupro, não há que se cogitar de importunação ofensiva ao pudor. Tipo subsidiário não incidente na espécie.

4. Adequação das penas e regime inicial. Superado o

limite mínimo legal, em dosagem de pena praticado por réu reincidente, com um histórico de opressão de gênero e prévio enredamento em crimes violentos, adequadas as penas fixadas e o regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), como único suficiente como resposta punitiva. Art. 226, II, do CP. Incidência na preservação do elo de convivência marital à época do crime. Parentalidade socioafetiva que se equilibra com o histórico de agressões domésticas.

Negado provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de "***APELAÇÃO CRIMINAL***", interposto por S.A.S., contra a sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba (cf. certidão de publicação da sentença, na data de ***25/10/2016*** – conforme fls. 103).

Segundo o descrito na inicial acusatória, S. (qualificado a fls. 18) foi, inicialmente, denunciado por estupro e por *lesão corporal praticada no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher*, porque, no dia ***14/04/2014***, por volta de 16h30min, no interior da residência situada na Rua (...), na cidade e Comarca de Piracicaba, ofendeu a integridade física da ex-companheira, L.P.O., causando-lhe as lesões corporais descritas no exame de corpo de delito de fls. 07/08 e, na sequência, em um canavial, próximo ao endereço acima declinado, constrangeu-a, mediante violência e grave ameaça, a com ele manter conjunção carnal (cf. denúncia, fls. 1d/2d, recebida em ***17/03/2015*** – fls. 38).

Segundo o Ministério Público, S. conviveu maritalmente com L. por cerca de nove anos, tendo se estabelecido o liame amoroso quando o filho mais velho da vítima, fruto de relacionamento anterior, tinha apenas seis meses de vida. Da união provieram outros dois filhos. Na data dos fatos, o réu, por motivo de ciúmes (acreditava piamente que a companheira estivesse mantendo um relacionamento amoroso com o patrão), foi até o local de trabalho de L.. Tiveram uma discussão, tendo S. a obrigado a deixar o serviço. Após levá-la para casa, o **acusado** pôs-se a agredi-la na frente das crianças, com tapas no rosto, chutes e uma tentativa de enforcamento. Munido de uma faca, o réu ainda provocou um ferimento na mão dela. Percebendo que vizinhos haviam tomado conhecimento dos fatos, S., então, tornou a colocar a ofendida no carro, dirigindo-se para um canavial. Lá chegando, o **libelado** novamente a agrediu e, munindo-se de uma pedra, obrigou-a, mediante violência, a manter relação sexual com ele, provocando outras lesões físicas. A ofendida, uma vez livre de

Acesso ao Sumário

seu algoz, registrou ocorrência policial (B.O. nº 982/2014, fls. 03/04), gerando a persecução penal.

Inicialmente, ante a dificuldade em se localizar o **réu** para citação (fls. 41, 48, 50, 52), feita por edital, em princípio, em ***16/09/2015*** (fls. 57), o Juízo monocrático, acolhendo o parecer ministerial (fls. 60), determinou a **REVELIA** do **réu** e a suspensão do processo segundo o artigo 366 do Estatuto Processual, em ***22/10/2015*** (fls. 61). Comparecendo pessoalmente em cartório, o acusado foi pessoalmente citado, como certificado em ***01/04/2016*** (fls. 65), retomando-se a marcha processual. Ao cabo da instrução, a ação foi julgada procedente e S. **CONDENADO** como incurso no artigo 213, *caput*, e no artigo 129, § 9º, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal – "estupro" e "lesões corporais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher", a **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão**, em regime inicial **FECHADO**, e a **03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção**, em regime inicial **ABERTO**, sem benefícios penais. Por ter respondido solto ao processo, comparecendo aos atos processuais, e não vislumbrados os requisitos para a segregação provisória, ao acusado se franqueou o recurso em liberdade (fls. 96/102).

A sentença transitou em julgado para a Acusação em ***01/11/2016*** (v. certidão, fls. 130).

Na fase recursal, o **apelante** arguiu preliminar de nulidade, ante o não preenchimento da condição de procedibilidade da ação, por ausência de representação da vítima. No mérito, a absolvição por falta de provas ou, subsidiariamente, a desclassificação do estupro para importunação ofensiva ao pudor. Como pleitos subsidiários, a diminuição das penas, afastada a causa de aumento do artigo 226, inciso II, do Código Penal, abrandando-se o regime inicial (fls. 108/118).

Contrarrazões a fls. 120/129, opinando a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, pelo **DESPROVIMENTO** do apelo (fls. 135/143).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Colhidos os depoimentos relevantes ao caso na fase policial (fls. 09/10, 18, 28, 33 e 34), veio ao caderno de instrução o laudo pericial de exame de corpo de delito (fls. 07/08). Na fase judicial, a vítima foi ouvida e, o **acusado**, interrogado (cf. mídia, fls. 87).

Da preliminar.

Inicialmente, a Defesa arguiu ter-se verificado nulidade por ausência de preenchimento de condição de *procedibilidade* do feito, vez que a vítima não teria exercido o direito de representação, como exigido pelo artigo 225, *caput*, do Código Penal.

Sem razão.

Acesso ao Sumário

No registro da ocorrência policial, lavrada na mesma data dos fatos, ***14/04/2014***, a vítima L. já fora **cientificada** do prazo decadencial para oferecimento da representação (fls. 04) e, *apenas dois dias depois*, em ***16/04/2014***, a vítima compareceu ao distrito policial, **MANIFESTANDO O DESEJO DE REPRESENTAR CRIMINALMENTE CONTRA O RÉU** (fls. 10). É certo que, tecnicamente, ***não se exige maior rigor formal*** à realização desse ato processual, o que a própria Defesa admitiu (fls. 108). Induvidoso foi o ato de externar a vontade pela ofendida, que **assinou o termo, também firmado pela autoridade policial e pela escrivã de polícia**, como testemunha fedatária. *Nada* se demonstrou em contrário.

Igualmente certa é a exigência técnica de representação *apenas para o crime de estupro*, eis que o delito de lesão corporal praticado no contexto da violência familiar e doméstica contra a mulher dispensa tal formalidade, constituindo-se em delito de ação penal pública **INCONDICIONADA**, conforme já decidido pelo C. **Supremo Tribunal Federal**, no julgamento – com valor ***erga omnes*** – da ADI 4424, *ex positis*:

> AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. ***A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada*** – considerações (STF, ADI 4424, Relator(a): Min. **MARCO AURÉLIO**, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014, **destaquei**).

Destarte, incabível o acolhimento da preliminar aventada, ora **superada**.

Do mérito propriamente dito.

De rigor reconhecer-se a aptidão do acervo de provas. Quanto ao delito de lesões corporais, sequer há contumélia há respeito: a materialidade dimana, objetivamente, do laudo pericial de fls. 07/08, registrando equimoses arroxeadas em várias partes do corpo da vítima, **como na gengiva lateral direita e nos lábios**, o que é compatível com a dinâmica delitiva de agressões por meio de tapas e socos no rosto; por seu turno, a autoria é certa, vez que, nesse diapasão, as provas orais são monolíticas, mantendo a ofendida (fls. 87) a mesma versão, reiterada, vertida na fase policial (fls. 09/10, fls. 33), tendo o próprio réu admitido as agressões, *conquanto as tenha obtemperado, alegando ter sido agredido também*. **Note-se que o acusado, nesse ponto, ALTEROU A VERSÃO INICIAL, trazida em solo policial, quando NEGOU TER HAVIDO AGRESSÕES FÍSICAS, apresentando o irmão *E.F.S. como ÁLIBI*** (fls. 18), o que explica, apesar do queixume defensivo nesse sentido (fls. 91), *o porquê de a Polícia não se ter preocupado em realizar o exame de corpo de delito no **acusado***, que, ademais só compareceu no distrito policial na data de

Acesso ao Sumário

21/10/2014 (fls. 18), mais de seis meses depois do fato!

Imperativo salientar, ainda, que o referido álibi **TAMPOUCO FOI CORROBORADO** em juízo. Muito embora a Defesa tenha destacado, na defesa preliminar (fls. 68/69), ter tido dificuldade de contato com o **increpado** e com os familiares deste, nada obstaria o arrolamento, além das testemunhas da Acusação, de E.F., cujo depoimento estava já encartado aos autos (fls. 28). E, ainda que não tivesse sido levada a cabo essa providência, a Defesa poderia ter insistido na oitiva deste, por apego ao princípio da verdade real, ou, ainda, poderia E. ter sido trazido a juízo independentemente de intimação. Nada disso se verificou *in casu*. E nem se invoque o dever ministerial de provar as acusações, pois as provas orais da dedicada Promotoria oficiante foram aportadas aos autos, incumbido, nesse caso, ao réu provar seu álibi por meio de PROVA JUDICIALIZADA, eis que arguiu fato como contraprova.

Ao largo desses aspectos puramente processuais, observa-se que o teor do depoimento de E. mais consistiu num esforço de desqualificação da ofendida L., descrita como alguém afeito a "criar estórias", do que propriamente em relação aos fatos. Por outro vértice, o delito de estupro é demonstrado pela ***segura e reiteradamente colhida palavra da vítima*** que, ao contrário do **increpado**, nunca alterou sua narrativa dos fatos, não se tendo apresentado razões concretas para se supor por um interesse oblíquo dela em incriminar seu companheiro, também pai dos filhos menores da vítima, além de ter ele, pelo que se dessume do caso, exercido a **parentalidade socioafetiva** do primogênito de L., A.G.O. Este foi ouvido na fase administrativa e **corroborou** os relatos da mãe, atestando um histórico de opressão de gênero mantido pelo padrasto (fls. 34). Ao contrário do que alega a Defesa (fls. 93-v), trata-se de legítima prova indireta dos fatos, que, a propósito, **APENAS NÃO SE CONFIRMOU NA FASE JUDICIAL POR RECÍPROCA DISPENSA PELAS PARTES** (fls. 78), que desistiram de sua oitiva, possivelmente para preservar o menino dos efeitos do *strepitus judicii* (comentário de fatos íntimos de alguém, debatidos no processo – abalo psicológico em âmbito forense).

Acesso ao Sumário

L. confirmou *integralmente* os fatos afirmados pelo Ministério Público. Descreveu S. como tendo sempre sido um companheiro violento e agressivo, agravando-se a crise de ciúmes quando ela, trabalhando numa churrascaria, adquiriu a confiança do patrão e passou a realizar serviços de banco. Assim, ao ser levada para casa, na data dos fatos, L., de cuja infidelidade S. suspeitava, foi novamente agredida na frente dos filhos, o que A.G.O. já havia atestado na fase inquisitiva (fls. 34). Submetida a chutes e socos, a ofendida acabou sendo levada, à revelia, ao canavial, onde, novamente agredida, manteve relações sexuais **NÃO CONSENSUAIS** com o **acusado**, ameaçada que foi com uma pedra, e sempre advertida que não haveria estupro de marido contra mulher. É importante destacar o vislumbrado no depoimento específico, onde a vítima,

de forma firme, segura e, principalmente, muito emocionada, apontou o forte constrangimento a que foi submetida, obrigada a fazer o que não queria, por indivíduo claramente agressivo e que nenhuma consideração possuía em relação à própria mulher. Pouco importa a duração do relacionamento ou o fato de ter o casal gerado dois filhos e criado um terceiro; tendo a vítima confirmado a falta de assentimento (fls. 87), **certa** é a caracterização do estupro. E, uma vez que o bem jurídico tutelado, qual seja, a **dignidade sexual**, foi vulnerado na ação delitiva, com violência e grave ameaça, **incabível acatar o pedido de *desclassificação para importunação ofensiva ao pudor***. Tipo penal subsidiário, a contravenção penal somente se caracterizaria em situações *residuais*, com gravidade concreta **muito abrandada** em relação ao que se verificou realmente. **Portanto, à vista do teor da prova, entendo como praticado o delito de estupro, indeferindo-se a desclassificação**.

D'outra banda, não há que se exigir laudo sexológico. Primeiro, **a palavra da vítima**, de valor cardinal na elucidação dos crimes cometidos sob o manto da clandestinidade (*qui clam committit solent*), revela ser suficiente ao esclarecimento do fato, ***não se vendo razão para se intensificarem os efeitos da chamada vitimização secundária*** para, ainda na etapa de investigação, se exigir o laudo sexológico. Convém lembrar, no entanto, que agressões, como a da **face posterior do braço esquerdo da vítima** (fls. 08), se mostram compatíveis com a dinâmica do crime sexual: a vítima, arrastada para um canavial, é mantida à força na posição de cúbito dorsal, enquanto o algoz sacia a própria lascívia. Preponderam, todavia, nesse caso, a lógica do livre convencimento motivado do juiz (CR/88, artigo 93, inciso IX) e a incompatibilidade da hierarquia probatória com o processo penal moderno, não prosperando, pois, a alegação de insuficiência de provas. Vetustas parêmias romanas, como *'testis unis testis nullus'* (uma única testemunha não bastaria a comprovar os fatos, *in casu*, sequer se fala em testemunhas, firmando-se o relato da vítima) não devem ser invocados, porque representam um período do Direito Processual em que se afirmava o **sistema tarifário de provas**. A firme convicção da vítima na manutenção de linear narrativa fática afasta qualquer inferência quanto a possíveis "falsas memórias", como arguiu a Defesa (fls. 112), até porque esse tipo de dúvida se instalaria apenas em percentil íntimo dos crimes sexuais, *quando inexiste prévia relação, de qualquer sorte, entre as partes.* Também surgiu importante a observação do depoimento/interrogatório do próprio **acusado**, ora **apelante**, onde ficou clara a incerteza nas afirmações, especificamente no tocante ao estupro, onde ele não refutou, de forma clara e eficaz, tentativa que realizara para persuadir a vítima, posteriormente, a apenas mencionar que a relação fora "consentida", o que, evidentemente, como ali se observou, era inverídico, confirmando-se, por via indireta, a veracidade das acusações e a prevalência, nos dois relatos, da palavra da ofendida. Chama a atenção, ainda, o fato de que

Acesso ao Sumário

o **réu**, nos dizeres da vítima, agiu *sob convicção de que não seria punido por não se admitir o estupro entre marido e mulher* (fls. 87), o que é também falso, já que o texto constitucional e o direito privado pátrios albergam a **igualdade material entre todos**, da qual a **igualdade de gêneros** é consectário lógico, o que está, inclusive, em perfeita consonância com a exigência de adoção de um arcabouço normativo voltado à erradicação da violência contra a mulher, nos termos do artigo 7º, "c", da Convenção Internacional de Belém do Pará de 1994. Como a continuidade da convivência – não marital, frise-se – é irrelevante à caracterização delitiva (tampouco seria ela dirimida na retomada do liame amoroso, na **indisponibilidade do bem jurídico tutelado**), **de rigor a condenação pelos crimes descritos no libelo acusatório.**

A dosimetria não comporta reparo.

Recapituladas, com as vênias de estilo, as bases do dimensionamento das penas, reproduzo o trecho mais relevante: "***Atendendo às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, observo que o réu é reincidente (processo n. 2219/2002 da 1ª Vara Criminal local – fls. 06v do apenso). Essa circunstância, porém, só pode ser considerada na segunda fase da fixação da pena, evitando-se 'bis in idem'. De outro lado, ainda que as circunstâncias do delito pudessem justificar a elevação da pena-base, tem-se que a própria vítima informou que, passado algum tempo da separação, o réu passou a ter bom comportamento e se tornou um bom pai, o que não pode ser desconsiderado. Assim, irrelevantes as demais circunstâncias, fixo a pena-base no mínimo legal, em seis anos de reclusão para o delito de estupro e três meses de detenção para o delito de lesão corporal. Em razão da reincidência, elevo as penas fixadas em um sexto, resultando sete anos de reclusão para o crime de estupro e três meses e quinze dias de detenção para o crime de lesões corporais. Não há circunstâncias atenuantes. Na terceira fase de fixação da pena, aplico o aumento de metade, no que tange ao crime contra a liberdade sexual, com fundamento no art. 226, II, do Código Penal, totalizando dez anos e seis meses reclusão. Não há causas de diminuição. Para início de cumprimento de pena, estabeleço o regime inicial fechado (CP, art. 33, e Lei n. 8.072/90, art. 2º, parágrafo 1º). Porém, porque respondeu solto ao processo e porque não sobrevieram motivos a enseja sua custódia cautelar, o réu poderá recorrer em liberdade***" (fls. 101/102).

Correta a dosimetria das penas que, evitando aviltar o **princípio do *ne bis in idem***, operou um único aumento nas duas primeiras fases, por conta da **reincidência**, devidamente comprovada (o acusado fora condenado pelo crime de roubo majorado), não obstante, por conta do demonstrado histórico de agressões em âmbito doméstico, coubesse, pelo prisma da conduta social e da personalidade, o incremento da pena-base, ora preservada no mínimo pela regra da vedação da *reformatio in pejus*. Na terceira fase, incensurável a exasperação da pena do estupro **ante a causa legal de aumento de pena do artigo 226,**

inciso II, do Código Penal, fixa em ½, que se aplicou ao caso com o devido rigor formal. **NÃO EXISTE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL**, vez que o próprio **acusado** admitiu que, à época dos fatos, eles ainda ***não haviam rompido o liame de convivência marital***, ambos, inclusive, coabitando com o irmão dele (fls. 87). Tampouco faria sentido cogitar de situação diversa, já que, segundo a vítima (fls. 87), o **increpado** agiu instilado por ciúme e por suspeita de infidelidade, só se cogitando desse dever legal, sob o prisma do direito civil, entre cônjuges ou companheiros, de fato ou de direito. **Portanto, resta mantida a majorante aplicada** e as penas permanecem inalteradas. Da mesma forma, adequado o regime inicial **fechado**. Condenado, aqui, por uma pluralidade de crimes cometidos mediante **violência real** contra a mesma vítima, o **increpado** ainda exibe condenação definitiva por *roubo majorado*, o que revela sua proclividade à comportamentos de total antissocialidade, expressos sob a forma de crimes violentos, ***sem contar o histórico de opressão de gênero com enormes proporções ao seio familiar***, já que, pelas provas orais (fls. 87), averiguou-se que o **réu** habitualmente agredia a companheira na presença da prole do casal. Tudo está a revelar, pois, a insuficiência do regime intermediário, ***tecnicamente incabível, de mais a mais, em se tratando de réu REINCIDENTE***, *ex vi* do artigo 33, § 2º, "*a*", e § 3º, do Código Penal. Também exige, o **princípio da individualização das penas**, que o julgador fixe o regime que reputar como adequado à punição do condenado e à dissuasão geral e especial, não se estabelecendo limites de rigor marmóreo nesse passo. Note-se, ainda, que as penas ultrapassam o mínimo legal fixado no Estatuto Repressivo para fixação do regime mais gravoso.

Observo, por fim, perfeitamente adequada expedição de mandado de prisão em decisão de 2º grau de jurisdição, e imediata execução da pena, preservada que foi, até o momento, a "presunção de inocência" (**STF/HC 126.292/SP, de 17.02.2016, posicionamento confirmado em Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADCs 43 e 44 - 2016**). A Constituição Federal fala que "***ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória***" (grifei – artigo 5º, LVII). Trânsito em julgado existe quando não cabe mais recurso. A culpa, então, já se definiu, não mais existindo recurso. Obviamente que existe possibilidade dos chamados "recursos constitucionais" (especial e extraordinário), os quais, contudo, são exceções, como seus próprios nomes atestam, sendo que, ainda assim, não mais avaliam "culpa". O "Recurso Especial", na verdade, busca uma uniformidade na interpretação de Lei Federal. A própria Constituição fala em sua possibilidade em relação apenas às causas decididas em única ou **última** instância, sempre pelos Tribunais de 2º Grau. O mesmo se dá em relação ao "Recurso Extraordinário", cujo objetivo é a manutenção da uniformidade da Constituição Federal. Nenhum dos dois, portanto, pode ser considerado, tecnicamente, como "recurso de 3º instância".

Acesso ao Sumário

O trânsito em julgado, quando se fala de culpa, ou seja, quando alguém é, definitivamente, considerado **culpado**, ocorre em 2º instância.

Do exposto, por meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Estabelecida a "culpa", autoriza-se imediato cumprimento da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, com expedição de **Mandado de Prisão** e, no seu cumprimento, **Guia de Execução**. Respeitado, portanto, prazo de eventuais "Embargos" (ou respectivo julgamento), **comunique-se** para cumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000501-85.2016.8.26.0553, da Comarca de Santo Anastácio, em que é apelante VINICIUS CAMPOS DE AGUIAR FELIPE, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, restando mantida, integralmente, a sentença impugnada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.324)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente) e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS (POR DUAS VEZES). Tatuagens em duas adolescentes sem autorização dos pais. Vítimas relativamente incapazes de expressar consentimento. Lesão corporal de natureza deformante e permanente. Prova robusta da autoria e da materialidade. Condenação mantida. Penas mínimas somadas pelo concurso material. Regime aberto fixado em primeiro grau. Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por VINICIUS CAMPOS DE AGUIAR FELIPE de sentença que o condenou, como incurso no artigo 129, § 2º, inciso IV, c.c. o artigo 69, *caput*, do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, postulando a absolvição por atipicidade de conduta, sob o fundamento de que as vítimas solicitaram espontaneamente a realização das tatuagens e de que não há previsão legal acerca da necessidade de autorização para a realização de tatuagem em pessoa menor de idade.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 225/229).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 21 de fevereiro de 2016, em horário ignorado, na Rua Nitaro Kamio, nº 100, Jardim Nosso Teto, na cidade de Santo Anastácio, o réu ofendeu a integridade corporal das vítimas Y.S.S., de quatorze anos de idade, e K.O.G., de quinze anos de idade, causando-lhes as lesões corporais de natureza gravíssima, consistentes em deformidade permanente por meio das tatuagens: "Deus é fiel" e "Cristiano Araújo", além da figura de um diamante, nas pernas da vítima C., e "Cristiano Araújo" e a figura de um coração, na perna da vítima Y.

O apelo não comporta provimento.

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pelos boletins de ocorrência de fls. 03/06, 10/12 e 34/35, além dos laudos de exame de corpo de delito de fls. 15/18, 19/22, 102/103 e 104/105 (fotografias de fls. 18 e 22), que constataram que as vítimas sofreram "lesão permanente ou de difícil remoção completa".

A autoria também é inquestionável, tendo em vista que as ofendidas admitiram que pernoitaram na residência do réu e que ele fez as tatuagens descritas na denúncia a pedido delas, mas enfatizaram que ele nunca perguntou acerca da autorização dos respectivos pais. Relataram que ficaram vários dias na casa do acusado sem o conhecimento dos genitores. Informaram que ele sabia que eram menores de idade, tendo Y. se relacionado com o apelante anteriormente (fls. 173 e mídia digital).

As genitoras das vítimas contaram que as adolescentes ficaram desaparecidas, por aproximadamente três ou quatro dias, até serem encontradas pelos policiais militares na residência do réu, com as tatuagens feitas por ele. Ressaltaram que não houve autorização para tanto. A mãe de K., Luciene, ainda contou que ficou nervosa com o desaparecimento da filha, porque ela é da APAE, andou atrás dela e procurou o Conselho Tutelar (fls. 173 e mídia digital).

O réu, por sua vez, confirmou, na fase policial, a realização das tatuagens nas vítimas, alegando que elas pernoitaram uma vez na residência dele e

Acesso ao Sumário

disseram que as genitoras as tinham autorizado. Disse que havia namorado Y. por três meses e que acreditou que K. possuía mais de dezoito anos (fls. 68/69). Posteriormente, não compareceu em juízo para apresentar a sua versão dos fatos, tendo sido declarado revel (fls. 159/161).

Diante desse quadro, inegável a ocorrência das lesões corporais gravíssimas dolosas, consistente em deformidade permanente e comprometimento da epiderme, não se podendo falar em atipicidade da conduta do apelante, notadamente porque ele tinha conhecimento da menoridade das vítimas, tendo inclusive se relacionado amorosamente com uma delas, e agiu por sua conta e risco ao realizar as tatuagens sem a expressa autorização dos responsáveis legais, de modo que a sua condenação era mesmo medida que se impunha.

Cumpre ressaltar que ***"[a] tatuagem constitui forma de lesão corporal, de natureza deformante e permanente. Menores são incapazes juridicamente para consentir no próprio lesionamento, donde absolutamente ineficaz sua manifestação, à revelia dos pais."*** (RT 739/665).

Esse é o entendimento jurisprudencial desta Egrégia Corte de Justiça: **Apelação** nº 0008522-88.2009.8.26.0070, Comarca de Batatais, Rel. Des. Sérgio Coelho, 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, julgado em 28.06.2012, e **Apelação** nº 0060895-15.2010.8.26.0506, Comarca de Ribeirão Preto, Rel. Des. Walter da Silva, 14ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, julgado em 10.11.2016.

Ademais, conforme bem salientado pela douta magistrada, ***"[é] certo que, caso as vítimas fossem maior, notadamente os fatos ficariam no campo da responsabilidade civil. Todavia, por não terem atingido a maioridade, forçoso concluir que suas declarações de vontade haveriam de ser complementadas pelas manifestações de suas genitoras, assentindo na realização das tatuagens, o que não ocorreu no presente caso"*** (fls. 178).

Não se perca de vista, ainda, que, além de menor, o laudo pericial de fls. 19/21 constatou que a vítima K. possui "***déficit intelectual leve***", não podendo consentir com os atos praticados pelo réu.

Acesso ao Sumário

As penas não comportam redução, eis que fixadas nos mínimos legais, ou seja, em dois anos de reclusão para cada infração, e somadas, diante do concurso material de delitos, estabelecendo-se o regime aberto para o seu cumprimento. Bem afastada a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, por se tratar de delito cometido mediante violência à pessoa.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, restando mantida, integralmente, a sentença impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003137-85.2015.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante FÁBIO FEITOSA ROCHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 7 de dezembro de 2017.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – INADMISSÍVEL A APLICAÇÃO DO REDUTOR – PENAS E REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **Fábio Feitosa Rocha** contra a r. sentença de fls. 324/330, que o condenou ao cumprimento de **07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **729 dias-multa,** no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.

O réu opôs embargos de declaração (fl. 334), que foram rejeitados a fls. 335/336.

Em suas razões (fls. 352/356) pugna a defesa pela absolvição do réu, argumentando com a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a redução da pena, e a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 390/392).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 412/417) opinou pelo não provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Consta da denúncia que, na tarde de 14 de abril de 2015, na Rodovia Presidente Dutra, altura do Km 18, sentido SP/RJ, na cidade da Lavrinhas, em Cruzeiro/SP, **Fabio Feitosa Rocha** trazia consigo e transportava, para fins de tráfico entre Estados da Federação, 09 porções de maconha, pesando aproximadamente 3.920g (três quilos, novecentos e vinte gramas), substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A materialidade delitiva encontra-se evidenciada diante dos seguintes elementos probatórios: auto de prisão em flagrante (fls. 02/03), boletim de ocorrência (fls. 13/16), auto de apresentação e apreensão (fl. 08), auto de apreensão (fls. 09/10), laudo de exame preliminar de constatação de substância entorpecente (fl. 12), documento de fls. 38/41, laudos de perícia criminal federal (fls. 42/50), laudo de perícia criminal federal – informática (fls. 268/273), assim como pela prova oral colhida em Juízo.

Quanto à autoria, observo que também emerge das provas carreadas aos autos.

Tanto na fase administrativa (fl. 06), quanto em Juízo (mídia de fl. 227), o réu negou a prática da traficância, alegando que o entorpecente lhe pertencia e era para seu próprio consumo. Afirmou que era portador de epilepsia, e utilizava a droga com o objetivo de reduzir os sintomas da doença.

A versão exculpatória apresentada pelo réu é pueril e restou infirmada pelo restante da prova.

Marcílio Marinho Pereira e **Marcelo Levy Germano** (mídia de fl. 194), policiais rodoviários federais que atenderam a ocorrência, relataram que, em fiscalização de rotina, abordaram o réu, que estava na companhia de sua esposa e da filha do casal, e localizaram a droga no interior de uma mochila. O réu admitiu a propriedade do entorpecente, alegando que era para seu próprio consumo. Informou ainda que comprou a droga em Foz do Iguaçu pela quantia de R$ 1.500,00.

Acesso ao Sumário

Não se pode olvidar que os depoimentos dos policiais merecem inteira acolhida, pois não há nos autos elementos que indiquem qualquer motivo para incriminar gratuitamente o acusado. Narraram versões harmônicas quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos. Não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade, mesmo porque os guardas e os apelantes nada disseram sobre terem tido qualquer contato anterior, e, portanto, não se há cogitar de qualquer possibilidade de vingança ou de qualquer atitude tendente a incriminar pessoas inocentes.

É dever do apelante, se tem versão exculpante, apontar-lhe todos os dados, de modo a convencer da ausência de responsabilidade. Contudo, nenhuma

prova indica estivessem os agentes envolvidos em conspiração para prejudicar inocente e a jurisprudência admite o depoimento policial como prova.

O Col. Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento nesse sentido ao decidir que *"(...) o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos"* (HC nº. 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello) (*verbis*).

Kênia Ribeiro Sindra (mídia de fl. 227), companheira do réu, alegou que não tinha conhecimento da existência de droga no interior do veículo. Alegou que seu marido é portador de epilepsia, e era dependente químico.

Claudomiro de Souza Nascimento informa que o réu era dependente químico.

Inviável acolher o pleito defensivo de absolvição por insuficiência de provas, pois a prova dos autos é incontroversa no sentido de que o réu trazia consigo e transportava o entorpecente apreendido, e que ele se destinava ao comércio clandestino.

Ao réu, portador de epilepsia, incumbia fazer prova de que possuía indicação médica do uso da maconha para fins terapêuticos.

Como bem fundamentado na r. sentença de fl. 326:

"... embora alegando haver comprado cerca de 4 (quatro) quilos de maconha para evitar ataques epiléticos, o réu não demonstrou indicação de seu médico para o uso dessa substância. Ademais, segundo se verifica no acervo probatório, a maconha não seria submetida a qualquer procedimento laboratorial dirigido à extração de algum canabinóide, que pudesse ter o alegado efeito terapêutico. Ao contrário, ela seria apenas fumada, não havendo confirmação científica no sentido de que, usada dessa forma, tenha ela qualquer eficácia no controle de crises epiléticas. Consequentemente, não há qualquer prova capaz de demonstrar que a maconha realmente seria usada para controle das crises epiléticas."

Ademais, a alegação de ser usuário de entorpecente não é apta a afastar a condenação pelo tráfico de drogas. Como é de notório conhecimento, não é raro que usuários dediquem-se à traficância para sustentar o próprio vício.

A condenação, portanto, era mesmo a única solução admissível.

Passo, então, à análise da dosimetria das penas.

Acesso ao Sumário

Na **primeira fase**, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ou seja, 06 anos e 03 meses de reclusão, e pagamento de 625 dias-multa, tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida em poder do acusado.

A majoração mostrou-se adequada, com fundamento no art. 42, da Lei de Drogas, tendo em vista a expressiva quantidade de entorpecente apreendido (09 porções de maconha, pesando aproximadamente 3.920g – quase quatro quilos), com potencialidade de comprometer a saúde de número altamente considerável de pessoas.

Relevante esclarecer que o Col. Supremo Tribunal Federal, inclusive, exarou o entendimento de que a "natureza" (ou "qualidade") e quantidade do entorpecente destinado à comercialização configura critério hábil para a exasperação da pena dos traficantes ("*HC 94655/MS - MATO GROSSO DO SUL, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 19/08/2008, Primeira Turma*).

O legislador brasileiro, ao instituir a norma do artigo 42, da Lei 11.343/06, impôs aos juízes o dever de ponderar, no momento da fixação das penas dos delitos previstos nessa lei especial, "**a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", e isto "com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal**".

Na **segunda fase**, ausentes agravantes e atenuantes, as penas não sofreram alterações.

A admissão de posse da droga, mas com alegação de seu uso terapêutico não pode ser recebida como configuradora da atenuante da confissão espontânea.

Isso porque, em vez de colaborar com a apuração judicial do fato, teve como único propósito levar a erro o julgador, para ser acolhida tese de desclassificação de posse de drogas para uso pessoal.

Na **terceira fase**, reconhecida a causa de aumento prevista no art. 40, inc. V, da Lei nº 11.343/06, as penas foram exasperadas em 1/6, resultando em **07 anos, 03 meses e 15 dias de reclusão, mais pagamento de 729 dias-multa, no valor mínimo legal.**

Acesso ao Sumário

É incabível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na medida em que a considerável quantidade de droga apreendida (09 porções de maconha, pesando aproximadamente 3,920g) em poder do apelante mostra-se como circunstância idônea para impedir a aplicação do benefício do redutor, uma vez denotadora de que o agente, para ter acesso a ela, está integrado a alguma organização criminosa ou tem se dedicado frequentemente à traficância, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG – rel. Min. Luiz Fux – j. 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG – mesma rel. – j. 7.3.2013).

Não há *bis in idem* ao se majorar a pena na primeira fase em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos e utilizar o mesmo fundamento para não aplicar o redutor acima mencionado.

Tal se dá, pois o aumento da primeira fase possui previsão expressa no art. 42, da Lei nº 11.343/06, enquanto a não aplicação do redutor na terceira etapa não representa espécie de majoração da pena, mas simples não reconhecimento do preenchimento dos requisitos de uma causa de diminuição.

Nesse sentido:

> **Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE **DROGAS**. AGRAVANTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. **GRANDE QUANTIDADE DE DROGA**. **CIRCUNSTÂNCIA QUE DEVE SER LEVADA EM CONSIDERAÇÃO PARA AFASTAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, BEM COMO PARA MAJORAR A PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. .... 2.** Não obstante o agravante seja tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes, não faz jus à regra excepcional do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343 /2006, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida em seu poder - 54,085 kg (cinquenta e quatro quilos e oitenta e cinco gramas) de maconha -, circunstância que leva a crer que se dedica a atividades delituosas. 3. Nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343 /2006, o juiz, na fixação da pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a **natureza e a quantidade** da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, não implicando em *bis in idem* a consideração da **quantidade de droga** para agravar a pena- base e para afastar o redutor de que cuida o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mas apenas a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas. 4. Agravo regimental desprovido[1].

Em recentes julgados, vale observar, o E. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no mesmo sentido, a saber:

> *"(...) Caso em que a expressiva quantidade de droga encontrada (120kg de maconha) demonstra a dedicação do paciente às atividades criminosas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006,* ***enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF*** *(...)"* (HC 308682/MS – rel. Min. Gurgel de Faria – 5ª T. – j. 8.9.2015).

Acesso ao Sumário

1 ***STJ - AgRg no REsp 1255180 MG 2011/0094879-3*** Data de publicação: *15/02/2013* original sem os destaques.

"Embora o Tribunal de origem, ao entender que seria inviável a aplicação da causa de diminuição de pena, tenha feito breve menção à quantidade de drogas apreendidas, apontou diversos outros elementos concretos que, efetivamente, evidenciam a impossibilidade de aplicação do redutor previsto em lei, de modo que não há falar em bis in idem na utilização da quantidade de substâncias apreendidas tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria" (STJ, AgRg no REsp 1578930/MG, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 02/05/2016, grifei).

No que tange ao regime penitenciário, anoto que a identificação do meio mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos na Lei de Drogas. Nesse sentido: STJ – HC 272.152/SP – rel. Min. Marilza Maynard – 6ª Turma – J. 10.12.2013.

No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe, em especial, pela natureza e quantidade do estupefaciente apreendido, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS – 6ª T. – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.10.2013; HC 222994/SP – 6ª T. – rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE – j. 24.10.2013; HC 278530/SP – 5ª T. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22.10.2013.

Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, § 3º e 59, ambos do Cód. Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que ela provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta.

O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador.

Sem dúvida, o juiz não pode desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*), ou seja, a ordem normal das coisas. A experiência comum é aquele conhecimento adquirido pela prática e pela observação do quotidiano. Nesse sentido há manifestações da doutrina e da jurisprudência (cf. José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; Guilherme Madeira Dezem, Da Prova Penal, 1ª ed., Millennium, 2008, cap. IV, item, 12.2, págs. 272; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. Paulo Brossard, RTJ, 149/521; STJ, 6ª T., HC 15.736/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU, 23/04/01, pág. 189; LexSTF, 182/356; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654: RJDTACrimSP, 5/167, 6/137, 7/105, 16/133, 25/324 e 28/209) (...)".

Acesso ao Sumário

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aquele que contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001277-47.2016.8.26.0404, da Comarca de Orlândia, em que são apelantes WELTON DA SILVA RODRIGUES, JOSÉ LUÍS FERREIRA e WESLEY DA SILVA RODRIGUES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.439)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas, associação para o tráfico e contravenção penal do jogo do bicho (réu Welton). Recursos defensivos buscando a absolvição por insuficiência probatória somente no tocante aos crimes da Lei de Drogas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação dos réus, nos moldes em que proferida. Grande quantidade de cocaína e maconha apreendida. Penas básicas corretamente aumentadas, para ambos os delitos e todos os réus, na fração de 1/3 (um terço). Réu José Luís beneficiado com a circunstância atenuante da confissão espontânea, somente em relação ao crime de tráfico de drogas, com redução das suas penas em 1/6 (um sexto). Condenação pelo crime de associação para o tráfico que pressupõe a dedicação a atividades

Acesso ao Sumário

criminosas. Inaplicabilidade da causa de diminuição de penas prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Concurso material de delitos. *Quantum* das penas aplicadas que inviabilizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Regime prisional inicial fechado mantido. Recursos não providos.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 671/685, cujo relatório fica adotado, **JOSÉ LUÍS FERREIRA**, qualificado nos autos, foi condenado à pena total de 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 1488 (hum mil, quatrocentos e oitenta e oito) dias-multa, no piso mínimo, enquanto **WELTON DA SILVA RODRIGUES** e **WESLEY DA SILVA RODRIGUES**, qualificados nos autos, foram condenados às penas totais e individuais de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais o pagamento de 1599 (hum mil, quinhentos e noventa e nove) dias-multa, no piso mínimo, como incursos nos artigos 33, "caput", e 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal. Pela mesma sentença, o acusado **WELTON DA SILVA RODRIGUES** ainda foi condenado à pena de 06 (seis) meses de prisão simples, mais o pagamento de 10 (dez) diárias mínimas, como incurso no artigo 58, § 1º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 6.259/44.

Inconformados, apelam os sentenciados.

A defesa técnica comum dos recorrentes Wesley e Welton postula a absolvição por insuficiência probatória em relação a ambos os delitos e, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal ou sua exasperação em na fração de 1/6 (um sexto), o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea em relação ao réu Welton, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima de 2/3 (dois terço), a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos e a fixação do regime inicial aberto (fls. 780/795).

O apelante José Luís busca a absolvição por ausência de provas em relação aos dois delitos e, em sede subsidiária, a fixação das penas nos mínimos legais, a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no máximo legal, com a consequente fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas (fls. 797/814).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 822/839), manifestando-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (fls. 851/866).

Este é o relatório.

Acesso ao Sumário

Não obstante o esforço e a combatividade dos nobres defensores constituídos, anoto desde logo que a condenação dos réus pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico foi bem decretada.

Realmente, restou comprovado que, no dia 29 de abril de 2016, por volta das 08:30 horas, na Rua 04, nº 1825-A, Jardim Santa Rita, na Cidade e Comarca de Orlândia, o acusado José Luís Ferreira guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, 1028,29g (hum mil e vinte e oito gramas e vinte e nove centigramas) de cocaína, embalada em fragmento de material plástico sobreposto por fita adesiva, substância causadora de dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, concorrendo para esse delito os acusados Welton da Silva Rodrigues e Wesley da Silva Rodrigues, eis que o réu José Luís Ferreira guardava e tinha em depósito aquela droga a mando deles. Restou comprovado, ainda, que na mesma data, por volta das 11:30 horas, na Rua 8, nº 612- A, Jardim Boa Vista, os acusados Welton da Silva Rodrigues e Wesley da Silva Rodrigues, agindo com unidade de desígnios e identidade de propósitos, guardavam e tinham em depósito, para fins de tráfico, 58,740g (cinquenta e oito gramas e setecentos e quarenta miligramas) do vegetal *Cannabis sativa L*, vulgarmente conhecido como maconha,e 535,280g (quinhentos e trinta e cinco gramas e duzentos e oitenta miligramas) do alcaloide metilbenzoilecgonina, vulgarmente denominado cocaína, substâncias entorpecentes que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Restou comprovado, ainda, que em nada incerta, mas que perdurou até o dia 29 de abril de 2016, os referidos acusados associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, do crime de tráfico de entorpecentes. Restou comprovado, por fim, que o acusado Welton da Silva Rodrigues guardava material próprio para a contravenção penal de jogo do bicho, consistente em 08 (oito) blocos de anotação tipo "poules", bem como de qualquer forma contribuiu para sua utilização e emprego.

Segundo o apurado, os réus se associaram para a prática do crime de tráfico de entorpecentes e, em data incerta, o acusado José Luís passou a guardar entorpecentes em sua residência a mando dos corréus Welton e Wesley para que, posteriormente, eles os vendessem no estabelecimento conhecido como "Bar e Mercearia do Goiano". Em razão disso, policiais civis foram dar cumprimento a mandado de busca e apreensão (autos nº 1276-62.2016) e, em busca na residência supracitada, de propriedade do réu José Luís, os policiais encontraram, dentro de um guarda-roupa, uma caixa de papelão contendo cocaínae "eppendorfs"vazios, ocasião em que, ao ser indagado, ele confessou que guardava o entorpecente para os acusados Welton e Wesley, bem como informou que eles poderiam ser localizados no estabelecimento acima referido, do qual eram proprietários. De posse de tais informações, os policiais se dirigiram ao local informado, onde abordaram o réu Welton e outro rapaz não identificado, sendo que, em busca

Acesso ao Sumário

pessoal, encontraram apenas um telefone celular na posse dele. Em busca no estabelecimento de propriedade dos réus Welton e Wesley os policiais localizaram uma balança digital e R$ 141,00 (cento e quarenta e um reais) em dinheiro, além de 08 (oito) blocos de anotação do tipo "poules", material próprio para a contravenção de jogo do bicho, bem como documentos de terceiros. Sobre o balcão também havia um celular. Simultaneamente, em busca no veículo VW/Gol, placas, CEW-4930/Orlândia-SP, localizado pelos policiais na garagem comum do imóvel, foram encontrados em sua parte inferior maconha e cocaína, além de 136 (cento e trinta e seis) "eppendorfs". Ao perceber que os entorpecentes foram encontrados, o réu Welton empreendeu fuga e se escondeu em um imóvel abandonado nas imediações do local, mas foi localizado pelos policiais.

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que, na fase policial, os réus Welton da Silva Rodrigues e Wesley da Silva Rodrigues fizeram uso do direito constitucional ao silêncio (fls. 17 e 103, respectivamente), ao passo que o réu José Luís Ferreira prestou as seguintes declarações: (...) "*Alega que na data de hoje, por volta das 08h30, estava dormindo quando foi acordado por policiais civis. Relata o interrogando que foi indagado se havia substância entorpecente pelo local, tendo indicado que havia droga naquele cômodo. Assevera o interrogando que os policiais apreenderam uma grande porção de droga, acreditando ser COCAÍNA, bem como cápsulas para acondicionar a droga. Diz o interrogando que estava guardando a substância entorpecente para as pessoas de WESLEY e ELTON, dizendo "um dos dois tem o apelido de GOIANO". Relata o interrogando que GOIANO é proprietário de um "Bar e mercearia do GOIANO", com sede na Rua 8, acreditando ser no Jardim Santa Rita, nesta cidade. Informa que nunca foi processado anteriormente. Alega que está arrependido pelo crime que agora res*ponde" (fl. 82).

Interrogado em Juízo, o acusado José Luís Ferreira admitiu que guardou uma caixa para o corréu Welton, alegando que não sabia que nela havia drogas e materiais para acondicionamento (fl. 385 e CD).

Por sua vez, o acusado Welton da Silva Rodrigues disse que recebeu, a pedido um rapaz, duas porções de entorpecentes para guarda, mediante pagamento em dinheiro. Declarou que a porção menor escondeu debaixo de um carro que estava na garagem de Aldovino Natal Rodrigues Neto, sendo que a maior entregou para o corréu José Luís, sem informá-lo do que se tratava. Afirmou que o corréu Wesley não tinha conhecimento da droga apreendida. Disse que a balança localizada era para uso da mercearia. Confessou que praticava jogo do bicho (fl. 383 e CD).

Por fim, o acusado Wesley da Silva Rodrigues, quando interrogado em Juízo, negou os fatos narrados na denúncia, alegando que ajudava a tomar conta do bar e que naquele local se realizava jogo do bicho, embora não soubesse como

fazê-lo. Acrescentou que a balança apreendida era de uso do estabelecimento (fl. 384 e CD).

O conjunto probatório existente nos autos, todavia, é amplamente desfavorável aos réus.

No que tange ao crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei nº 11.343/2006, os informes prestados pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante e a apreensão dos entorpecentes (fls. 07/08, 10/11, 12/13, 81, 377, 378, 379 e CD, e 426 e CD),acrescidos dos autos de exibição e apreensão (fls. 25/27 e 85/87), dos laudos de constatação preliminar (fls. 37/40 e 88/91) e dos laudos de exames químico-toxicológicos (fls. 114/116), servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que os policiais civis Sonia Aparecida Octavio e Valter Almagro, ouvidos sob o crivo do contraditório, deram plena conta do ocorrido, confirmando a dinâmica dos fatos acima reproduzidos e, consequentemente, o quadro de tráfico de drogas envolvendo os acusados. Com efeito, em depoimentos seguros, coerentes e harmônicos com aqueles prestados na fase extrajudicial, os referidos agentes da lei reafirmaram em Juízo que participaram do cumprimento do mandado de busca e apreensão, expedido em razão de investigações que pairaram sobre o réu José Luís. Informaram que primeiro foram até a casa do acusado José Luís, onde foram encontrados, dentro de uma caixa localizada em um guarda-roupas, cerca de 1 Kg (um quilograma) de cocaína e 2600 (dois mil e seiscentos) "eppendorfs" vazios. Disseram que, ao ser questionado, o réu José Luís admitiu, informalmente, que estava guardando aquela droga a mando dos corréus Welton e Wesley, os quais eram proprietários e frequentadores do "Bar e Mercearia do Goiano". Declararam que, na sequência, foram até esse estabelecimento comercial, local em que apreenderam uma balança de precisão, dinheiro e material de jogo do bicho, além de documentos pessoais de duas pessoas. Consignaram que localizaram, no fundo do estabelecimento comercial, mais uma de porção de cocaína e "eppendorfs" vazios, momento em que o corréu Welton tentou empreender fuga, sendo localizado escondido em uma casa abandonada. Esclareceram que o corréu Wesley não estava no local.

No mesmo sentido consta o depoimento do policial civil Jeberson Aparecido da Silva, o qual relatou que deu apoio ao cumprimento do mandado de busca e apreensão, oportunidade em que, na casa do réu José Luís, foi encontrada grande quantidade de entorpecente e "eppendorfs" vazios, tendo o mesmo informado que estava guardando a droga para os réus Welton e Wesley. Acrescentou que, nas proximidades do "Bar e Mercearia do Goiano"apreenderam mais entorpecentes, certa quantia em dinheiro, balança de precisão e material para anotações da prática do jogo do bicho.

Acesso ao Sumário

Por seu turno, o policial civil Carlos Eduardo Araujo Pazeto disse que havia denúncias anônimas de tráfico de drogas praticado pelos réus Welton e Wesley.

Não há razão para se duvidar da veracidade dos relatos dos agentes policiais, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada. Vale observar, ainda, por relevante, que a jurisprudência dominante tem se inclinado para admitir que os testemunhos de policiais, quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão, devem merecer credibilidade desde que não evidenciada má-fé ou abuso de poder, o que não se verifica na hipótese dos autos, tanto que nada se comprovou a respeito.

Ainda analisando a prova oral produzida, verifico que a testemunha comum Aldovino Natal Rodrigues Filho corroborou os testemunhos policiais, na medida em que confirmou que eles encontraram uma sacola debaixo do carro de sua sobrinha, na qual estava a droga, esclarecendo que aquele veículo ficava guardado na sua residência, situada nos fundos do "Bar e Mercearia do Goiano". Disse, ainda, que o réu Welton frequentava constantemente sua casa, deixando lá carros e motocicletas estacionados (fl. 380 e CD).

Por fim, as testemunhas arroladas pela defesa, quais sejam, Marcília Clemente de Lacerda e Arilda Aparecida Pinto, ouvidas em Juízo, nada esclareceram sobre os fatos tratados nestes autos (fls. 381, 382 e CD, respectivamente).

Não é demasiado enfatizar, também, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na necessidade da prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: "Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido" (RT 729/542). "*Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização"* (RT 714/357). *"O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente*" (RT 776/663).

Acesso ao Sumário

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório pelo crime de tráfico de drogas, em relação aos três réus, era mesmo de rigor. De fato, a enorme quantidade de drogas apreendidas (pesos totais de 58,740g de maconha e 1.563,570g de cocaína – cf. fls. 88/91 e 114/116), aliadas às demais circunstâncias da prisão, tais como a apreensão de milhares de "eppendorfs" vazios e uma balança de precisão, bem esclarecidas nos depoimentos dos policiais, não deixam dúvidas de que os acusados estavam, efetivamente, envolvidos no crime de tráfico de drogas, não havendo que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência de provas.

No que diz respeito ao crime previsto no artigo 35, "caput", da Lei de Drogas, melhor sorte não assiste aos acusados.

Nessa quadra, convém repisar que os policiais civis relataram que colheram informações em uma investigação, a qual dava conta que um indivíduo chamado Maicon Roberto Mariano estava praticando o tráfico de drogas no local dos fatos (cf. relatório de fls. 59/60). Ainda de acordo com as investigações, tal indivíduo permanecia a maior parte do tempo em um pequeno comércio, cujo endereço era a residência do acusado José Luís, para o qual também foi solicitada a ordem judicial. Assim, na data do cumprimento do mandado de busca os policiais lograram localizar cerca de 1 kg (um quilograma) de cocaína e milhares de "eppendorfs" vazios na casa do réu José Luís, o qual acabou admitindo, ainda que informalmente, que estava guardando aquele entorpecente a mando dos corréus Wesley e Welton, os quais, por sua vez, praticavam o tráfico de drogas no próprio estabelecimento comercial, denominado "Bar e Mercearia do Goiano", local em que também foi apreendida significativa quantidade cocaína e maconha, além de mais "eppendorfs" vazios e uma balança de precisão. Logo, tal quadro denota a existência de uma associação criminosa voltada para o tráfico de entorpecentes, da qual os três réus faziam parte, já que, como visto, agiram de forma coordenada para guardar e disseminar entorpecentes.

Enfim, o conjunto probatório demonstra não só a traficância, mas também o *animus* associativo prévio dos réus para a prática de tal crime, bem evidenciadas a estabilidade e permanência da associação criminosa, não havendo dúvidas de que os três acusados, de modo coeso, numa conjugação de esforços, uniram suas condutas com o objetivo de traficar drogas. A hipótese, portanto, é de associação estável e permanente, e não de mera coautoria eventual.

Para que não fique sem registro, observo que a condenação do réu Welton pela prática da contravenção penal descrita no artigo 58, § 1º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 6.259/44, restou incontroversa. Tanto que a defesa técnica não se insurgiu quanto ao acerto da condenação, a qual restou bem comprovada pela prova oral alhures descrita e analisada, bem como pelo laudo de exame em peças (fls. 236/240) e pelo laudo de exame grafotécnico (fls. 553/555).

Acesso ao Sumário

As reprimendas foram devidamente individualizadas e justificadas, não merecendo reparo.

Na primeira fase da dosimetria, em observância ao artigo 42 da Lei de Drogas, ou seja, a preponderante grande quantidade e variedade de drogas encontradas, o MM. Juiz sentenciante fixou as básicas, para ambos os delitos e para todos os réus, em 1/3 (um terço) acima dos patamares mínimos, o que não merece censura, em que pese as irresignações defensivas. Com efeito, o artigo 42 da Lei de Drogas dispõe que, quando da fixação das penas, o Juiz deve dar prevalência à **natureza** e à **quantidade** da substância apreendida (circunstâncias objetivas); em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas). Tais circunstâncias objetivas se sobrepõem às demais preconizadas no artigo 59 do Código Penal, por serem mais nocivas e acarretarem maior dano à saúde pública. Assim, no caso em tela, considerando tratar-se de tráfico de enorme quantidade de entorpecentes (repita- se: 58,740g de maconha e 1.563,570g de cocaína), entendo que o delito representa maior perigo à saúde pública e, portanto, recomenda a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Dessa forma, incensurável a fixação nas penas básicas acima dos mínimos legais e em frações que reputo razoáveis e condizentes com o princípio da suficiência da resposta penal. Nesse sentido, por sinal, é a orientação sufragada pelo C. Supremo Tribunal Federal: "*Ao fixar a pena dentre os limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário do tipo do tráfico, pode o Juiz majorar a pena a partir da conjugação da espécie de substância apreendida com outros elementos, como a quantidade ou mesmo a qualidade do entorpecente apreendido*" (HC nº 94.655-1/MS, 1ª T., Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 19.8.2008). De fato o Pretório Excelso vem entendendo que "*a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas*" (cf. STF, Segunda Turma, RHC 84.571/RJ, j. 7.12.2004, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 13.5.2005, p. 00031), até porque, a aplicação automática de pena mínima, não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, não há razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima.

Acesso ao Sumário

Logo, as básicas foram estabelecidas em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, para o crime de tráfico de drogas, e em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, para o delito de associação para o tráfico.

Na segunda fase do cálculo, não foram consideradas circunstâncias atenuantes ou agravantes em relação aos réus Welton e Wesley, ao passo que o réu José Luís foi beneficiado com a circunstância atenuante da confissão espontânea (inexistente, aliás), com redução de suas reprimendas na fração de

1/6 (um sexto) somente em relação ao crime de tráfico de drogas, perfazendo as sanções provisórias de 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa.

Na última etapa do cálculo, incabível a aplicação da causa de diminuição de penas prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, pois a condenação pela prática do crime previsto no artigo 35, "caput", da Lei 11.343/2006, faz pressupor a dedicação a atividades criminosas, afastando, pois, a incidência do aludido redutor. Nesse sentido, aliás, recente julgado do C. Superior Tribunal de Justiça: "*É inaplicável a causa especial de pena prevista no § 4° do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na hipótese em que o réu tenha sido condenado, na mesma ocasião, por tráfico e associação de que trata o art. 35 do mesmo diploma legal*" (REsp. 1.199.671-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. em 26/2/2013).

Logo, reconhecido o concurso material de crimes (art. 69 do CP), as reprimendas totais e definitivas dos réus Wesley e Welton ficam mantidas em 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1599 (hum mil, quinhentos e noventa e nove) dias-multa, no piso mínimo, enquanto a pena total e definitiva do réu José Luís fica mantida em 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 1488 (hum mil, quatrocentos e oitenta e oito) dias-multa, no piso mínimo. Quanto à contravenção penal prevista no artigo 58, §1º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 6.259/44, a pena de 06 (seis) meses de prisão simples impingida ao acusado Welton, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, tornou-se definitiva ante a ausência de causas modificadoras.

Não obstante a atual orientação jurisprudencial emanada do Excelso Pretório, acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no crime de tráfico de drogas, no caso em tela o *quantum* de pena aplicada traduz impedimento à almejada concessão do benefício, ausente, portanto, o requisito objetivo previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Por derradeiro, fica mantido o regime inicial fechado para o desconto das penas, o qual, aliás, é o que convém, efetivamente, para coibir as graves infrações penais praticadas pelos réus, sendo imperioso observar que o montante das sanções corporais aplicadas e as circunstâncias do caso concreto, bem esclarecidas nos autos, não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, letra "a", e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos defensivos, mantendo, na integra, a r. sentença monocrática.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0048373-58.2013.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MICHEL DANTAS ISAIAS, é embargado COLENDA 5ª CÂMARA CRIMINAL EXTRAORDINÁRIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.571)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS BUENO (Presidente) e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Inexistência da apontada contradição. Intento de prequestionamento claramente explicitado. Embargos rejeitados.

VOTO

Embargos de declaração opostos por Michel Dantas Isaías (fls. 144 e ss.) em relação a acórdão (fls. 134 e ss.) que negou provimento à apelação por ele interposta contra r. sentença que o condenou a um ano de reclusão, regime inicial aberto, e dez dias-multa, no mínimo, por infração do art. 180, *caput*, do Código Penal; alega que se negou vigência ao art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

É o relatório.

Não existe a contradição apontada; o art. 186, parágrafo único, é claro ao afirmar que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Porém, como se deixou claro no acórdão, a questão é meramente probatória (e, nesse aspecto, ficções jurídicas não podem mudar a realidade). Pois o silêncio, em si, não foi levado em conta; da consequência dele, porém (inexistência de versão alternativa à da acusação), não é possível fugir.

Não há, portanto, contradição ou negativa de vigência ao dispositivo, que

Acesso ao Sumário

foi respeitado; por sua vez, o intuito de prequestionamento está satisfeito.

Ante o exposto, meu voto rejeita os embargos.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2188887-41.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente AURISTÉLIA GOMES DE BRITO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Aborto provocado pela gestante – Trancamento da ação penal – Alegação de atipicidade da conduta do art. 124 do CP por não haver sido recepcionada pela ordem constitucional – Interrupção voluntária da gravidez que consiste em tema de enorme transcendência social, demandando regulação adequada pelo Poder Legislativo ou manifestação da Suprema Corte do país em sede de controle concentrado de constitucionalidade, de natureza abstrata e com efeitos 'erga ominis' – Decisão proferida pelo STF no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, de caráter incidental e com efeitos 'inter partes', que é desprovida de potestade revocatória relativamente à norma de proibição questionada – Tese da atipicidade por ofensa a direitos fundamentais que não comporta exame aprofundado em sede de *Habeas Corpus* impetrado perante órgão fracionário

Acesso ao Sumário

de Tribunal Estadual – Situação de conflito entre direitos fundamentais que demanda ponderação complexa, haja vista a necessidade de consideração de argumentos de ordem filosófica, moral, religiosa etc., realizável somente por meio de discussão ampla, com participação de entidades representativas da sociedade brasileira – Matéria constitucional sujeita à cláusula de "reserva de plenário" – Artigos 193 e 194 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo – Incidência da Súmula Vincula nº 10 do STF – Existência de prova da materialidade da conduta delitiva e indícios suficientes de autoria – Pedido de trancamento da ação penal que não comporta acolhimento – Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela i. Defensora Pública Dra. Ana Rita Prata a favor de AURISTÉLIA GOMES DE BRITO sob a alegação de que ela estaria sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, nos autos da Ação Penal nº 0024876-65.2013.8.26.0001.

Relata a i. Impetrante, em suma, que a paciente foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 124, do Código Penal, em razão da prática de aborto voluntário, no dia 20.2.2013.

Na audiência realizada em 6.4.2016, foi homologada a proposta de suspensão condicional processual (art. 89 da Lei nº 9.099/90) pelo período de dois anos, tendo a d. Magistrado de Primeiro Grau estabelecido as condições legais que entendeu pertinentes ao cumprimento do benefício[1].

Agora, alega a i. Impetrante que o ajuizamento da ação penal enfocada na impetração não se justifica, em razão: (A) da atipicidade da conduta descrita na denúncia; (B) da falta de materialidade da conduta delitiva; e (C) da ausência de justa causa para a propositura da referida demanda.

Acresce a i. Defensora, no tocante à atipicidade, que *"(...) a criminalização do abortamento não se mostra compatível com as regras e princípios insculpidos na Constituição da República de 1988, devendo, portanto, o artigo 124 do Código Penal ser objeto de controle difuso de constitucionalidade*

Acesso ao Sumário

1 Foram estabelecidas as seguintes condições: proibição de frequentar bares, boates e congêneres; proibição de ausentar-se da Comarca ou Foro onde reside, sem autorização judicial, por mais de 8 dias, devendo ser comunicado esse Juízo sobre qualquer mudança de endereço; comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, bimestralmente, para informar e justificar suas atividades.

por este E. Tribunal de Justiça, reconhecendo-se a não recepção da norma penal incriminadora em comento, e – consequentemente – a atipicidade da conduta imputada à paciente (...)". Aduz a d. Defensora que "(...) o aborto, na perspectiva dos direitos humanos, é um direito da mulher, e – como tanto – deve ser tutelado, e não criminalizado (...)". Sobre esse aspecto considera, mais, que a criminalização do abortamento afronta os princípios constitucionais relativos: (a) ao direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X); (b) ao direito ao planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º); (c) à natureza laica do Estado brasileiro (art. 5º, VI e art. 19); e (d) ao princípio constitucional implícito da intervenção penal mínima.

Em relação à falta materialidade da conduta delitiva, acrescenta a i. Impetrante que os documentos acostados aos autos da ação penal *"(...) demonstram um feto, sem qualquer comprovação do mesmo ser de Auristélia, além de não haver qualquer prova ou mesmo indício desse aborto ter sido provocado. (...)*".

Por fim, ainda com base nos argumentos da atipicidade e da falta de materialidade da conduta atribuída à paciente, argumenta a i. peticionária sobre não haver *justa causa* para prosseguimento da ação penal objeto da impetração.

Ante tais argumentos, postula a concessão da ordem a fim de que seja decretado por esta Corte o trancamento da ação penal proposta em face de AURISTÉLIA.

Sem pedido de liminar, o *writ* foi regularmente processado, com a juntada das informações de estilo (fls. 77/78).

O parecer da Egrégia Procuradoria de Justiça de *Habeas Corpus* e Mandados de Segurança Criminais é pela denegação da ordem (fls. 109/114).

É o relatório.

O *habeas corpus* deve ser denegado.

Impossível se cogitar de trancamento da ação penal, uma vez que tal medida, conforme iterativa jurisprudência, situa-se no campo da excepcionalidade.

De fato, o trancamento aqui perseguido somente é cabível, por meio do *habeas corpus*, quando há comprovação, de plano, da ausência de *justa causa* para a ação penal, seja em razão da *atipicidade da conduta* supostamente praticada pela paciente, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de *extinção da punibilidade*.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA. HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CRIMES AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES DA PESSOA JURÍDICA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. 1.*

Acesso ao Sumário

O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é medida excepcional, justificando-se quando despontar, fora de dúvida, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria. 2. A denúncia que descreve as condutas de corréu de forma sucinta, porém individualizada, estabelecendo nexo de causalidade com os fatos, não é inepta. 3. A responsabilidade por crimes ambientais e, por expressa previsão legal, atribuível aos dirigentes da pessoa jurídica. Precedentes. O habeas corpus não é a via processual adequada à análise aprofundada de matéria fático-probatória. 5. Ordem denegada. (*Habeas Corpus* 101.851-MT, Relator o Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, julgado em 03/08/2010).

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL E INÉPCIA DA DENÚNCIA. OFENSA À COISA JULGADA. VIOLAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 33 DA LOMAN. ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER: NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. É pacífica a jurisprudência desta nossa Corte em considerar excepcional o trancamento da ação penal, pela via processualmente contida do habeas corpus. Via de verdadeiro atalho que somente autoriza o encerramento prematuro do processo-crime quando de logo avulta ilegalidade ou abuso de poder (HCs 86.362 e 86.786, da minha relatoria; bem como 84.841 e 84.738, da relatoria do ministro Marco Aurélio). 2. No caso, a denúncia descreveu, suficientemente, os fatos supostamente ilícitos, sendo descabido o nível de detalhamento requerido na impetração. Denúncia que permitiu ao acusado o mais amplo exercício do direito de defesa, em plena conformidade com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, sem incorrer nas impropriedades do art. 395 do mesmo diploma processual. Pelo que não é de ser considerada como fruto de um arbitrário exercício do poder-dever de promover a ação penal pública incondicionada. 3. A inicial acusatória está embasada nas peças informativas diretamente fornecidas pela Superintendência Regional do Incra ao órgão ministerial público. Não ocorrência de afronta ao parágrafo único do art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. 4. Inaplicabilidade da Súmula 524/STF, tendo em conta que o núcleo da denúncia ministerial pública não se confunde com a matéria submetida a exame da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. 5. O habeas corpus não é a trilha processual adequada para que se reconheça a própria regularidade da posse das terras objeto da denúncia. Impossibilidade de se acatar a tese de que se ingressou em terras destinadas à reforma agrária de modo pacífico, de boa-fé e com apoio em título oneroso idôneo. Presença de indícios dos delitos listados na denúncia, a recomendar que se permitam o desenrolar da instrução criminal e o exame do conjunto fático-probatório da causa pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre. 6. Prejuízo da impetração

Acesso ao Sumário

quanto ao delito de falsidade ideológica, tendo em vista o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por parte do Superior Tribunal de Justiça. 7. Ordem denegada. (HC 98770, Relator Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/03/2010).

AÇÃO PENAL - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA - TRANCAMENTO -HABEAS CORPUS - EXCEPCIONALIDADE. A regra é ter-se apreciação da falta de justa causa pelo juiz natural. Consubstancia exceção vir-se a trancar ação penal, sob tal ângulo, em habeas corpus, mostrando-se indispensável, para tanto, que da leitura da denúncia surja o defeito. AÇÃO PENAL - DENÚNCIA - ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - OBSERVAÇÃO. Contando a denúncia com a exposição do fato criminoso, das circunstâncias bem como da qualificação do acusado, da classificação do crime e do rol das testemunhas, descabe glosá-la. (HC 84841, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/10/2004).

Efetivamente, não é a hipótese dos autos.

De acordo com a denúncia reproduzida às fls. 79/80, no dia 20.2.2013, na Rua Maravilha nº 74, nesta Capital, AURISTÉLIA provocou aborto em si mesma, motivo pelo qual o Ministério Público a denunciou por violação ao art. 124 do Código Penal.

Segundo consta, a paciente manteve relação sexual com uma pessoa conhecida apenas por "Beto" e nunca mais o viu. Notou que estava grávida em janeiro de 2013 e, na ocasião dos fatos, com o intuito de provocar o aborto voluntário, ingeriu dois medicamentos que ensejaram a rotura prematura de membranas ovulares, causando a expulsão e a morte do feto.

AURISTÉLIA expeliu o *produto da concepção* no banheiro do imóvel, acionando o dispositivo de descarga a fim de que descesse pelo esgoto, provocando o seu entupimento.

A conduta acima provocou dano ao encanamento da casa existente abaixo do imóvel da paciente. A moradora da referida casa chamou um encanador que, ao fazer os reparos, localizou o feto. Acionada, a Polícia Militar compareceu no local, ocasião em que AURISTÉLIA confessou a prática delitiva.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do mencionado na petição inicial, a materialidade da conduta encontra-se seguramente demonstrada pelo laudo de exame pericial copiado às fls. 81/94.

Conforme se verifica do referido documento, após examinarem o imóvel da paciente, os peritos constataram a existência de um *"(...) feto humano em putrefação de aproximadamente 7cm, supostamente do sexo feminino, encontrado no interior de um saco plástico presente sob a pia da cozinha no interior de um balde utilizado como lixo. (...)"*.

Da mesma forma, os indícios de autoria restaram demonstrados uma vez

que a própria paciente admitiu ter provocado o aborto, a partir da ingestão de medicamentos.

Portanto, havendo prova da materialidade da conduta e indícios suficientes de autoria, não há se cogitar de trancamento da ação penal por falta de *justa causa.*

Em primeiro lugar porque a denúncia narra fato que constitui, ao menos em tese, a infração penal prevista no art. 124 do CP. A *peça acusatória* atende aos requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo de forma satisfatória a conduta imputada à paciente, com exposição pormenorizada do fato criminoso e de suas circunstâncias, permitindo-lhe compreender a imputação para que possa exercer o contraditório e a ampla defesa.

Em segundo, porque a conduta praticada por ARISTÉLIA encontra plena subsunção no ordenamento jurídico pátrio, não se podendo cogitar de *atipicidade.*

Com efeito, respeitada a tese ventilada na impetração, não comporta acolhimento, nesta sede, a alegação de que o crime de aborto voluntário não teria sido recepcionado pela atual ordem constitucional.

Em terceiro lugar, e mais importante, porque não é esta a via mais adequada para o aprofundamento da questão sobre a tese de que a incriminação do abortamento pela própria gestante afrontaria princípios constitucionais, tais como aqueles relativos: (a) ao direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X); (b) ao direito ao planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º); (c) à natureza laica do Estado brasileiro (art. 5º, VI e art. 19); e (d) ao princípio constitucional implícito da intervenção penal mínima.

Vejamos.

A questão relativa à conformidade da punição do aborto voluntário (prevista como crime no artigo 124 do Código Penal) com a ordem constitucional vigente é matéria das mais sensíveis do Direito penal hodierno.

Acesso ao Sumário

Na discussão travada a seu respeito nas democracias europeias e nos Estados Unidos, no século passado, vieram à tona argumentos de múltiplas matizes, de ordem filosófica, moral, ética e religiosa, as quais, sem dúvida, haverão de emergir também no momento do enfrentamento da questão pelo Poder Legislativo (alterando ou revogando a norma penal incriminadora do mencionado art. 124) ou pelo Poder Judiciário, via da ação adequada de controle constitucional concentrado (e abstrato) por meio da qual possam manifestar seus pontos de vista os diversos segmentos sociais interessados.

Até o momento, porém, a mais alta Corte de Justiça do Brasil não pôde manifestar-se sobre a constitucionalidade do dispositivo penal em comento, salvo por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 124.306-RJ, ocasião

em que o fez, contudo, apenas incidentalmente, por meio de controle difuso (e gerador de efeitos concretos, isto é, *inter partes*, e não *erga omnes*).

Eis a ementa desse julgamento:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em

Acesso ao Sumário

sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF, HABEAS CORPUS 124.306-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO, j. em 8.8.2016, mv.).

A magnitude e significância da questão concernente ao tratamento penal da interrupção voluntária da gravidez reside, basicamente, em que a opção por sua descriminalização envolve a solução do embate entre dois direitos fundamentais relativos à vida: o direito fundamental à existência do 'nascituro' e o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, como forma de realização material da igualdade de gênero e proteção à sua dignidade (arts. 1º, III; 3º, IV e 5º, "caput", da CF/88).

Como sabido, o aplicador da lei, ao deparar-se com situação de conflito entre direitos fundamentais, deve realizar uma ponderação entre as normas correspondentes com o escopo de compatibiliza-las (impasse real) ou, ao menos, explicitar as razões da prevalência de uma sobre outra (impasse aparente), o que, como ensina CANOTILHO[2], implica "*elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens*".

Ocorre que, pela razão já mencionada de que a discussão em torno do aborto voluntário obriga a inclusão de matérias não exclusivamente da ordem penal e constitucional, mas algumas de ordem metajurídica, é de todo aconselhável que seja travada em ambiente que possibilite a máxima ampliação de possibilidades argumentativas e valorativas, com o espoco de alcançar-se solução com vocação de permanência no meio social.

E tanto é assim que, no julgamento do mencionado HC. 124.306-RJ, levado a efeito pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, com resultado alcançado por voto majoritário, a i. Ministra ROSA WEBER, em seu voto, não apenas registrou a complexidade do tema que permeou a decisão da maioria, como também a natureza provisória do julgamento [sem destaques no original]:

"Senhores Ministros, no caso concreto apresento voto concorrente ao voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, entendendo que, não obstante o habeas corpus não seja cabível na hipótese, é justificável

Acesso ao Sumário

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, pág. 1109. Segundo o autor, "*as ideias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surgem em todo o lado onde haja necessidade de 'encontrar o Direito' para resolver 'casos de tensão' (Ossembühl) entre bens juridicamente protegidos*".

o deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes desta relação jurídico-processual penal, estendendo-se a decisão aos corréus.

'(...)

'Todavia, ademais deste argumento principal de natureza processual para justificar o deferimento de ofício da ordem, compreendo que outro fundamento de natureza substancial, referente à tipificação do crime de aborto em análise, deve ser analisado, a título de fundamento secundário, ainda que em sede de via incidental de controle, e que nos autoriza a tomar a mesma conclusão. Para tanto, o texto legal descrito nos artigos 124 a 126 do Código Penal exige para sua legitimação que lhe seja conferida interpretação conforme, de modo a desqualificar o crime de aborto na hipótese de interrupção voluntária da gravidez efetivada no primeiro trimestre, como proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

A discussão, com certeza, que ora se coloca para apreciação e deliberação deste Colegiado, é umas das mais sensíveis e delicadas questões jurídicas, porquanto envolve sensibilidades de ordem ética, moral e religiosa, notadamente desta última. Na verdade, o debate sobre a possibilidade de legalização do aborto por decisão da mulher no primeiro trimestre sempre foi realizado na arena social, política e mesmo acadêmica (em menor grau) a partir dessas sensibilidades.

(...)

Cumpre assinalar que uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública.

Vê-se, assim, claramente, que dita emanação do *Pretorio Excelso* acerca da interrupção voluntária da gravidez, de caráter incidental, em controle difuso – de cunho subjetivo e efeitos concretos –, não pode servir como barômetro definitivo para a solução do conflito aparente entre a norma de proibição do artigo 124 do Código Penal e os dispositivos constitucionais já mencionados, estando a sociedade brasileira ainda pendente de solução jurídica mais perene acerca dessa relevantíssima questão social[3], quer por meio da atuação do Poder Legislativo, que detém a missão constitucional de captar a vontade popular e materializá-la por meio da elaboração das leis que compõem o ordenamento

Acesso ao Sumário

3 Cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 54/DF3, em 12.4.2012 (1ª Turma, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, j. em 12 de Abril de 2012, vu.), declarou de forma unânime *apenas* a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de *feto anencéfalo* é conduta tipificada nos arts 124, 126, e 128, I e II, todos do Código Penal. Para a Suprema Corte, ressalvados os casos legais (art. 128, I e II, do CP) – e, doravante, também o da gravidez de *feto anencéfalo* (ADPF nº 54/DF), permanece típica a conduta da gestante de provocar, em si mesma, o aborto, prevista no art. 124 do CP, cuja norma encontra-se em plena vigência.

jurídico-penal do Estado, quer da atuação do Poder Judiciário, via do controle concentrado (e abstrato) da constitucionalidade da norma penal[4] em questão, com a legitimidade conferida pelo seu órgão máximo de deliberação, o *Tribunal Pleno.*

E a atividade jurisdicional acima, não somente porque reservada ao Poder Legislativo federal e ao Supremo Tribunal Federal[5], fugindo à competência de órgãos fracionários dos Tribunais Estaduais[6], tampouco poderia ser desenvolvida *quantum satis* no âmbito de *Habeas Corpus* deduzido a órgão fracionário deste Tribunal Estadual, porque incomponível com os estreitos limites processuais do *writ*, que consiste em meio impróprio para a produção de provas[7] ou coleta de manifestações de entidades da sociedade civil, desta e outras unidades da Federação (*amicus curiae*).

Por derradeiro, cumpre assinalar que, com a devida ressalva à qualidade dos fundamentos lançados pelos ii. Ministros do STF no v. acórdão relativo ao HC. 124.306-RJ, a ausência de *eficácia vinculante* dessa decisão[8] impede que se lhe confira potestade revogatória plena à lei penal questionada, a qual somente pode decorrer, como sabido, de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, com efeito abstrato (e *erga omnis*), instrumentalizada por Resolução editada pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF/88.

Como sabido, as decisões emanadas da Suprema Corte, quando não revestidas de caráter vinculante, possuem natureza de orientação, conforme já teve oportunidade de destacar o i. Ministro GILMAR MENDES:

> *"(...) as Súmulas são orientações derivadas de assentada jurisprudência da Corte em determinada matéria, e por isso devem ser consideradas e respeitadas, mas não são 'dogmas', tanto que podem ser revistas e se e quando necessário, justificadamente ponderadas ou abrandas à vista dos fatos concretamente postos nos autos: se o E. STJ entender ser este o caso, trata-se de julgamento seu sobre o qual não*

4 Cf. art. 102, "a" e § 1°, da Constituição Federal de 1988.

5 Sobre a competência do Tribunal Pleno do STF para "matéria constitucional", vide o art. 143 do RISTF e artigo 5º da Lei 9.882/99.

6 Vide, a respeito, a Súmula Vinculante nº 10, do seguinte teor: "*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*"; e o artigo 193 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que estabelece a "*cláusula de plenário" para o julgamento dos incidentes de inconstitucionalidade: "O incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público será suscitado pelo órgão julgador fracionário do Tribunal, de ofício ou a requerimento do interessado, para apreciação do Órgão Especial, nos termos da Constituição Federal e da lei processual civil*".

7 Nesse sentido MIRABETE, Julio Fabbrini, Processo Penal. 11ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, página 726; e SOUZA NUCCI, Guilherme de. Habeas Corpus. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 155/156. Também sobre o tema: STF, HC 100994, Relatora Mina. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-04 PP-00904.

8 Decisão essa, como já dito, foi tomada por maioria de votos da Turma Julgadora.

Acesso ao Sumário

incumbe a este STF, salvo em matéria constitucional e mesmo aqui pelas vias próprias, qualquer fiscalização ou controle". (Rcl 3979 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03/05/2006, DJ 02-06-2006 PP-00005 EMENT VOL-02235-01 PP-00107 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 262-266 RB v. 18, n. 514, 2006, p. 35-36 RDDP n. 41, 2006, p. 179-181).

Mais recentemente, o i. Ministro CELSO DE MELLO também fez clara alusão ao caráter meramente orientador das decisões do STF proferidas sem o *efeito vinculante* previsto nos artigos 102, § 2º e 103-A, *caput*, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário", pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, "caput", da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral" (Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 135.100-MG, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024, j. em 1.7.2016) [grifei].

Enfim, sopesando os elementos constantes dos autos, não vislumbro coação ilegal que devesse ensejar a interrupção do trâmite – ou anulação – da ação penal enfocada na impetração.

Ante o exposto, por meu voto, **DENEGO** o *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2217315-33.2017.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é paciente ADEMIR SIGNORI BORSSATO, Impetrantes JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, JUNE CIRINO DOS SANTOS e CIRILO SIMÕES DA LUZ.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.490)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

FREITAS FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Pleiteia a concessão de prisão domiciliar – Matéria já foi apreciada em grau de apelação por este E. Tribunal de Justiça. Recurso Especial não foi admitido – Agravo em Recurso Especial não conhecido – Ordem de prisão determinada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça – Recurso de apelação julgado por este E. Tribunal de Justiça. Incompetência para modificar matéria já apreciada neste Tribunal e também para modificar ordem de prisão emanada por Instância Superior. Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelos advogados JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, JUNE CIRINO DOS SANTOS e CIRILO SIMÕES DA LUZ, em favor de **ADEMIR SOGNORI BORSSATO**, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo da 1ª E 2ª Varas Criminais da Comarca de Tatuí/SP.

Alega a defesa, em suma, que o constrangimento ilegal do qual está a padecer decorre da fixação do regime inicial semiaberto para o resgate da pena, visto que o paciente possui doenças gravíssimas, a saber: seríssimos problemas cardíacos, graves patologias gastrointestinais, dolorosas lesões permanentes na coluna vertebral e doença hemorroidária, que o impedem de iniciar o resgate da pena em estabelecimento prisional, daí porque requer a concessão da prisão domiciliar.

Pretende que seja determinada, liminarmente, a referida medida, sendo, tal medida confirmada no mérito do julgamento deste "writ".

O Presidente da Seção de Direito Criminal, Dr. Salles Abreu, determinou a emenda da petição inicial, posto que não se afigura possível a impetração de um "habeas corpus" contra decisões proferidas por Juízos Diversos (fl. 130).

Os impetrantes emendaram a inicial e apontaram como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí/SP que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

A liminar foi indeferida (fls. 138/141), a autoridade coatora prestou informações (fls. 144/145), e a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não conhecimento da impetração ou pela denegação da ordem (fls. 148/153).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado a resgatar pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 17 dias-multa, por incurso no artigo 89, "caput", da Lei nº 8.666/93, na forma dos artigos 29 e 71, ambos do CP (delito de dispensar licitação, fora das hipóteses legais), sendo-lhe deferido apelo em liberdade. Recorreu da r. sentença, porém, foi negado provimento ao apelo, por V.U., no julgamento da Apelação Criminal nº 0002714-89.2009.8.26.0624, realizado por esta E. 7ª Câmara de Direito Criminal em 25 de setembro de 2015. Embargos declaratórios foram rejeitados. Recurso Especial também não restou admitido. Em razão disso, o paciente agravou da decisão e o Colendo Superior Tribunal de Justiça determinou a execução provisória da pena. Assim, o Juízo "a quo" determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Houve pedido de prisão domiciliar perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tatuí, este que declinou de sua competência, pois o feito pertencia a 1ª Vara Criminal daquela Comarca. Entretanto, a Juízo "a quo" não apreciou o pedido, em razão da cessação da atuação do juízo de conhecimento por força da sentença e também porque não foram juntados fatos novos a ampararem a substituição de regime. Consignou, ainda, que após o cumprimento do mandado de prisão, o Juízo da Execução poderá verificar se o estabelecimento prisional atenderá ou não as peculiaridades de seu caso (fls. 122/123).

O pedido não prospera.

Verifica-se que a defesa recorreu da r. sentença e este Tribunal de Justiça, negou provimento recurso, mantendo a r. sentença condenatória. A defesa interpôs Recurso Especial, sendo que o recurso não foi conhecido. E o Agravo em Recurso Especial interposto também não foi conhecido. Assim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça determinou a execução provisória da pena. Então, o Juízo "a quo" determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Em primeiro lugar, pode-se concluir, com segurança, que o impetrante se insurge, por meio do presente remédio heroico, não contra a r. sentença condenatória prolatada em desfavor do paciente, mas, sim, contra o v. acórdão que a substituiu, prolatado, diga- se, por um dos órgãos fracionários desta C. Corte, a impedir, assim, o conhecimento da impetração.

Isso porque, como é cediço, este E. Tribunal, por força do *princípio da hierarquia*, não tem competência para o processo e julgamento de *habeas corpus* impetrados contra suas próprias decisões, ainda que prolatadas por seus órgãos fracionários, até porque o acolhimento de entendimento em sentido contrário lhe permitiria, em última análise, conceder de ofício *habeas corpus* contra suas próprias decisões, em virtude do que ocuparia, simultaneamente, as posições de coatora e de julgadora, o que, por óbvio, não se pode conceber.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema:

Inviável é a impetração de habeas corpus a ser julgado pela própria autoridade apontada como coatora. Incompetência manifesta deste órgão julgador para conceder a ordem contra si próprio. Necessidade de observância do princípio da hierarquia, devendo o habeas corpus ser julgado por instância superior a de que provier a violência ou coação (STJ – 3.ª T. – AgRgHC 20.027 – Rel. NANCY ANDRIGHI – j. 21.2.2002 – DJU 6.5.2002, p. 284).

Na mesma direção:

Não pode tomar conhecimento de um pedido de habeas corpus o Juiz ou Tribunal que praticou ou confirmou, expressa ou implicitamente, o ato considerado ofensivo da liberdade física do paciente (TACRIM-SP – HC – Rel. NELSON FONSECA – JUTACRIM-SP 65/127).

E, ainda:

A competência para o processo e julgamento do habeas corpus obedece ao princípio da hierarquia. Não pode se reputar competente o mesmo juiz que autorizou a coação, ou que a ordenou, nem o seu igual, nem, a fortiori, o juiz inferior a ele. As leis porfiaram em dar forma a esse princípio (TJSP – RHC – Rel. FELIZARDO CALIL – RT 54/364).

Consigne-se, ainda, que, por força do que dispõe o art. 105, I, "c", da CF, compete ao C. STJ processar e julgar, originariamente, os *habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da justiça eleitoral*; (...).

Em segundo lugar, note-se que a ordem de prisão emanou do Colendo Superior Tribunal de Justiça, donde se conclui que o Juízo de piso somente cumpriu com o ofício jurisdicional que lhe cabia ao determinar a expedição do mandado de prisão, não cabendo, também, a este Colendo Tribunal de Justiça reformar tal decisão.

Acesso ao Sumário

E, por outro lado, conforme informações trazidas aos autos o paciente não foi preso e a Execução da pena não teve início, de modo que o pedido sequer foi apreciado em primeira instância, e por não ter sido analisado pelo MM. Juízo de 1º Grau, anteriormente, impossível sua análise por este Tribunal, sob pena de supressão de instância. Nada justificando, portanto, a intervenção desta Corte.

O pedido de prisão domiciliar deve ser submetido, primeiramente, ao MM. Juízo das Execuções Criminais, observando-se o princípio constitucional do Juiz Natural. Ainda, o juízo competente para a apreciação de incidentes de execução é o Juízo das Execuções Criminais, conforme determinam os artigos 65 e 66 da Lei n° 7.210/84, e o exame da pretensão nesta instância caracterizaria supressão de um grau de jurisdição, o que se afigura de todo inadmissível.

Até porque, como se sabe, a análise de progressão de regime prisional demanda análise dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, estes que dizem respeito ao mérito do condenado e que devem ser analisados no curso da execução da pena.

E o fato de o paciente ter portador de uma série de enfermidades **não é o suficiente para autorizar a concessão do benefício da prisão domiciliar.**

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE PROVAS. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR, POR SER O AGENTE CARDIOPATA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

(...)

2) A circunstância de ser o agente portador de doença crônica não representa garantia de concessão de prisão domiciliar, por si só. É necessária a demonstração de que ele necessita de cuidados médicos especiais e que estes não possam ser ministrados no estabelecimento prisional". (STJ, HC 153204/PA, relator Ministro Celso Limongi, DJ 02/08/2010).

Assim, forçoso concluir que as doenças alegadas pelo defensor não impedem que o paciente seja encarcerado, pois, se necessário, terá o suporte médico que deverá ser dispensado pelo diretor da Penitenciária onde se encontrar recolhido. E, caso não haja possibilidade de isso ocorrer, aí sim, o Juízo das Execuções poderá avaliar com a acuidade necessária a possibilidade do paciente ser beneficiado com o regime de prisão domiciliar, não havendo, por ora, que se cogitar do reconhecimento do alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2188906-47.2017.8.26.0000, da Comarca de Aguaí, em que é paciente P.A.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.503)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 14 de dezembro de 2017.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Aborto provocado pela gestante – Atipicidade por alegada não recepção do tipo penal do art. 124 do CP pela CF/88 – Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) que não se sobrepõe ao direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88).

Não se concebe a alegação de atipicidade da prática de auto aborto, sob o fundamento de que o tipo previsto no art. 124 do CP não teria sido recepcionado pela atual ordem constitucional, que possuiria como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), do qual decorreriam a autodeterminação corporal como forma de exercício de autonomia individual de vontade da mulher e o seu poder de escolha acerca da maternidade, com direito potestativo ao aborto; a pretensão não se justifica igualmente sob o argumento de que a Constituição assegura aos cidadãos a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF/88), o planejamento familiar e intervenção estatal mínima (art. 226, § 7º, da CF/88), e a laicidade do Estado brasileiro (art. 5º, VI, da CF/88).

Referidos direitos da mulher, conquanto realmente previstos no texto constitucional, efetivamente não se sobrepõem ao direito fundamental à vida do feto, que possui igualmente amparo constitucional (art. 5º, *caput*, da CF/88). Não se cuida tampouco de violação à laicidade do Estado brasileiro (art. 5º, VI, da CF/88), mas sim de conflito aparente entre direitos fundamentais: de um lado, o direito à vida do feto e, de outro, a dignidade da pessoa humana da gestante, devendo, pelo critério do sopesamento ou da ponderação, prevalecer o primeiro, em detrimento dos direitos da gestante acima referidos.

Pondere-se que o Pleno do Col. Supremo Tribunal Federal, ao manifestar-se, em 2012, sobre pedido de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II, todos do CP (ADPF n. 54), realmente julgou procedente ação de descumprimento de preceito fundamental, mas apenas para declarar a inconstitucionalidade da interpretação, segundo a

Acesso ao Sumário

qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta que se subsumiria aos tipos penais supramencionados.

O Pretório Excelso valeu-se, nesse caso, de técnica de decisão pela qual se declara inconstitucionalidade sem que haja pronúncia de nulidade, permitindo-se concluir que, excetuados os casos legais (art. 128, incisos I e II, do CP) e, doravante, também o da gravidez de feto anencéfalo (ADPF nº 54/DF), permanece típica a conduta da gestante de provocar em si mesma o aborto, prevista no art. 124 do CP.

É certo que há decisão posterior, datada de 2016, que, conferindo interpretação conforme a Constituição aos mesmos arts. 124 a 126 do CP, excluiu de seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Cuida-se, contudo, de *habeas corpus* concedido de ofício pela 1ª Turma da Corte Suprema, cujo efeito foi meramente incidental, não tendo se dado *erga omnes*, mesmo porque inexiste notícia de que tenha o Senado Federal, logo após, suspendido a execução, no todo ou em parte, do tipo penal em questão.

Habeas Corpus* – Aborto provocado pela gestante – Ausência de elementos probatórios mínimos – Análise que exige apreciação aprofundada do mérito do conjunto probatório – Descabimento de discussão em sede de *Habeas Corpus

A atipicidade da conduta pode lastrar eventual concessão da ordem de *Habeas corpus* apenas na hipótese de ser manifesta, uma vez que o remédio heroico não se presta ao exame detalhado de questões atinentes ao mérito da demanda, atividade que deve ser reservada ao julgamento da ação penal pela autoridade coatora.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

A Defensora Pública ANA RITA SOUZA PRATA impetrou a presente ordem de *habeas corpus*, em favor de P.A., alegando constrangimento ilegal por parte da MM.ª Juíza de Direito da Vara única da Comarca de Aguaí, que recebeu

a denúncia e, após, acolheu proposta do Ministério Público para determinar a suspensão condicional do processo pelo prazo de 02 (dois) anos, nos termos do art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95, no processo nº 3001965-53.2013.8.26.0083, no qual ela está denunciada como incursa no art. 124 do CP.

Busca-se o trancamento da ação penal, diante da atipicidade da conduta imputada à paciente ou por ausência de justa causa por falta de materialidade ou derivada da ilicitude dos elementos de prova contidos nos autos, com a declaração de não recepção do art. 124 do CP pela CF/88, alegando atipicidade da conduta imputada à paciente, porquanto o art. 124 do CP não teria sido recepcionado pela CF/88, que possui como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, da qual decorre a autodeterminação corporal como forma de exercício de autonomia individual de vontade da mulher, cujo poder de escolha acerca da maternidade deve também ser abrangido.

Sustenta-se que, da colisão entre os postulados da liberdade de escolha da mulher e vida intrauterina, o primeiro deve prevalecer, em homenagem à máxima efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo. Argumenta-se que o aborto é um direito da mulher e, como tal, deve ser tutelado, ao invés de criminalizado. Aduz que, ao contrário do direito ao aborto, que seria potestativo, o nascituro possuiria apenas expectativa de direito.

Alega-se, ainda, afronta aos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, ao planejamento familiar, intervenção mínima e à laicidade do Estado brasileiro. Sustenta-se, também, que os elementos probatórios veiculados nos autos derivam de provas ilícitas, porquanto colhidos em violação ao sigilo profissional, que deve prevalecer contra a obrigatória comunicação da prática de crimes. Afirma-se, por fim, não haver provas de que o feto encontrado seria proveniente da gestação da paciente ou de que o aborto teria sido por ela provocado (fls. 01/124).

Não houve pedido de liminar (fls. 126).

As informações de foram prestadas, com cópias (fls. 129/137).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 141/146).

É o relatório.

A paciente foi denunciada pelo crime de autoaborto, previsto no art. 124 do CP, porque, segundo a denúncia, engravidou de pessoa não identificada e, no dia 1º de agosto de 2013, por volta das 23h, teria provocado um auto aborto, abandonando o feto no vaso sanitário da residência onde morava com sua família (fls. 131/133).

Comungando do mesmo pensamento do saudoso Des. Louri Geraldo Barbiero, que era o relator originariamente designado do presente processo nesta 8ª Câmara Criminal, o pedido de trancamento da ação penal não pode ser

Acesso ao Sumário

atendido, em que pesem os argumentos expostos pela douta Impetrante.

Primeiro, porque a denúncia narra fato que constitui, em tese, a infração penal prevista no art. 124 do CP (fls. 131/133). A peça acusatória preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, descrevendo, de forma satisfatória, a conduta imputada à paciente, com exposição pormenorizada do fato criminoso e de suas circunstâncias, o que lhe permitiu a compreensão da imputação que lhe foi dirigida e o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Segundo, porque, ao contrário do sustentado pela douta Defesa, não se cogita de atipicidade da conduta, sob a alegação de que o crime de autoaborto, previsto no art. 124 do CP, não teria sido recepcionado pela atual ordem constitucional, que possui como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), do qual decorrem a autodeterminação corporal como forma de exercício de autonomia individual de vontade da mulher e o poder de escolha da mulher acerca da maternidade, com direito potestativo ao aborto, além de a CF/88 assegurar aos cidadãos a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF/88), o planejamento familiar e intervenção estatal mínima (art. 226, § 7º, da CF/88), e a laicidade do Estado brasileiro (art. 5º, VI, da CF/88).

Isso porque referidos direitos da mulher não se sobrepõem ao direito fundamental à vida do feto, que também possui amparo constitucional (art. 5º, *caput*, da CF/88). Não se trata de violação à laicidade do Estado brasileiro (art. 5º, VI, da CF/88), como sustentado pela douta Impetrante, mas sim de conflito entre direitos fundamentais: de um lado, o direito à vida do feto e, de outro, a dignidade da pessoa humana da gestante. E, *in casu*, pelo critério do sopesamento ou da ponderação, deve prevalecer o primeiro, em detrimento dos direitos da gestante acima referidos.

Terceiro, porque não vinga a tese de não recepção, pela atual ordem constitucional, do tipo penal previsto no art. 124 do Código Penal. Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal, ao manifestar-se sobre pedido de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 124, 126 e 128, I e II, todos do CP, julgou procedente a ação de descumprimento de preceito fundamental, apenas para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos arts 124, 126, e 128, incisos I e II, todos do CP:

> **Estado – Laicidade**
>
> O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões.
>
> **Feto Anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência**
>
> Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de

Acesso ao Sumário

feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal[1]

Em outras palavras, o Col. Supremo Tribunal Federal valeu-se da técnica de decisão consistente na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, permitindo-se concluir que, excetuados os casos legais (art. 128, I e II, do CP) e, doravante, também o da gravidez de feto anencéfalo (ADPF nº 54/DF), permanece típica a conduta da gestante de provocar, em si mesma, o aborto, prevista no art. 124 do CP, que se encontra em plena vigência.

É certo que, posteriormente, o Colendo Supremo Tribunal Federal veio a manifestar-se pela inconstitucionalidade da criminalização de todas as hipóteses de aborto voluntário, nas quais a interrupção da gestação tenha no primeiro trimestre:

> **Direito Processual Penal – *Habeas corpus* – Prisão preventiva – Ausência dos requisitos para sua decretação – Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre – Ordem concedida de ofício**
>
> [...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. [...] A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. [...] A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.[2]

Acesso ao Sumário

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n. 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde CNTS. Intimado: Presidente da República. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, 12 de Abril de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original).

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Impetrante: Jair Leite Pereira. Paciente: Rosemere Aparecida Ferreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 1ª Turma. Maioria de votos. Brasília, 09 de agosto de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. 29 Nov. 2016. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do

Mencionada decisão, oriunda da 1ª Turma, não possui, contudo, efeitos *erga omnes*, e tampouco há notícia nos autos de que, após o julgamento pela Suprema Corte, o Senado Federal tenha exercido a competência prevista no art. 52, X, da CF/88, suspendendo a execução, no todo ou em parte, do tipo penal em comento.

Diante de tais considerações, não se cogita de trancamento da ação penal, mesmo porque esta, em sede de *habeas corpus*, só tem cabimento quando, independentemente de aprofundado exame de provas, com nitidez, dimanar de indiscutível situação fático-jurídica em que se mostre atípica a conduta do denunciado ou que esteja sob o manto de alguma excludente inquestionável, o que não é o caso destes autos.

Do contrário, não há como dispensar-se a ação penal, com a necessária instrução, na qual será garantido o contraditório, e consequente julgamento da causa. A existência, ou não, de provas idôneas da materialidade delitiva e da autoria depende de dilação probatória, com aprofundado exame do acervo instrutório assim constituído, que só o devido processo legal pode permitir, como garantia também ao acusado. Sobre o tema, ensina o saudoso professor Júlio Fabbrini Mirabete:

> Por fim, deve ser ressaltado que não cabe o pedido de *habeas corpus* quando o direito pleiteado envolve a apreciação valorativa de fatos e circunstâncias, em especial circunstâncias subjetivas que não podem ser aferidas na via estreita do *mandamus*.[3]
>
> ... somente se justifica a concessão do *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a decisão" (RT 534/349, 539/366, 544/408,...; JTACrSP 63/143, 76/102; TSTJ 20/205, 21/200). E, prosseguindo: "... mas não se pode pela via estreita do *mandamus* trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos" (RTJ 113/1.017; JSTJ 3/205,...; RT 536/384, 539/264,...; JTACrSP 71/116 e 131, 94/599).[4]

Outro não é o entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal:

> ***Habeas Corpus* – Trancamento da ação penal por falta de justa causa – Hipóteses** Somente é possível o trancamento de ação penal por falta de justa causa se, *prima facie*, constatar-se a atipicidade da conduta ou a inocência dos acusados. Definido, em tese, o ilícito penal e apontada a autoria, não há razão para que se obste o prosseguimento

Acesso ao Sumário

texto original).

3 **Código de Processo Penal Interpretado**, 7. ed., São Paulo: Atlas, p. 1411.

4 **Processo Penal**, Ed. Atlas, p. 706.

do processo.[5]

Melhor sorte não assiste à douta Impetrante, no que concerne ao pedido de reconhecimento de ilicitude, por derivação, das provas colhidas nos autos, ao argumento de que teriam sido colhidas com violação ao dever de sigilo profissional (art. 207 do CPP).

É que, segundo documentos juntados à presente impetração e informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, a colheita dos atos de investigação, produzidos na primeira fase da persecução penal, foi iniciada não por eventual comunicação, às autoridades públicas, do médico que atendera a paciente, quando então teria detectado sinais da prática de abortamento, mas sim em razão de a testemunha J.A.V., que é padrasto da paciente, ter acionado a Polícia Militar logo depois de ter encontrado, no interior do vaso sanitário da residência onde eles moravam, um feto com partes do corpo dilaceradas (boletim de ocorrência de fls. 56/59). Não se cogita, assim, de ilicitude das provas colhidas no processo de origem.

O restante trazido na impetração (*v.g.* alegações de falta de prova da materialidade delitiva, de não haver provas de que o feto encontrado seria proveniente da gestação da paciente, ou de que o aborto teria sido por ela provocado) relaciona-se, por fim, ao mérito, sendo inviável o seu exame nos estreitos limites do presente *writ*.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente da impetração para, na parte conhecida, denegar-se a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2195616-83.2017.8.26.0000, da Comarca de Fernandópolis, em que é impetrante BANCO BRADESCO S/A, é impetrado JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FERNANDÓPOLIS.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e DENEGARAM a segurança, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.923)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

5 ***Habeas corpus*** nº. 302.554/8, TACrimSP, Diadema, Rel. Juiz Wilson Barreira.

Acesso ao Sumário

ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Estelionato – Decisão que fixou multa de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), reduzida para R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por descumprimento de ordem judicial – Cabimento no caso – Demonstração nos autos de que o impetrante apresentou resistência injustificada em cumprir a determinação judicial, mesmo após várias requisições – Atendimento ao comando judicial que se deu somente após o bloqueio de valor em sua conta corrente – Medida que se mostrou necessária para preservação da ordem pública e da investigação criminal, que tramita desde 25.08.2016 ante a evidente inércia e desinteresse do impetrante em atender o juízo – Manutenção da multa – Redução do Valor – Ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade – Inocorrência – Valor que está em consonância com as particularidades do caso, tendo em vista os reiterados descumprimentos das ordens judiciais da mesma natureza, o elevado poder econômico da instituição financeira ora impetrante e o caráter sancionatório da medida – Decisão mantida – Ausência de direito líquido e certo – Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder da autoridade impetrada – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **BANCO BRADESCO S.A**. contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis /SP, que aplicou multa, no valor de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) reduzido para R$ 1.000.000,00, nos autos do processo de nº 0003698-73.2016.8.26.0189.

Alega o impetrante que, nos autos do inquérito policial para apurar a autoria de crime de estelionato praticado na internet, a impetrada determinou a expedição de ofícios, requerendo informações completas sobre o nome e número da conta beneficiária do boleto que instruiu o ofício.

Acesso ao Sumário

Argumenta que não foi possível atender o requerimento dentro do prazo legal, pois os ofícios foram enviados a uma agência bancária localizada no Estado da Bahia, razão pela qual a impetrada aplicou multa, no valor de R$ 10.000.000,00.

Aduz que houve violação a seu direito líquido e certo, vez que é necessária a caracterização da má-fé para aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 77, § 2º do Código de Processo Civil, o que não ficou demonstrado nos autos.

Ressalta que houve regular atendimento às ordens judiciais direcionadas à impetrante e eventuais atrasos no cumprimento ocorreram por conta da necessidade de pesquisas internas para atendimento, o que demanda maior tempo de cumprimento.

Argumenta ainda a desproporcionalidade e abusividade do valor da multa aplicada, caracterizando prejuízo concreto e irreparável à impetrante ante o bloqueio e transferência do valor de R$ 1.000.000,00.

Assim, pleiteia, liminarmente, que seja determinada a imediata suspensão dos efeitos da decisão impugnada, impedindo a transferência da quantia bloqueada, com a imediata liberação do valor. No mérito, postula a concessão da segurança, cassando-se a decisão impugnada.

Indeferida a liminar (fls. 142) e prestadas as informações pela autoridade coatora (fls.145/152), a Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação do presente *mandamus*. (fls.163/166),

É o relatório.

A segurança deve ser denegada.

Consta dos autos que o inquérito policial foi instaurado a partir da comunicação da vítima de suposto crime de estelionato, pois teria sido lesada ao realizar compra em site pela internet, do qual não conseguiu identificar. O pagamento do produto adquirido foi realizado por meio de boleto bancário emitido pelo Banco Bradesco, ora impetrante. Tratava-se de documento com poucos dados, sendo possível ter apenas certeza de que o emitente do boleto bancário foi o Banco Bradesco S/A.

Assim, a autoridade policial procedeu às diligências possíveis para apurar dados sobre a autoria dos fatos, de quem era o titular do domínio do endereço da internet, bem como solicitou a quebra de sigilo de dados para descobrir o beneficiário do pagamento realizado, o que foi deferido pelo MM. Juiz, em decisão de 11.11.2016.

Como houve demora no cumprimento da ordem judicial, o impetrante foi instado diretamente pela Autoridade policial para cumprir a requisição, em ofício datado de 16.12.2016.

Acesso ao Sumário

Somente em 02.01.2017, o impetrante informou ao juízo que cumpriria a requisição de forma suficiente e em 05.02.2017, sobreveio nova informação semelhante dirigida à autoridade policial, em resposta ao ofício expedido por esta.

Diante dessa postura que o impetrante entendeu por eficiente para atendimento à requisição judicial, houve nova solicitação da autoridade policial para cobrar o cumprimento da ordem anterior, o que foi deferido pelo MM. Juízo, que fixou prazo de cinco dias para cumprimento, conforme decisão de 17.05.2017.

Em 25.05.2017, concomitantemente a essa referida decisão judicial, foi juntado aos autos ofício que comprovou o protocolo no Fórum local em 15.05.2017, por meio do qual o impetrante cumpriu parcialmente a requisição, informando o nome do titular da conta vinculada ao boleto bancário, mas sem apresentar qualquer documento e outras informações requisitadas.

Após nova solicitação da autoridade policial, em 11.07.2017, o MM. Juiz reiterou a requisição das informações pendentes, no prazo de resposta de cinco dias, com a advertência de aplicação futura de bloqueio, no valor de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) (fls. 92).

Diante do não atendimento da ordem, mesmo aguardando muito mais que o prazo de cinco dias concedidos, em 12.09.2017 foi determinado o bloqueio do valor de R$ 10.000.000,00 por meio do BACENJUD (fls. 101), que foi realizado no dia 20.09.2017.

No dia 22.09.2017, o impetrante apresentou informações que disse possuir para atender a requisição judicial, alegando que não possui os documentos de abertura da conta, e requereu a revogação do bloqueio do valor (fls. 132/136).

O MM. Juiz entendeu não ser crível a alegação, pois dada apenas para justificar o não atendimento integral da ordem judicial, razão pela qual determinou a liberação de R$ 9.000.000,00 (nove milhões) em favor da instituição alvo do bloqueio, mantendo a constrição de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), como se vê de fls.137/138.

A r. decisão atacada (fls. 137/138) bem justificou a necessidade da imposição da multa ante a postura e conduta processual do impetrante no caso dos autos. Vejamos:

> *"F. 116/120. Trata-se de ofício encaminhado pelo Bradesco S.A. em atendimento às requisições anteriores de informações e documentos, que tardaram muito a chegar aos autos.*
>
> *De acordo com a entidade bancária, parte do problema, do atraso, foi causado pela incorreta requisição de informações à agência do Bradesco de Ilhéus-BA, que nada tem a ver com o boleto bancário de f. 4.*

Acesso ao Sumário

De fato, com a vinda parcial de informações, após quase meio ano de cobranças do Judiciário e da Polícia Civil, foi informado que a agência que administra a conta do boleto é a de número 557.

Porém, nenhum dado dessa agência foi informado, nem mesmo foi indicado o local mais adequado para a cobrança das informações remanescente, que, desde o início foram direcionadas à agência de Ilhéus e recebidas efetivamente pelo setor competente do banco, tanto que respondidas com pedidos de dilação de prazo.

Aliás, é difícil saber qual o setor competente do banco, porque vieram aos autos ofícios de agência de Curitiba (f. 45 e 48), de São Paulo (f. 53 e 64) e foi apurado que a agência matriz está localizada em Osasco (f. 91).

Agora, quase um ano depois da primeira requisição que efetivamente chegou às mãos da instituição bancária, a qual nunca informou que o destino deveria ser outro, diverso da agência de Ilhéus, vem a informação de que os ofícios devem ser encaminhados ao endereço constante do ofício de 116/120.

É necessário frisar que a rapidez do atendimento não se deu porque o Bradesco repentinamente tornou-se eficiente e cumpridor de ordens judiciais e, sim, por ter havido o bloqueio de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) no dia que antecedeu a visita de advogado dessa instituição.

Foi o bloqueio, portanto, que criou o interesse da instituição cumprir a requisição e informar o melhor endereço para que as ordens futuras sejam encaminhadas.

Interessante notar, ainda, que concomitante ao bloqueio, foi determinada nova intimação do banco para cumprir a ordem, tendo sido tentado o envio de fac-símile a vários telefones, inclusive, o confirmado como sendo próprio para esse fim, conforme certidão de f. 97". tudo sem êxito.

Como se nota, o bloqueio do valor cumpriu parte de sua finalidade, que era forçar o cumprimento da ordem, mas a mera ameaça não foi suficiente, de modo que a liberação pura e simples do valor traria descrédito enorme ao Judiciário por revelar que suas medidas coercitivas são blefes, o que é inadmissível.

Deve-se destacar, ainda, que não se mostra crível que o Bradesco não possua os dados da conta bancária que recebeu os valores do boleto de f. 4, especialmente por se tratar de conta de pessoa jurídica aberta em 17/08/2015 e encerrada recentemente, em 24/03/2016.

É possível que os documentos não tenham sido encontrados a tempo, porque somente foram procurados após a vinda do advogado do banco a esse Fórum, ou seja, no intervalo de dois dias, entre 20 (visita do d. advogado) e 22/09/2017 (recebimento do ofício em análise).

Ainda, é equivocada a alegação do banco sobre a disparidade

Acesso ao Sumário

entre o valor do prejuízo da vítima do crime em apuração e o valor da multa imposta.

Ora, a multa nada tem a ver com o prejuízo da vítima; não estamos em processo cível.

A medida cautelar penal foi imposta diante da postura do banco que frustrava investigação criminal de apuração de um dos vários delitos praticados por meio de site de internet.

A intenção da investigação não era ressarcir a vítima, mas encontrar o criminoso e isso não tem preço porque a impunidade gera ordinariamente contumácia delitiva e, assim, novas vítimas.

Do modo como ocorreu, a medida cautelar cumpriu parcialmente sua função; criou, no banco, a noção de que ordem judicial se cumpre ou se contesta dentro do Judiciário.

Parte de seu valor, porém, pode ser devolvido porque visava justamente movimentar o banco; já a inércia que permaneceu após o aviso de sua imposição exige que se mantenha valor bloqueado para que a medida cautelar não se torne um blefe em desprestígio do Judiciário.

*Assim, **determino** a liberação de R$ 9.000.000,00 (nove milhões) em favor da instituição alvo do bloqueio, **mantendo** a constrição de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) pelo prazo informado na decisão de f. 70/72, quando será dada a melhor destinação ao montante.*

Com o desbloqueio, encaminhem-se os autos à Del. Pol. para continuação da investigação, ficando deferido o prazo complementar de 30 dias para tanto."

É dever das partes colaborar com a instrução criminal, devendo apresentar documentos em seu poder quando requisitados pelo juiz.

Assim, no caso conclui-se que as provas apresentadas são suficientes para demonstrar a inércia e desinteresse do impetrante em colaborar com a Justiça, pois deixou de cumprir ordens judiciais, por diversas vezes, sem apresentar justificativa razoável para o não atendimento.

Ressalte-se que somente após o bloqueio de valor, após quase um ano da primeira determinação, é que surgiu ao impetrante o interesse de cumprir a requisição, de forma forçada, trazendo informações mais completas.

Portanto, correta a aplicação da multa imposta ao impetrante, não havendo como afastá-la no caso, pois mostrou ser medida necessária para preservação da ordem pública e da investigação criminal, que tramita desde 25.08.2016, sob pena de descrédito da justiça.

Há sim os elementos necessários para a manutenção da medida, a fim de salvaguardar a ordem pública, reiteradamente violada pelo impetrante.

Por outro lado, o valor da multa imposta pelo juízo deve motivar o cumprimento da determinação judicial e no caso, está em consonância com as

Acesso ao Sumário

particularidades do caso, tendo em vista os reiterados descumprimentos das ordens judiciais da mesma natureza, o elevado poder econômico da instituição financeira ora impetrante e o caráter sancionatório da medida.

Observa-se ainda que, após o pedido de reconsideração do impetrante, o MM. Juiz agiu com acerto ao liberar maior parte do valor bloqueado (R$ 9.000.000,00), mantendo a constrição de R$ 1.000.000,00, ao justificar que: "*...a inércia que permaneceu após o aviso de sua imposição exige que se mantenha valor bloqueado para que a medida cautelar não se torne um blefe em desprestígio do Judiciário...*", não havendo qualquer reparo a ser feito.

Repita-se, o Juízo de 1º grau enfatizou que a multa foi aplicada em medida cautelar de natureza penal, sem qualquer relação com a do Código de Processo Civil.

E, como já registrado, o valor deve ser mantido para que seja efetivo o efeito didático frente à instituição bancária de enorme poder econômico.

Enfim, ausente direito líquido e certo do impetrante, bem como inexistindo ilegalidade ou abuso de poder da autoridade impetrada, não há como julgar procedente o *mandamus.*

Ante ao exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **DENEGO** a segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0001514-33.2017.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido J.R.S.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial, a fim de que o réu seja julgado no Tribunal do Júri também pelo delito previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, decretando-se, no mais, sua prisão preventiva. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Marcelo Rigonato e, usou da palavra, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Roberto Marangoni Talarico.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.442)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 30 de janeiro de 2018.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, PORTE ILEGAL DE ARMA E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – RECURSO MINISTERIAL – Pretendida a pronúncia também pelo delito deporte de arma de fogo, tendo em vista a aplicação pela magistrada do princípio da consunção – Necessidade – A existência ou não de concurso material entre o delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03 e art. 121, §2º, do Código Penal, deve ser analisada pelo Tribunal do Júri, único competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e seus conexos – O princípio da absorção não pode ser aplicado de forma automática, porquanto demanda aprofundado exame de provas, incabível nesta via – Momento processual em que a dúvida milita *pro societatis* – Mero juízo de admissibilidade – Pleito de prisão preventiva – Viabilidade – Presentes os requisitos do art. 312 do CPP – Acusado que demonstrou total descontrole emocional, evidenciando sua periculosidade – Recurso da acusação provido, com determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu.

VOTO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, em face da r. decisão de fls. 455/457, que revogou a prisão preventiva do acusado J.R.S., bem como afastou da decisão de pronúncia o crime conexo relativo à posse ilegal de arma de fogo.

Consta dos autos que, no dia 18 de fevereiro de 2017, por volta das 07h23min, na Avenida Olavo Egídio de Souza Aranha, 704, Ermelino Matarazzo, Comarca da Capital, o réu, agindo com intenção de matar, por motivo fútil, efetuou disparos de arma de fogo contra A.B.P., ocasionando-lhe lesões corporais, somente não alcançando o resultado morte pretendido, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, o réu conduziu veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, constatada por sinais típicos de embriaguez e por concentração superior a 0,3mg de álcool por litro de ar alveolar.

Acesso ao Sumário

Consta, por fim, que, em momento anterior e próximo à data dos crimes acima descritos, o réu portava o revólver de calibre 22, marca Rossi, número de série 54203 (cf. auto de apreensão de fls. 22, na arma havia 03 cartuchos íntegros e 04 cartuchos deflagrados - estojos), que tinha recebido anteriormente de pessoa não identificada, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo foi apurado, o denunciado conduzia o veículo automotor Hyundai/Ix35, placas (...), em via pública, em estado de embriaguez (logo após ter saído de uma festa, local onde ingerira bebida alcoólica), quando, em dado momento, foi ultrapassado pelo automóvel Fiat/Palio, placas (...), conduzido pela vítima A.B.

Descontente com a ultrapassagem realizada, J. que estava acompanhado do filho G.P.S., de 18 anos de idade, passou a acionar repetidamente o farol alto de seu carro em direção ao automóvel conduzido pela vítima, demonstrando, assim, que ficara irritado com aquela manobra. Em meio a tal contexto, o indiciado imprimiu maior velocidade ao Hyundai, ultrapassando o Fiat/Palio conduzido pelo ofendido.

Segundo relatos existentes, ainda na Avenida Olavo Egídio de Souza Aranha, A.B., que vinha atrás, acabou por ultrapassar novamente o veículo conduzido pelo denunciado.

Não aceitando a postura assumida por A. (segunda ultrapassagem realizada pela vítima), J. acelerou o motor do carro Hyundai/Ix35 que conduzia, ultrapassando de novo o automóvel do ofendido.

Em determinado instante, na altura do numeral 704, da Avenida Olavo Egídio de Souza Aranha, J. parou o veículo Hyundai/Ix35 e passou a acenar para a vítima, que vinha logo atrás. Por cautela, A. entendeu por bem continuar o seu trajeto (pois o agressor dava a entender que pretendia com ele discutir), quando, então, o indiciado, agindo com intenção de matar, efetuou disparo de projétil de arma de fogo contra A., acabando por atingir o vidro lateral dianteiro (lado do passageiro) do automóvel Fiat/Palio.

Acesso ao Sumário

Fragmentos do vidro atingido pelo projétil acabaram acertando a vítima, provocando-lhe, assim, lesões.

Diante de tal situação de injusta agressão, A. fugiu do local, ocasião em que foi perseguido pelo denunciado. Em dado momento, a perseguição ocorreu na contramão de direção da Av. Olavo Egídio de Souza Aranha (que estava parcialmente obstruída por um ônibus coletivo, que por ali também transitava no mesmo sentido), ocasião em que o denunciado, agindo com intenção de matar, efetuou outros disparos de arma de fogo em direção ao ofendido, errando, contudo, o alvo.

Em determinado instante, J., que ainda perseguia A., colidiu o veículo

Hyundai/Ix35 contra a traseira do automóvel VW/Quantum, placas (...), conduzido por D.J.O., que estava parado à sua frente, em atenção ao sinal vermelho do semáforo que acendera.

O impacto provocado pela colisão foi tão forte que o veículo VW/Quantum acabou por capotar, o que impediu o agressor de continuar a perseguição que havia iniciado contra A.; assim, em face de tais circunstâncias (erro de pontaria e diante da impossibilidade de prosseguir na perseguição ao ofendido), o resultado morte pretendido pelo agressor não se verificou.

O delito acima descrito foi praticado em razão de desentendimento banal, surgido a partir da ultrapassagem realizada por A.B.P. em relação ao automóvel de J. Desse modo, constituindo a reação do denunciado algo absolutamente desproporcional em face do comportamento atribuído à vítima, forçoso é concluir que tal infração foi praticada por motivo fútil.

Segundo apontamentos existentes nos autos, após a prática do crime contra a vida, policiais militares foram acionados e, em diligências realizadas, obtiveram êxito na prisão do agressor, ocasião em que verificaram que ele apresentava sinais típicos de embriaguez (cf. Resolução nº 432, de 23 de Janeiro de 2013, do CONTRAN).

Realizado o exame de etilômetro, constatou-se que a concentração em questão era de 0,8 mg de álcool por litro de ar alveolar expirado (cf. fls. 24).

Além disso, em revista pessoal, verificou-se que J. ainda portava a arma do crime, revólver este que havia recebido de pessoa não identificada, possuindo-o, assim, ilegalmente, antes mesmo da prática do delito de tentativa de homicídio, descrito nesta peça acusatória.

Realizada a audiência (fls. 369/378), o Ministério Público e a Defesa apresentaram suas alegações finais (fls. 381/387 e 389/403). Sobreveio, então, a decisão de pronúncia, tendo a magistrada de origem reconhecido o princípio da consunção entre o porte irregular de arma e a tentativa de homicídio (fls. 455/457).

Inconformado, recorre o Ministério Público, buscando a pronúncia do acusado também pelo delito conexo, previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, assim como sua prisão preventiva (fls. 468/483).

Ofertada as contrarrazões (fls. 507/516), o decisum foi mantido (fls. 522), tendo a Douta Procuradoria opinado pelo provimento do recurso (fls. 536/541).

Relatei.

Inicialmente, cumpre ressaltar que quando da decisão de pronúncia, decide-se tão-somente à admissibilidade da acusação, considerando-se apenas a materialidade delitiva e os indícios de autoria, sem que se ingresse profundamente nas questões relativas ao mérito, que devem ser consideradas pelo Conselho de Sentença, no momento oportuno.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

A materialidade delitiva restou demonstrada conforme o farto conjunto probatório até então colhido, a saber, auto de prisão em flagrante (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 15/21), auto de exibição e apreensão (fls. 22), auto de reconhecimento de pessoa (fls. 23), exame de corpo de delito (fls. 264/265), laudo pericial realizado no veículo (fls. 441/449), bem como pela prova oral produzida.

E, de outro lado, há indícios suficientes de autoria pelo réu por todos os delitos pelo qual foi denunciado.

Quando interrogado, ele disse que bebeu cerveja numa festa, onde levou seu filho, antes dos fatos. Após isso, pegou o carro e foi em direção a sua casa, quando parou em um semáforo e sinalizou para fazer a curva. O carro da vítima passou rápido e o fechou. Isso o irritou e o fez realizar alguns gestos, mas seguiu o caminho. A. teria continuado as ultrapassagens, até fechar seu veículo, encurralando-o, como se fosse praticar um roubo. Isso o amedrontou. O réu teria visto outro carro vindo por trás, como se fosse uma emboscada. Assim, pegou sua arma de fogo, que possui há muito tempo para segurança própria e de seu estabelecimento, e atirou em direção ao suposto assaltante, a vítima A. (CD-ROM).

Tal versão, contudo, que apenas teria revidado uma injusta agressão e, portanto, agido em legítima defesa, não restou cabalmente comprovada nos autos.

A vítima A., em suas declarações, afirmou que dirigia seu veículo Fiat/Palio, quando visualizou um automóvel Hyundai/IX35, ocupado pelo acusado, parado na via. Diante de tal situação, ultrapassou-o e fez a conversão à direita, ocasião em que o réu acionou os faróis e o ultrapassou. Um pouco mais à frente, notou que o réu diminuiu a marcha de seu veículo, ocasião em que decidiu ultrapassá-lo novamente. Estranhou aquela situação, mas seguiu seu caminho, instante em que o acusado realizou nova ultrapassagem, parando um pouco mais adiante. Explicou o ofendido que, ao se aproximar do réu, notou que ele acenou para o depoente. Então, no momento em que passava pelo acusado, observou que J. empunhava uma arma de fogo e, em seguida, efetuou um disparo em sua direção, com ânimo homicida, atingindo o vidro do passageiro, ocasião em que seu braço ficou ferido pelos estilhaços do vidro. Temendo que algo pior pudesse acontecer, disse que passou a fugir do acusado, em alta velocidade, quando, então, J. passou a persegui-lo (relato que afasta a versão do réu de que fugia de um suposto ladrão ou de seu bando). Relatou que, em meio àquela perseguição, o acusado desferiu outros disparos de arma de fogo. Logo após, em razão da velocidade empregada, J. perdeu o controle de direção e colidiu com o veículo VW/Quantum, que estava um pouco à frente. Em razão de tal acontecimento,

Acesso ao Sumário

disse a vítima que conseguiu despistar o acusado e acionar a Polícia Militar.

Questionado a respeito da razão que levou o réu a agir da forma como agiu, explicou o ofendido que o réu ficou irritado em virtude da primeira ultrapassagem e, por isso, passou a persegui-lo. Explicou, também, que em momento algum houve qualquer provocação endereçada ao acusado (CD-ROM).

Os policiais militares ouvidos, Joel Henrique Ruiz e Michael Gomes Espírito Santo, disseram que foram acionados pelo ofendido. No local, observaram que o réu estava embriagado, pois exalava forte odor etílico e cambaleava. Esclareceram que, em uma primeira revista realizada (feita superficialmente), não localizaram qualquer armamento, mas, no Distrito Policial, visualizaram que J. trazia consigo o revólver calibre 22, marca Rossi, número de série 54203 em seu bolso, com 04 cartuchos deflagrados (CD- ROM).

A testemunha D. (condutor do veículo Quantum) disse que estava parado no semáforo, no interior de seu veículo VW/Quantum, quando viu um carro passando em alta velocidade, pela esquerda (referindo-se ao veículo conduzido pelo ofendido). Segundos após, sentiu um forte impacto, provocado pela colisão do automóvel Hyundai/IX35, conduzido pelo réu, contra a traseira de seu veículo Quantum. Acrescentou que, naquele momento, pode sentir que o acusado apresentava forte odor etílico (CD-ROM).

Conforme relatado, embora a magistrada a quo tenha pronunciado o acusado pela tentativa de homicídio e por dirigir embriagado, que sequer foram alvo de insurgência defensiva, não agiu com o costumeiro acerto ao aplicar o princípio da consunção em relação ao crime de porte de arma.

Isso porque, diante do que foi até então exposto, verifica-se que o acusado, em tese, já possuía ilegalmente a arma utilizada na tentativa de homicídio, fato este que foi confirmado pelo próprio réu quando interrogado, e, portanto, passível de configurar condutas autônomas, segundo a regra preconizada no art. 69 do Código Penal.

Sobre o tema, aliás, merece destaque trecho de magnífico voto da lavra do Eminente Ministro Gilson Dipp, do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "*De fato, de acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles menos grave - represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Assim,* ***é imprescindível a constatação da existência de um nexo de dependência das condutas*** *para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Entretanto,* ***incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto, uma vez que é admissível que os crimes de porte ilegal de arma de fogo e tentativa de homicídio qualificado se afigurem absolutamente autônomos****. Inexistindo tal relação de subordinação*

Acesso ao Sumário

entre as condutas, inviável a aplicação do referido princípio." (REsp 840814 DF, T5 - QUINTA TURMA, DJ 09/10/2006).

Desse modo, tendo em vista a afirmação feita pelo acusado, certo é que ele supostamente já portava a arma, anteriormente aos fatos e de forma ilegal, o que constituiria crime autônomo, não se destinando ela – a arma – à prática do homicídio tentado, inviabilizando a consunção[1].

E, como bem consignou o ilustre Promotor de Justiça nas razões de seu recurso: "*Com o devido respeito, ao lançar seu entendimento no sentido de que tão somente 'por se tratar de arma utilizada no crime doloso', fica por este absorvido, a ilustre Magistrada realizou atividade cognitiva exauriente, no plano vertical (profundidade),* ***atividade inadequada nesta fase do processo***" (grifo original).

Ora, a pronúncia é ato processual de conteúdo meramente declaratório, pela qual é proclamada a admissibilidade da acusação[2]. Aqui, portanto, a dúvida milita *pro societatis*, e não *pro reo*, devendo, então, a questão ser submetida ao Tribunal do Júri, o qual, segundo a Constituição, é único competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e seus conexos (art. 5º, inciso XXXVIII, "d").

Registre-se, no mais, que se faz necessária uma análise aprofundada das provas para o enfrentamento de tal assunto, o que, como dito alhures, é inviável neste momento processual, quer por ser um simples juízo de admissibilidade, quer por ser juízo incompetente.

O tema, inclusive, é pacífico no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"1. ***O juízo processante não pode, sob pena de ferir a soberania do Júri, afastar, em sede de pronúncia, a questão da existência ou não de concurso material entre o porte ilegal de arma de fogo e o homicídio, uma vez que a solução da quaestio iuris depende da análise percuciente do contexto fático em que ocorreu o delito.*** *Precedentes do STJ*." (REsp 761661 SP, Ministra LAURITA VAZ, T5, DJ 20/03/2006).

"I - O crime de homicídio absorve, a princípio, o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardam, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculada. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). II - ***Na hipótese dos autos, entretanto, tal relação não é passível de verificação, pelo menos na fase da iudictium acusationis, uma vez que o recorrido foi denunciado por portar arma de fogo não somente no dia que efetuou os disparos contra a vítima, mas também em dias anteriores e em lugares distintos****, o que não foi refutado pelo v. acórdão increpado. Recurso provido."* (REsp 570887

Acesso ao Sumário

1 REsp 828231 RS.

2 RT 730/463; AgRg no Ag 850725 DF; AgRg no AREsp 305267 BA.

RS, Ministro FELIX FISCHER, T5, DJ 14/02/2005).

"1. ***A questão da existência ou não de concurso material entre o porte ilegal de arma de fogo e o homicídio depende da análise percuciente do caso concreto. Dessa forma, tratando-se de processo cuja competência é do Tribunal do Júri, o Juízo processante não pode antecipadamente, em sede de pronúncia, dirimí-la, sob pena de ferir a soberania do Conselho de Sentença***." (REsp 558642 RS, Ministra LAURITA VAZ, T5, DJ 05.04.2004).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PORTE DE ARMA PROIBIDA. § 2º, ART. 10, DA LEI Nº 9.437/97. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONCURSO MATERIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. TRIBUNAL DO JÚRI. ***O crime de porte ilegal de arma proibida pode ter autonomia em relação ao crime de homicídio tentado. Aplicação do princípio da consunção que demanda aprofundado exame de provas, incabível nesta via. Não há como afastar, de plano, alegação de porte ilegal de arma proibida havendo indícios que escorem a acusação e pendendo o processo de julgamento por parte do Tribunal do Júri. Ordem denegada***." (HC 17327 RJ, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, T5, DJ 22.10.2001).

"2. Tendo os crimes de tentativa de homicídio qualificado e porte ilegal de arma de fogo sido praticados em momentos diferentes, consoante se depreende da denúncia, a conclusão pela absorção requer análise aprofundada do contexto fático em que se deram tais crimes, o que é inviável em sede de habeas corpus. 3. ***O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência segundo a qual o concurso material entre o porte ilegal de arma de fogo e o homicídio depende de exame probatório aprofundado e casuístico, cuja implementação deve ser feita no Tribunal do Júri, ao qual compete a apreciação do mérito da acusação pelo crime de homicídio doloso e por outro que, com este, eventualmente tenha sido cometido***." (HC 168171 RS, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, T6, DJe 09/11/2011).

"1. Consoante entendimento consolidado nesta Corte, aferir se o crime de tentativa de homicídio absorve ou não o delito de porte ilegal de arma de fogo depende de atenta análise do contexto fático em que ocorreu o delito, a fim de averiguar se o porte da arma constituiu efetivamente meio necessário ou normal fase de preparação ou execução do homicídio. 2. Considerado o quadro fático-probatório delineado pelo acórdão recorrido, ***os atos anteriores à tentativa de homicídio, consistentes no porte ilegal de arma de fogo em diversas outras oportunidades, notadamente sem vinculação ao propósito homicida, não podem ser***

Acesso ao Sumário

tidos como antefato impunível daquele delito, mas, sim, como conduta autônoma, a ensejar a incidência, na espécie, do art. 69 do Código Penal. *"* (REsp 828231 RS, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, T5, DJ 01.10.2007).

Diante do panorama apresentado, no qual persistem dúvidas acerca da vinculação entre a arma de fogo – possuída ilegalmente – com o homicídio ou a ocorrência de condutas absolutamente independentes, de rigor a pronúncia do acusado nos exatos termos da denúncia, ou seja, também pelo delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03, a fim de que a matéria seja analisada em profundidade pelo juiz natural, isto é, o Conselho de Sentença.

Por outro lado, em que pese a gravidade em concreto dos fatos, a MMª Juíza revogou a prisão preventiva do acusado, o que também deve ser reformado.

A nova redação do art. 313 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 12.403 de 2011, preconiza que será admitida a prisão preventiva nos casos em que o crime imputado seja doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos. E, como se sabe, o crime de homicídio qualificado comina pena muito superior ao *quantum* outrora mencionado, estando, pois, presente a condição do inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal.

Outrossim, a prisão se mostra cabível como garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do *Codex.*

Trata-se de pessoa de periculosidade acentuada, pois, não bastasse o réu (supostamente) estar dirigindo embriagado na companhia de seu próprio filho, o qual é portador de epilepsia, conforme demonstra os documentos juntados às fls. 344/352, ele, irritado pelo simples fato de a vítima o ter ultrapassado, teria desferido um tiro contra sua pessoa, com verdadeiro *animus necandi*, e ainda disparado, mais duas vezes contra o ofendido, após persegui-lo em alta velocidade, até colidir com outro veículo que, com o impacto, chegou inclusive a capotar.

Com efeito, o réu está respondendo a crime considerado hediondo e mesmo sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade, as circunstâncias que circundam o caso recomendam sua volta ao cárcere.

Ora, uma pessoa que (1) sai para acompanhar o filho que demanda cuidados especiais – em uma festa, (2) ilegalmente armado, (3) ingere demasiadamente bebida alcoólica e se coloca na condição de motorista de veículo automotor, (4) durante o trajeto de volta, por motivo totalmente banal, saca a arma de fogo e dispara em face de outra pessoa com verdadeira intenção de matar, (5) não satisfeito, persegue seu alvo e realiza mais disparos, tendo em vista o erro de pontaria, (6) em velocidade absolutamente excessiva, (7) e, por fim, colide bruscamente com outro veículo – o qual respeitava as normas de trânsito, ao contrário do acusado – fazendo-o capotar, revela, indubitavelmente, descontrole

emocional e extrema periculosidade.

A mera suspensão da habilitação, conforme bem salientou a Douta Procuradoria em seu parecer, não impedirá o acusado de sair armado e comparecer a festas, daí porque imprescindível sua custódia, a fim de garantir tranquilidade à sociedade, que certamente corre em perigo com este indivíduo solto.

Além do mais, consta dos autos que o réu já se adiantou e ofereceu indenizações às vitimas, tanto a dos fatos aqui tratados como também a que teve seu veículo destruído por ele, independentemente de ação judicial; por isso, necessária também a constrição para que não haja qualquer pressão ou ameaça por sua parte às vítimas, já que ainda será julgado pelo Júri Popular e, em razão disso, certamente serão ouvidas em plenário.

Registre-se que, embora o art. 316 do Código de Processo Penal estabeleça que a prisão preventiva poderá novamente ser decretada se sobrevierem razões que a justifiquem, o fato é que os motivos sempre estiveram presentes, sendo a concessão da liberdade, data máxima vênia, um equívoco da MMª Juíza de origem.

No mais, o direito do réu de responder ao processo em liberdade não é absoluto. Ainda que a liberdade constitua a regra de nossa democracia, nos termos do que determinado pela Constituição da República admite-se a privação do *status libertatis* em caráter provisório antes da sentença condenatória definitiva. Presentes, assim, os pressupostos previstos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, é de todo inviável a soltura do recorrido.

Isto posto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial, a fim de que o réu seja julgado no Tribunal do Júri também pelo delito previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, decretando-se, no mais, sua prisão preventiva.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 3002913-73.2013.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", é recorrido ELIEIDE FERREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 11.690)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Absolvição sumária – Processo de competência do Tribunal do Júri – Advento da Lei nº 11.689/08, que revogou tacitamente o art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal – Remessa oficial que não mais encontra cabimento em uma interpretação sistemática do Código de Processo Penal – Reexame necessário não conhecido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário interposto *ex officio* pelo Juízo da Vara do Júri do Foro de Mauá, com supedâneo no artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal, contra a r. sentença de fls. 161/165, que absolveu sumariamente **ELIEIDE FERREIRA DA SILVA**, relativamente à imputação da prática do delito inserto no artigo 121, § 2º, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 415, inciso IV, segunda parte, do Código de Processo Penal.

Regularmente processado, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pela manutenção da r. sentença de fls. 161/165 (fls. 39/41).

É o relatório.

O recurso interposto não merece ser conhecido.

Consoante se depreende dos autos, Elieide foi processada como incurso no artigo 121, § 2º, inciso I, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pois, no dia 09 de agosto de 2013, por volta de 22h48min, na Rua Moacir Campos do Nascimento, nº 157, por motivo fútil, desferiu golpes de arma branca (faca) contra seu namorado José Pedro Neto, provocando os ferimentos descritos no laudo de fls. 32/35, somente não concretizando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Acesso ao Sumário

Note-se que, após regular tramitação do feito, os autos subiram a esta Corte em razão do disposto no artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal:

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes

casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

De fato, nos termos do que dispunha o artigo 411, do Código de Processo Penal, na redação **anterior a da Lei nº 11.689/08**, a sentença de absolvição sumária nos processos de competência do Tribunal do Júri, quando o Juiz se convencia da existência de circunstância que excluísse o crime ou isentasse de pena o réu, ensejava o denominado do recurso de ofício, que possuía efeito suspensivo e era remetido "*para o Tribunal de Apelação*".

Porém, com a entrada em vigor do referido dispositivo legal, que revogou tacitamente o artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal, não mais é possível reconhecer a existência de tal recurso no ordenamento processual penal brasileiro.

Portanto, com a reforma aos procedimentos relativos ao Tribunal do Júri ocorrida com a Lei 11.689/08, a norma que passou a contemplar as hipóteses de absolvição sumária em face do reconhecimento de qualquer "causa de isenção de pena ou de exclusão do crime", agora inserta no inciso IV, do artigo 415, do Código de Processo Penal, não mais prevê o recurso *ex officio* para o Tribunal.

Ademais, a norma inserida no artigo 416, com a nova redação dada pela mesma lei, estabelece expressamente que "*contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação*", evidenciando que o legislador instituiu nova sistemática recurso para a hipótese de "absolvição sumária", de modo que, após a nova legislação, a irresignação contra as citadas decisões dar-se-ão, exclusivamente, por meio de apelação.

Nesse sentido, é o entendimento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"com a reforma introduzida pela Lei 11.689/2008, não há mais sentido em utilizar o duplo grau obrigatório no caso de absolvição sumária. Há duas principais razões para tanto: a) o inciso II do artigo 574 faz expressa referência aos termos do art. 411. Neste dispositivo, anteriormente, fazia-se menção ao recurso de ofício. Ora, o art. 415, que agora cuida da absolvição sumária, nenhuma alusão faz a essa modalidade de recurso (...) b) a previsão feita, anteriormente, para o processamento do recurso de ofício, dizia respeito às absolvições calcadas em excludentes de ilicitude ou de culpabilidade (eram as únicas possibilidades previstas pela antiga redação do art. 411). O atual art. 415 aumentou as hipóteses para a absolvição sumária do réu, sem falar em recurso de ofício. Portanto, seria ilógico e descompassado que o juiz absolvesse sumariamente o réu, com base no art. 415, I, por exemplo, mas não recorresse de ofício, embora se o fizesse com base no art. 415, IV, tivesse que determinar

Acesso ao Sumário

a subida do processo obrigatoriamente. Parece-nos, pois, finda a possibilidade de recurso de ofício em casos de absolvição sumária no procedimento do júri". (Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição, Ed. Forense, pág, 961/962).

Esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO. JULGAMENTO POSTERIOR À REFORMA DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI PELA LEI N. 11.689/08. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. NATUREZA JURÍDICA DE CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DA SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, NÃO SE CONFUNDINDO COM UM RECURSO PROPRIAMENTE DITO. WRIT CONCEDIDO. (...) **III - Com o advento da Lei n. 11.689/08, ampliou-se o rol de hipóteses de absolvição sumária e dela se excluiu a obrigatoriedade do reexame necessário. Assim, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência entendem que a mencionada lei revogou tacitamente o art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal (Precedente).** (...) V - Por força do que dispõe o art. 2º, do Código de Processo Penal, as normas processuais possuem aplicação imediata quando de sua entrada em vigor. Portanto, os recursos de ofício não remetidos aos Tribunais de 2ª instância ou não julgados por aquelas Cortes até 8 de agosto de 2008, data em que a Lei n. 11.689/08 passou a ser exigida, não mais poderão ser apreciados, uma vez que tal procedimento, necessário apenas para dar eficácia à sentença de absolvição sumária no procedimento do Tribunal do Júri, já não mais estaria em vigor, por força do princípio *tempus regit actum* (...) Ordem concedida. (*Habeas Corpus* nº 278.124/PI, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 09.06.2015).

Assim sendo, não conheço da remessa oficial.

Acesso ao Sumário

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0027036-61.2016.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é peticionário ADENILSON DE MATOS FERREIRA.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEFERIRAM PARCIALMENTE o pedido revisional para, afastada a reincidência do peticionário, reduzir as sanções impostas a ADENILSON DE MATOS FERREIRA para 17 anos de reclusão e 1827 dias-multa. V.U. Compareceu o advogado, Dr. André Ricardo de Lima Devidé", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.853)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO ORLANDO (Presidente), IVO DE ALMEIDA, MÁRCIO BARTOLI, FIGUEIREDO GONÇALVES, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, LUIZ FERNANDO VAGGIONE e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 18 de dezembro de 2017.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Decisão contrária à evidência dos autos – Não caracterização – Prova boa, firme e robusta a lastrear a condenação.

REINCIDÊNCIA. Com efeito, foi reconhecida, em sede de Revisão Criminal, a prescrição da pretensão punitiva em relação a outro processo – por infração ao artigo 10 da Lei 9.437/97 –, tendo sido apontada para reincidência certidão por condenação por infração ao artigo 16 da Lei 6.368/76. Em que pese o entendimento do v. Acórdão e deste Relator no sentido de que a prescrição de pena de delito diverso não faz antecipar o cumprimento da pena de crime posterior, fato é que em sede de Execução Penal – sem recurso acusatório neste tocante – foi reconhecia a extinção da punibilidade do delito em 06 de dezembro de 2006, ultrapassando, pois, o período depurador da reincidência, já que o delito ora analisado foi praticado em 03 de maio de 2012, motivo pelo qual deve ser afastada a agravante. Recurso parcialmente provido para reduzir as sanções impostas.

VOTO

Vistos, etc...

ADENILSON DE MATOS FERREIRA foi condenado por infração dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69, do Código Penal, às penas

Acesso ao Sumário

de 15 anos de reclusão e 1500 dias-multa, pelo crime de tráfico, mais 4 anos e 1 mês e 952 dias-multa, pelo crime de associação e 4 anos e 1 mês de reclusão e 12 dias-multa pelo crime de posse ilegal de arma, totalizando 23 anos e 2 meses de reclusão e 2.464 dias-multa.

Inconformado, apelou e a Colenda 16ª Câmara Criminal desta Corte, pelo V. Acórdão unânime, deu parcial provimento ao seu recurso reduzir as penas do peticionário para 19 anos e 10 meses de reclusão, e 2.124 dias-multa.

Agora, pelo presente pedido revisional, pretende desconstituir o V. Acórdão que manteve a condenação, buscando absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia redução da pena com o afastamento da reincidência (fls. 02/35).

Regularmente processado o pedido, foram apensados os autos da ação penal e sobreveio parecer ministerial, pelo não conhecimento do pleito e, caso não seja este o entendimento do Colendo Grupo, por seu indeferimento (fls. 89/101).

É o relatório.

Não há como acolher o pleito absolutório esposado pelo peticionário; é que o conjunto probatório, minuciosamente analisado em ambos os graus, sustenta tranquilamente a decisão condenatória, tendo ficado demonstrado que o ora peticionário concorreu eficazmente para a ocorrência dos delitos pelos quais foi condenado.

Consta da inicial acusatória que, em data anterior a 03 de maio de 2012, o peticionário ADENILSON, Oziel, Silas e Sonia associaram-se para a prática reiterada do tráfico.

Consta, ainda, que, em 03 de maio de 2012, nos imóveis localizados nos números 35 e 40 da Rua Priscila, no Bairro Itapemirim, cidade e comarca de Sorocaba, ADENILSON, Oziel e Silas, tinham em depósito, sem autorização, destinados ao tráfico, no imóvel localizado no número 35 da Rua Priscila, 4.442 microtubos de *crack*, com peso líquido total de 814,59 gramas, uma porção grande de *crack*, com peso líquido de 182,70 gramas e, no imóvel de número 40 da mesma rua, uma porção grande de *maconha*, com peso líquido de 501,20 gramas, 3.142 microtubos plásticos de *cocaína*, com peso líquido de 749,46 gramas, e três porções grandes de *cocaína*, com peso líquido de 2.901,90 gramas.

Consta, outrossim, que Sonia consentiu, mediante pagamento, que os acusados ADENILSON, Oziel e Silas, utilizassem seu imóvel, localizado no número 40 da Rua Priscila, para a prática do tráfico, permitindo que guardassem ali as drogas mencionadas.

Por fim, a inicial acusatória descreve que no imóvel de número 35 da Rua Priscila, ADENILSON, Oziel e Silas, possuíam um revólver Taurus, calibre 38, de uso permitido, com número 20919, um revólver Taurus, calibre 38, de

Acesso ao Sumário

uso permitido, com a numeração suprimida, além de 57 cartuchos íntegros para armas de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O comandante da operação, o 1º Tenente PM Rogério Mariano de Lima declarou ter recebido informações de que os réus estariam em determinado local com grande quantidade de drogas. Em companhia de outros policiais, dirigiu-se ao local indicado. Durante campana, observaram que ADENILSON, Oziel e Silas se revezaram em vigia na porta da casa. No momento em que os três adentraram ao imóvel, resolveram abordá-los. Entraram pela lateral da casa, surpreendendo os acusados, em torno de uma mesa, cada qual com um prato à sua frente, embalando grande quantidade de drogas, para tanto valendo-se de um ralador de metal e cartas de baralho. Além daquelas já embaladas individualmente, porções maiores foram encontradas. Em revista ao imóvel, em outro cômodo da casa, debaixo do colchão, duas armas de fogo e munição foram encontradas. Durante a diligência, recebeu outra ligação, dando conta de que mais droga poderia ser encontrada em um barraco localizado no número 40 daquela mesma rua. Para lá se dirigiram, onde encontraram mais drogas e uma balança de precisão. Sonia diz-se a dona do imóvel, tendo-lhes confessado que as drogas pertenceriam a ADENILSON, esclarecendo que recebia um valor mensal para permitir que ele guardasse a droga em sua casa.

Também disseram referidos policiais, que há tempos tinham conhecimento do envolvimento de ADENILSON no tráfico, o qual contava com a colaboração de várias pessoas, entre elas Oziel e Silas.

ADENILSON, em Juízo, afirmou que nada tinha a ver com a droga, alegando que apenas estaria no salão cortando o cabelo. Disse que os policiais o ameaçavam para que assumisse a propriedade do entorpecente. Afirmou que Silas também estava no salão e foi abordado. Conhecia Silas, já tendo feito "rolo de carro" com ele. Também já tinha visto Oziel, porém não tinha "proximidade com ele". Sonia é sua cunhada e não alugava o barraco dela. Não viu droga em momento algum. Disse que já foi abordado várias vezes pela polícia. Eles diziam que era traficante e que iriam provar isso.

Oziel, em Juízo, afirmou que foi preso em frente sua casa e que a droga ali apreendida era toda sua. Guardava e embalava a droga para um traficante de São Paulo, que conhecia por "Alemão", e recebia a quantia de mil e quinhentos a dois mil reais. Disse que não usava o barracão na casa de Sonia. Em relação a ADENILSON e Silas, disse que eles "não tem nada a ver". Disse que não conhecia Sonia. Admitiu que as armas, a munição e o dinheiro também lhe pertenciam.

Silas, em Juízo, declarou que pela manhã, passou na casa de Reginaldo para receber um cheque, após o que foi para o salão para cortar o cabelo, ficando

Acesso ao Sumário

de retornar mais tarde, uma vez que naquele momento não havia horário. Antes que pudesse sair do salão, chegou a polícia, à paisana e em carro descaracterizado. Disse que tinha um "rapaz de cor cortando o cabelo". Indagando se o conhecia, respondeu que não. Disse que foi algemado. Não viu droga nenhuma. Perguntado se conhecia ADENILSON, Oziel ou Sonia, respondeu que não. Disse que é aposentado e trabalha com "rolo de carro".

Sonia, em Juízo, negou que a droga tivesse sido apreendida em sua casa. Afirmou que os policiais estavam à paisana. Disse que escolheram sua casa por ser ex-cunhada de ADENILSON. Afirmou não ter medo dele ou ter sido por ele ameaçada.

Como testemunhas de defesa foram ouvidos os Delegados de Polícia Elizabeth Molina e Carlos Alberto Oliveira, bem ainda o escrivão de polícia João Batista Sartorello, os quais, em essência, disseram apenas sobre o pequeno equívoco desencadeado pela alegada obstrução quanto à presença do advogado de Sonia no momento de sua oitiva na delegacia de polícia, assim também ocorrendo com o depoimento da testemunha Alexandre dos Santos, advogado que teria sido impedido de acompanhar o depoimento de Sonia quando esta era testemunha.

Como testemunhas de defesa foram ouvidas, ainda, Marielli Bernardo de Almeida e Mariana Bernardo de Almeida, filhas da corré Sonia, cujos depoimentos se limitaram a relatar sobre a chegada dos policiais na sua casa, bem como que ali nenhuma droga foi encontrada. Acrescentaram que ADENILSON era seu tio, casado com a irmã de sua mãe, e que tinham bom relacionamento com ele. Disseram, ainda, que o barracão não era alugado para ADENILSON não sabendo informar se este ajudava com dinheiro. Mariana acrescentou que os policiais afirmavam que tinham encontrado droga no barracão, mas isso não era verdade, e que ameaçaram sua mãe e a levaram sua mãe, pois falaram que havia droga no local.

Rafael Alves de Freitas, dono do salão e Cosme Alves Feitosa, amigo do corréu Silas, prestaram depoimentos contraditórios, tendo sido determinada a extração de cópias para apuração de crime de falso testemunho (fls. 566).

Acesso ao Sumário

Rafael primeiro afirmou que naquele dia o réu ADENILSON só teria passado em seu salão pela manhã para marcar horário, não o tendo visto depois disso. Não viu Silas por ali também. Afirmou que cortava o cabelo de ADENILSON e que Silas tinha ido marcar horário e também estava no salão quando os policiais chegaram. Disse que a casa ao lado pertencia a Oziel.

Cosme Alves disse ser amigo de Silas e que teria presenciado a prisão. Afirmou ter um comércio perto do local dos fatos, e que Silas era seu cliente. Estava sentado debaixo de uma mangueira defronte a seu estabelecimento e viu quando Silas chegou ao salão e logo depois os policiais o detiveram. Indagado

como sabia que era Silas quem estava sendo detido se antes afirmara que não o havia visto naquele dia, respondeu "naquele dia vi que era ele lá, ele parou lá". Disse que Silas havia acabado de chegar de moto. Afirmou que a polícia chegou em carro descaracterizado. Perguntado como sabia que eram policiais, respondeu "já disse, eu vi na hora que chegaram lá, vi o carro chegando, vi na hora". Perguntado quem havia pedido para testemunhar, respondeu ter sido a esposa do réu. Todavia, não soube dizer seu nome ou explicar como ela poderia saber que ele teria presenciado os fatos. Primeiro disse que mal conhecia a esposa de Silas e que ela não era sua cliente, depois afirmou que sim e que a via o tempo todo por ali, tendo dito a ela que teria visto o que aconteceu.

Por fim, Reginaldo Diane Debiazzi, em seu depoimento, disse ser amigo de Silas, mas não presenciou os fatos, limitando-se a dizer sobre os antecedentes do réu, bem como que ele trabalhava com veículos.

Diante disso, o que se percebe é que a prova coligida é harmônica e leva ao reconhecimento inescusável da autoria delitiva. A condenação do réu, portanto, é medida de rigor.

Há a considerar, que os policiais não teriam qualquer motivo para querer prejudicar o peticionário e não fez a esforçada defesa qualquer prova a lastrear a alegação de que os policiais estariam tentando incriminá-lo.

Assim, a prova oral coligida, a quantidade e diversidade de drogas apreendidas – 4.442 microtubos de *crack*, com peso líquido total de 814,59 gramas, uma porção grande de *crack*, com peso líquido de 182,70 gramas e, no imóvel de número 40 da mesma rua, uma porção grande de *maconha*, com peso líquido de 501,20 gramas, 3.142 microtubos plásticos de *cocaína*, com peso líquido de 749,46 gramas, e três porções grandes de cocaína, com peso líquido de 2.901,90 gramas – são suficientes para comprovar a prática do tráfico.

Do mesmo modo, como bem salientado pelo v. Acórdão que julgou a apelação, a associação também restou plenamente demonstrada, tendo em vista que "*de fato, não houve prévia investigação policial tendente à apuração de vínculos associativos estáveis entre os réus. Todavia, da prova oral bem ainda das circunstâncias do delito, é possível extrair elementos seguros, colhidos sob o contraditório, no sentido de que tinham os agentes o intuito de manter, por tempo indefinido, a traficância. Os policiais deram conta das inúmeras denúncias que recebiam envolvendo a traficância praticada pelos réus, sendo Adenilson o "chefe" do tráfico na região, abastecendo inclusive outros traficantes. Os policiais referiram, também, que há tempos tinham notícias do envolvimento dos réus no tráfico, anotando, mais, que a denúncia que deu causa à diligência citava que os três acusados estavam embalando drogas em determinado local. As denúncias citadas pelos policiais, as circunstâncias da prisão, a quantidade e variedade de drogas, bem demonstram que os réus estavam associados, de*

Acesso ao Sumário

forma estável, para a prática do tráfico, que se dava de forma organizada. Não bastasse, um caderno foi apreendido na casa onde os réus foram presos, com a contabilidade do tráfico, onde constam anotações com o nome "japonês", alcunha do corréu Silas. Também informes davam conta de que a casa onde foram presos pertenceria ao irmão de Adenilson, e não a Oziel. Mais que um mero concurso de pessoas, a estabilidade e permanência do vínculo entre os réus para o fim de exercer a mercancia restou demonstrada. Do que se pode inferir dos depoimentos dos policiais, há prova suficiente de vínculo duradouro, comprovando-se a estabilidade do acerto entre os agentes".

Por fim, correta a condenação pela posse de armas, tendo em vista que localizados um revólver Taurus, calibre 38, de uso permitido, com número 20919, um revólver Taurus, calibre 38, de uso permitido, com a numeração suprimida, além de 57 cartuchos íntegros para armas de fogo, no interior do imóvel onde todos os agentes se encontravam, inclusive o peticionário, o que demonstra que o delito foi praticado por todos.

É caso de redução da sanção imposta.

Com efeito, foi reconhecida, em sede de Revisão Criminal, a prescrição da pretensão punitiva em relação a outro processo por infração ao artigo 10 da Lei 9.437/97, tendo sido apontada para reincidência certidão por condenação por infração ao artigo 16 da Lei 6.368/76.

Em que pese o entendimento do v. Acórdão e deste Relator no sentido de que a prescrição de pena de delito diverso não faz antecipar o cumprimento da pena de crime posterior, fato é que em sede de Execução Penal – sem recurso acusatório neste tocante – foi reconhecia a extinção da punibilidade do delito em 06 de dezembro de 2006, ultrapassando, pois, o período depurador da reincidência, já que o delito ora analisado foi praticado em 03 de maio de 2012, motivo pelo qual deve ser afastada a agravante.

Quanto ao tráfico, correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da grande quantidade e diversidade de entorpecente a granel apreendido – *cocaína, crack e maconha* –, nos exatos termos do artigo 42 da Lei 11.343/2006, além dos maus antecedentes do réu, correta a fixação em 10 anos de reclusão e 1000 dias-multa, como operada pelo v. Acórdão.

Na segunda fase, afastada a reincidência, deve assim ser mantida.

Não era mesmo caso de aplicação da causa redutora, pois não preenchidos os requisitos do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Quanto à associação, a pena-base foi criteriosamente fixada em 03 anos e 06 meses de reclusão e 816 dias-multa, em razão dos maus antecedentes e do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, assim mantida, ante o afastamento da reincidência.

Por fim, ante os maus antecedentes a pena em relação ao crime de posse

Acesso ao Sumário

de arma, a básica foi fixada em 03 anos e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa, em razão do afastamento da reincidência, ora operado.

Reconhecido o concurso material, resta a sanção final fixada em 17 anos de reclusão e 1827 dias-multa.

O regime fechado foi criteriosamente fixado em razão da gravidade concreta dos delitos.

Ante o exposto, DEFERE-SE PARCIALMENTE o pedido revisional para, afastada a reincidência do peticionário, reduzir as sanções impostas a ADENILSON DE MATOS FERREIRA para 17 anos de reclusão e 1827 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0026967-29.2016.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é peticionário RICARDO TADEU DE CAMPOS.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram e julgaram improcedente a presente revisão criminal, nos termos da fundamentação delineada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.857)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FREITAS FILHO (Presidente), SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, GRASSI NETO, RICARDO SALE JÚNIOR, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2018.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Roubo majorado. Art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal. Requer que seja declarada nula a decisão que julgou deserto o recurso de apelação interposto. Correta a decisão que julgou deserto o recurso. Norma vigente na época determinava que fosse julgada deserta a apelação nos casos em que o réu fugisse após sua interposição. Princípio do *tempus regit actum*. Decisão proferida dentro dos ditames legais. Revisão improcedente

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de revisão criminal (fls. 10/12) interposta em face da decisão de fls. 234, alcançada pelo trânsito em julgado, que julgou deserto o recurso de apelação interposto pela Defesa.

Insatisfeito, o requerente, condenado pela prática do crime disposto no artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal (CP), a uma reprimenda equivalente a 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pleiteia que seja declara nula a decisão que julgou deserto o recurso de apelação, com a consequente apreciação do referido recurso interposto.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido revisional (fls.22/25).

É o relatório.

Consta da exordial acusatória que, em data e local descritos na denúncia, o réu **RICARDO TADEU DE CAMPOS**, junto com outro indivíduo, teria subtraído, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, diversos objetos pertencentes a várias vítimas.

Antes de qualquer enfoque, cumpre ressaltar que o escopo da revisão criminal é o reexame de sentença condenatória ou decisão condenatória proferida por tribunal, cujo trânsito em julgado tenha se verificado. Assim, por meio desta ação autônoma de impugnação, excepciona-se a coisa julgada, o que pode implicar na alteração da classificação da infração, absolvição do réu, modificação da pena ou anulação do processo.

Nos termos do art. 621, do CPP, a revisão criminal é cabível nos seguintes casos:

> ***I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;***
>
> ***II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;***
>
> ***III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.***

Acesso ao Sumário

O seu pressuposto lógico de cabimento é a ocorrência do trânsito em julgado, salientando-se, por oportuno, que não se trata de uma via ampla, pois presentes os requisitos específicos de admissibilidade. Não se trata, destarte, de nova ação.

Examinados os autos, verifico que a ação revisional deve ser julgada improcedente.

De início, cumpre ressaltar que não houve erro por parte do magistrado ao

julgar deserto o recurso de apelação interposto pelo requerente.

Ocorre que, o recurso de apelação (fls. 221/225), foi interposto no dia 08 de abril de 1992, época em que ainda estava em vigência a redação do art. 595, que dizia:

> ***"Art. 595: Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação".***

Desse modo, de acordo com o contido na decisão de fls. 234, que foi proferida em 08 de maio de 1992, o requerente estava foragido desde o dia 06 de maio de 1992, motivo este pelo qual o recurso interposto foi julgado deserto, seguindo corretamente o que determinava a lei vigente à época, em que era exigido o prévio recolhimento do réu ao cárcere para o processamento do recurso.

Sendo assim, está claro que a decisão proferida pelo magistrado em fls. 234 foi realizada dentro dos ditames legais e, portanto, não merece reparos.

E não há que se falar em nulidade da r. decisão, tendo em vista que este dispositivo somente foi revogado com a edição da Lei n° 12.403/2011, sendo plenamente aplicável na data em que foi prolatada a decisão.

Além disso, importante lembrar que as normas processuais sujeitam-se ao princípio do *tempus regit actum*, ou seja, não podem retroagir para alterar o curso de um processo que tramitou durante a vigência de uma norma que agora está revogada, não tendo, então, o condão de repercutir sobre a realidade daquela época, eis que já superada pela coisa julgada.

Insta mencionar que qualquer solução diferente desta causaria uma enorme insegurança jurídica e iria contra o princípio do devido processo legal.

Ante o exposto, **CONHECE-SE** e **JULGA-SE IMPROCEDENTE** a presente revisão criminal, nos termos da fundamentação delineada.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2082827-44.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVARÉ, é réu PREFEITO MUNICIPAL DE AVARÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ANGÉLICA DE ALMEIDA e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – artigo 331, da Lei Complementar Municipal nº 225/2016, do Município de Avaré, que dispõe sobre o Código Tributário Municipal da Estância Turística de Avaré e adota outras providências – Cálculo para cobrança da taxa de lixo – Matéria já examinada pela Súmula Vinculante nº 29 do STF. – Inexistência de incompatibilidade com o artigo 144 da CE/89. – Ação direta julgada

improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa o artigo 331, da Lei Complementar Municipal nº 225/2016, do Município de Avaré, que dispõe sobre o Código Tributário Municipal da Estância Turística de Avaré e adota outras providências.

Sustenta a ação, que o artigo mencionado contraria o disposto nos artigos: 5º; 163, inciso III e § 6º; 111 e 144 da Constituição Estadual, uma vez que lei atacada contraria a separação de poderes.

Foi concedida a liminar (fls. 335/336).

Vieram informações do Prefeito Municipal (fls. 355/377).

A Procuradoria Geral do Estado declinou do direito de defesa do ato impugnado (fls. 410/411).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 526/528).

É o relatório.

Improcede a ação.

A norma guerreada assim dispõe:

(...) Art. 331. A taxa de que trata o art. 328 desta Lei Complementar tem como finalidade o custeio do serviço utilizado pelo contribuinte, ou colocado a sua disposição e será calculada a razão de 0,40 (quarenta centésimo) de UFMA por metro quadrado de área construída do imóvel beneficiado pelo serviço.

A controvérsia da presente ação paira acerca da constitucionalidade ou não da adoção da área construída de imóvel como base de cálculo da taxa de coleta e remoção do lixo.

A questão está sedimentada no Pretório Excelso quanto à constitucionalidade de leis municipais similares.

Confira-se, nesse particular, o teor da Súmula Vinculante nº 29 do STF:

É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Portanto, tendo em vista a determinação do Supremo Tribunal Federal, inexiste incompatibilidade com o artigo 144 da CE/89, em vista do disposto nos artigos 145, § 2º, e 150, II, da CF/88.

Isto posto, julga-se improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2130762-80.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BROTAS, é réu PRESIDENTE CÂMARA MUNICIPAL DE BROTAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.984)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.030, de 10 de maio de 2017, do Município de Brotas, que "dispõe sobre vagas externas, exclusivas para idosos e pessoas com deficiência, próximas aos prédios públicos e dá outras providências" – Ato normativo que não usurpa atribuição do Chefe do Poder Executivo – Julgamento do mérito ARE-RG 878.911, repercussão geral tema 917 do Colendo Supremo Tribunal Federal – "Reafirmação da jurisprudência desta Corte no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)" – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes – Vício de iniciativa – Inexistência – Rol

Acesso ao Sumário

de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – A iniciativa parlamentar não ofende o disposto nos artigos 5º e 47, incisos II, XIV, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Pedido improcedente, cassada a liminar.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Brotas visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.030, de 10 de maio de 2017, que "dispõe sobre vagas externas, exclusivas para idosos e pessoas com deficiência, próximas aos prédios públicos e dá outras providências", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 25, 47, incisos II, XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a norma combatida, padece de vício de iniciativa, ao tratar de matéria relativa à gestão administrativa, cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Acrescenta, também, que a norma guerreada afronta o princípio da separação dos Poderes, na medida em que ao Executivo cabe a função de administrar. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 3.030, de 10 de maio de 2017, do Município de Brotas.

A liminar foi deferida (fl. 46/51).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Brotas apresentou informações a fl. 59/128.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 133/134).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 137/146, opinou pela improcedência do pedido.

2. É o relatório.

Ex ante, cumpre asseverar a inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, a cargo do Tribunal de Justiça do Estado, de lei municipal perante a Constituição Federal ou a Lei Orgânica do Município, operando-se tão-somente em relação à Constituição do Estado, ao teor dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, o pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual ofensa às normas da Constituição Estadual, consoante aplicação do disposto no artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

Acesso ao Sumário

A Lei nº 3.030, de 10 de maio de 2017, do Município de Brotas, tem a seguinte redação:

"Art. 1º. Esta lei estabelece as normas e os critérios para a promoção dos direitos fundamentais dos idosos, que são aquelas pessoas assim definidas pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, e das pessoas com deficiência, que são aquelas pessoas assim definidas pela Lei Federal nº 13.146, de 06 de julho de 2015, devendo a Administração Pública Municipal garantir a eles a reserva de vagas especiais próximas aos prédios públicos ou que ofereçam serviços públicos.

Art. 2º. Dever-se-á garantir, no mínimo, uma vaga para o idoso e uma vaga para a pessoa com deficiência, nas áreas delimitadas como vagas externas para estacionamento nas vias públicas do Município que se encontrem próximas aos prédios públicos ou que ofereçam serviços públicos.

Art. 3º. As vagas especiais para idosos e pessoas com deficiência deverão ser sinalizadas conforme resolução do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN.

Art. 4º. Para fins de utilização das vagas especiais, as pessoas a que se refere o artigo 1º da Lei deverão portar, no interior do veículo, a devida identificação de idoso ou de pessoa com deficiência, nos moldes dos documentos expedidos pelo órgão competente.

Art. 5º. Em conformidade com a legislação federal vigente, considera-se área e estacionamento para veículo de idoso a parte da via sinalizada para o estacionamento de veículo conduzido ou que transporte idoso, devidamente identificado, e com autorização conforme legislação específica.

Art. 6º. Em conformidade com a legislação federal vigente, considera-se área de estacionamento para veículo de pessoa com deficiência, a parte da via sinalizada para o estacionamento de veículo conduzido ou que transporte pessoa com deficiência, devidamente identificado, e com autorização conforme legislação específica.

Art. 7º. O condutor que não preencher as condições previstas nos artigos 5º e 6º desta lei, estará sujeito às sanções previstas no artigo 181, XX, do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, consistindo o estacionamento irregular, nas vagas especiais, sem a devida identificação, infração gravíssima, passível de multa, além de medida administrativa de remoção do veículo.

Art. 8º. Essa Lei entrará em vigor na data de sua publicação."

É caso de improcedência do pedido, aplicando-se à hipótese, o tema 917 da sistemática da repercussão geral (ARE-RG 878.911, DJe 11.10.2016), que

Acesso ao Sumário

reafirmou a jurisprudência da Suprema Corte **"no sentido de que não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)"**, porquanto não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, na medida em que a lei impugnada não tratou de matéria cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal (Cf. artigo 24, § 2º, 1 e 2, da Constituição Estadual, aplicado por simetria ao Município), não se vislumbrando violação dos princípios da competência exclusiva e da separação de Poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.

N'outro bordo, o artigo 47 da Constituição do Estado norteia a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, com suas competências próprias de administração e gestão que compõem a chamada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, sem interferência do Poder Legislativo, de maneira que a instituição da obrigação em questão, não se constitui em ato de gestão administrativa, azo pelo qual não há falar em ofensa à regra da separação dos Poderes.

Quanto ao vício de iniciativa, a Suprema Corte, por reiteradas decisões, vem sustentando que a cláusula de reserva constitucional de iniciativa em matéria de instauração do processo legislativo é de observância compulsória também pelos Estados-membros e pelos Municípios às hipóteses taxativamente definidas, em *numerus clausus*, no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal (RTJ 174/75, Relator Ministro Maurício Corrêa, RTJ 178/621, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 185/408-408, Relatora Ministra Ellen Gracie, ADI 1.729, Relator Ministro Nelson Jobim).

E, ainda, sobre a matéria:

> **"Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e)"** (ADI-MC 2.472-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, j. 12/03/2002).

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles:

> **"(...) *Iniciativa* é o impulso original da lei, que se faz através do projeto. Pode ser geral ou reservada. *Iniciativa geral* é a que compete concorrentemente a qualquer vereador, à Mesa ou comissão da Câmara, ao prefeito ou, ainda, à população; *iniciativa reservada* ou *privativa* é a que cabe exclusivamente a um titular, seja o prefeito, seja a Câmara. A iniciativa reservada ou privativa pode, ainda, ser**

Acesso ao Sumário

discricionária ou vinculada: é *discricionária* quando seu titular pode usá-la em qualquer tempo; é *vinculada* quando há prazo para seu exercício, como ocorre com o projeto da lei orçamentária. (...)

A iniciativa reservada ou privativa assegura o privilégio do projeto ao seu titular, possibilita-lhe a retirada a qualquer momento antes da votação e limita qualitativa e quantitativamente o poder de emenda, para que não se desfigure nem se amplie o projeto original; só o autor pode oferecer modificações substanciais, através de mensagem aditiva. No mais, sujeita-se a tramitação regimental em situação idêntica à dos outros projetos, advertindo-se, porém, que a usurpação de iniciativa conduz à irremediável nulidade da lei, insanável mesmo pela sanção ou promulgação de quem poderia oferecer o projeto. (...)

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."[1]

De outro lado, como bem anotou o d. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 137/146, "a matéria já é objeto de tratamento, no plano da legislação federal, pela Lei nº 10.098/2000 e 10.741/2003, regulamentadas pelas Resoluções CONTRAN nº 303 e 304, de dezembro de 2008", de forma que a norma de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre a reserva de vagas de estacionamento exclusivas para idosos e pessoas com deficiência nas proximidades de prédios públicos ou que ofereçam serviços públicos, não trouxe qualquer inovação quanto ao dever imposto ao Poder Público, já que não cuidou de criar a imposição de reserva de vagas.

Acesso ao Sumário

Noutra banda, também descabe a alegação do requerente de contrariedade ao artigo 25, da Constituição Bandeirante, pois, embora a norma impugnada não

1 Hely Lopes Meirelles, *in* "Direito Municipal Brasileiro", Malheiros, 2014, págs. 633 e seguintes.

indique de onde viriam as despesas decorrentes da sua execução, tal circunstância leva apenas à impossibilidade de sua execução no próprio exercício financeiro (Cf. ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 13.6.2003). No mesmo sentido é o posicionamento deste Colendo Órgão Especial: ADI nº 2035546-29.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 27/07/2016; ADI nº 2110879-55.2014.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 12/11/2014.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2087334-48.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.545)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 29 de novembro de 2017.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 9.449, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, QUE MODIFICA A DENOMINAÇÃO DOS CARGOS DA PREFEITURA, INSTITUI NOVA TABELA DE

Acesso ao Sumário

VENCIMENTOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – NORMA QUE PROVOCOU AUMENTO DE DESPESAS SEM PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA – AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA NÃO AUTORIZA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA, MAS IMPEDE APENAS A SUA APLICAÇÃO NAQUELE EXERCÍCIO FINANCEIRO – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF – AÇÃO IMPROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de São José dos Campos em face da Lei Municipal nº 9.449, de 20 de dezembro de 2016 que modifica a denominação dos cargos da Prefeitura, institui nova tabela de vencimentos e dá outras providências.

O autor alega que a norma padece de inconstitucionalidade por violação aos artigos 25, 126 'caput' e §§ 3º e 12, 144 e 169, todos da Constituição Estadual. Sustenta que a lei configura aumento de despesas sem indicação de fonte de custeio, bem como sem autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Aduz, ainda, inexistir recurso para atender as adequações salariais necessárias.

A liminar foi concedida.

A Associação dos Servidores Municipais de São José dos Campos requereu seu ingresso como 'amicus curiae', que restou indeferido. Contra a decisão foi interposto agravo interno, que teve negado provimento por este Órgão Especial.

A Câmara Municipal prestou informações.

O douto Procurador-Geral do Estado declinou da defesa.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

A Lei nº 9.449, de 20 de dezembro de 2016, do Município de São José dos Campos, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo em legislatura anterior a do autor, tem a seguinte redação:

> *Art. 1º. O Anexo I da Lei nº 4.656, de 28 de novembro de 1994, com as alterações das Leis nº 4.695, de 5 de maio de 1995 e nº 4.752, de 28 de setembro de 1995, fica acrescido do cargo de Procurador, como nova denominação do cargo de Advogado Sênior, da seguinte forma:*
>
> *Anexo I*

Acesso ao Sumário

DENOMINAÇÃO NOVA	DENOMINAÇÃO ANTERIOR
Procurador	Advogado Sênior

Art. 2º. O cargo de Procurador de que trata o artigo 1º desta Lei, será remunerado com o Padrão 21 da Tabela de Padrão de Cargos e Vencimentos Efetivos da Prefeitura Municipal.

Art. 3º. Os padrões de vencimento dos cargos de Procurador I e Assistente Jurídico previstos no Anexo IV da Lei 4.656, de 28 de novembro de 1994, passam a ser, respectivamente, o Padrão 21 e 20 da Tabela de Padrão de Cargos e Vencimentos Efetivos da Prefeitura Municipal.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O cerne da ação reside no fato de a norma ter provocado aumento de despesas do Município independentemente de previsão orçamentária. Daí decorre a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao art. 169 da Constituição Estadual, que prevê:

***Artigo 169** – A despesa de pessoal ativo e inativo ficará sujeita aos limites estabelecidos na lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal.*

***Parágrafo único** – A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou a alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:*

***1** – se houver prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;*

***2** – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.*

O *caput* do art. 169, § 1º, I e II, da Carta Magna tem texto idêntico ao da Carta Bandeirante supratranscrito.

A interpretação a ser dada é que, se não atendida a exigência de previsão orçamentária e autorização da despesa na lei de diretrizes orçamentárias, a vantagem se torna inviabilizada. O que não importa na inconstitucionalidade apontada pelo autor. A inexistência de recursos orçamentários para fazer frente à despesa imposta pela norma em exame, é suscetível de irregularidade, entretanto não serve de fundamento hábil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse mesmo sentido, há pelo menos duas décadas o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que **não viabiliza controle abstrato de constitucionalidade quando se pretende confrontar norma que impõe**

Acesso ao Sumário

despesa alusiva à vantagem funcional, pois a ausência de dotação orçamentária prévia não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas impede apenas a sua aplicação naquele exercício financeiro. É o que o Pleno daquele Tribunal Superior, no julgamento da ADI 1.292-4 MT, ocorrido em 23/08/95, sob a relatoria do Min. Ilmar Galvão, afirmava que:

> *Obviamente, essas exigências não constituem pressuposto de validade, em si, da lei concessória de vantagem funcional, mas tão-somente da legalidade do pagamento desta. Do contrário, haver-se-ia de acrescentar o instituto premonitório às qualidades que devem ser exibidas pelos encarregados da elaboração da LDO e do orçamento, para que se pudesse assegurar, na LDO alusiva a determinado exercício (...)*
>
> *Na verdade, o objetivo da norma é prevenir a efetivação de despesas não autorizadas, capazes de impossibilitarem a execução do orçamento aprovado, nada impedindo que uma despesa não autorizada para um determinado exercício venha a sê-lo para exercício posterior.*
>
> *(...)*
>
> *Estabelecidas essas premissas, revela-se, de pronto, inteiramente despida de qualquer sustentáculo lógico, a alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 33/94, do estado de Mato Grosso, por ofensa ao disposto no parágrafo único e alíneas, do art. 169 da Constituição Federal.*
>
> *Pelo singelo motivo de que, como visto,* ***a inconstitucionalidade, à falta de autorização da despesa, na LDO, não contamina o texto da lei, em si, mas tão-somente a execução desta.***
>
> ***Ora, a ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 102, I, a, da Constituição Federal, não é senão um instrumento apto ao controle abstrato da constitucionalidade dos textos das leis e atos normativos federais e estaduais, não se prestando para o exame da regularidade, ou não, de sua aplicação, em face da Carta Federal.*** (grifo nosso)

Destarte, não verifico inconstitucionalidade na Lei nº 9.449, de 20 de dezembro de 2016, do Município de São José dos Campos.

Pelo exposto, julgo improcedente a ação, cassada a medida liminar concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 2178420-03.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PIRASSUNUNGA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA.

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 37.474)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.935, de 01 de abril de 2016, do Município de Pirassununga, que altera a Lei nº 2.805, de 1º de abril de 1997, que dispõe sobre o quadro de pessoal da Câmara Municipal – Inexistência da demonstração da similitude entre os postos de trabalho, a autorizar a vedação de que os vencimentos dos cargos dos Poderes Legislativo superem aos do Poder Executivo afrontando o princípio da isonomia – Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei nº 4.935, de 01 de abril de 2016, do Município de Pirassununga, que altera a Lei nº 2.805, de 1º de abril de 1997, que dispõe sobre o quadro de pessoal da Câmara Municipal.

Sustenta a ação, que a Lei municipal mencionada, ao tratar de organização da administração pública, viola o princípio da separação de poderes e cria despesa não prevista no orçamento, em afronta ao artigo 115, inciso XIV, da Constituição Estadual.

Indeferida a liminar (fls. 426).

Vieram as informações às fls. 441/443.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato (fls. 466/467).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação (fls. 470/478).

É o relatório.

Dispõe a Lei guerreada:

LEI Nº 4.935, DE 01 DE ABRIL DE 2016 – "Altera a Lei nº 2.805, de 1º de abril de 1997, que dispõe sobre o quadro de pessoal da Câmara Municipal de Pirassununga.".

Art. 1º Ficam a partir de 1º de março de 2016, elevadas as referências iniciais das escalas básicas de vencimentos dos servidores dos empregos abaixo especificados, da Câmara Municipal de Pirassununga, criados pela Lei n° 2.805, de 10 de abril de 1997, com modificações posteriores.

I. Dos Empregos Permanentes, constantes no Anexo I da Lei n° 2.805/97:

a) Oficial Parlamentar – referência inicial: 42

b) Ajudante de Serviços Diversos - referência inicial: 25

c) Motorista – referência inicial: 31

d) Telefonista – referência inicial: 25

e) Recepcionista – referência inicial: 25

II. Dos Empregos em Comissão, constantes no Anexo II da Lei nº 2.805/97:

a) Assessor Legislativo – 56

b) Assessor de Gabinete – 42

c) Assessor Adjunto de Gabinete – 41

d) Chefe de Zeladoria e Serviços Diversos – 36

§ 1° Ficam alterados para Curso Superior Completo os requisitos mínimos para os cargos de assessor de gabinete e assessor adjunto de gabinete, ficando consequentemente, fazendo parte integrante da presente Lei, o Anexo II da Lei nº 2.805, de 1° de abril de 1997, com modificações posteriores, passando a vigorar com a redação que lhe é dada.

§ 2° Os servidores da Câmara Municipal de Pirassununga, que integram os empregos permanentes descritos no Anexo I da Lei nº 2.805/97, receberão um adicional de 50% (cinquenta por cento) às horas que excederem a jornada normal de trabalho quando prestarem serviços no horário noturno em que forem realizadas as Sessões Ordinárias e Extraordinárias, Audiências Públicas e Atos Solenes oficiais da Câmara Municipal.

§ 3º Os servidores da Câmara Municipal de Pirassununga, que integram os empregos em comissão descritos no Anexo II da Lei nº 2.805/97, receberão uma gratificação de função noturna de 20% (vinte por cento)

Acesso ao Sumário

dos vencimentos base quando prestarem serviços no horário noturno em que forem realizadas as Sessões Ordinárias e Extraordinárias, Audiências Públicas e Atos Solenes oficiais da Câmara Municipal.

Art. 2º Ficam consequentemente, fazendo parte integrante da presente Lei, os Anexos I, II, III e IV da Lei nº 2.805, de 1º de abril de 1997, com modificações posteriores, passando a vigorarem com as redações que lhes são dadas.

Art. 3º As despesas decorrentes com a execução desta Lei, correrão por conta de dotações orçamentárias próprias suplementadas oportunamente se necessárias.

Art. 4° Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Improcede a ação.

O disposto no inciso XIV, do artigo 115, que reproduz o inciso XII do artigo 37, da Constituição Federal, ao estabelecer que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, tem como objetivo o zelo pela isonomia na fixação de vencimentos no serviço público, tal como o § 1º, do artigo 124, CE.

No que diz respeito, especificamente, ao § 1º, do artigo 124, verifica-se que tal dispositivo repete a redação antiga do antigo § 1º do artigo 39, da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 19/98, que não reflete com a mesma eficácia a exigência de paridade, relevando a necessidade de fixação de padrão de vencimentos adequado às peculiaridades dos cargos.

Muito embora a lei impugnada altere os valores de referência da escala básica de vencimentos dos servidores do Poder Legislativo, não se observa qualquer ofensa à isonomia em relação aos servidores do Poder Executivo.

Ainda que o autor questione a Lei nº 1.695/86, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal do Executivo, não demonstra em que medida haveria, entre esta e a lei impugnada, tratamento apartado da isonomia, limitando-se a indicar alguns cargos do Poder Executivo, cujas denominações seriam idênticas ou assemelhadas às do Legislativo, cujos valores de referência foram alterados.

Acesso ao Sumário

O autor não promove o cotejo entre a lei de pessoal do Executivo e a do Legislativo. Não confronta os elementos capazes de identificar hipóteses assemelhadas. Apenas apresenta a denominação dos cargos, e as referências, sem contudo, estabelecer paralelo ente as atribuições, o grau de escolaridade exigido, a duração da jornada de trabalho, não se observando similaridade entre os cargos confrontados.

De outro lado, o Anexo I, da Lei nº 1.695/86, do quadro de pessoal do Executivo, contém apenas as denominações dos cargos e as respectivas referências remuneratórias, e o Anexo IV, apresenta o correspondente em dinheiro das referências da escala básica de vencimento, e, ainda assim, em

moeda antiga (Cz$), o que impede a comparação.

Portanto, não se vislumbra qualquer afronta à Constituição Estadual.

Ante o exposto, julga-se improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2183067-41.2017.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE PALMITAL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE PALMITAL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.476)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.804 de 24 de julho de 2017, do Município de Palmital, que institui a "semana de conscientização da posse responsável de animais", no município e dá outras providências – Violação à regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e art. 114, todos da Constituição Estadual – Arts. 1º, caput, 2º e 3º, da norma guerreada, que não criam diretamente encargos para a administração pública, nem regulam diretamente a prestação de serviços pelo Poder Público, e devem ser mantidos – Ação

Acesso ao Sumário

procedente, em parte.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei nº 2.804 de 24 de julho de 2017, do Município de Palmital, que institui a "semana de conscientização da posse responsável de animais", no município e dá outras providências.

Sustenta a ação, que a Lei municipal mencionada, ao tratar de organização da administração pública, viola o princípio da separação de poderes e cria despesa não prevista no orçamento, em afronta aos artigos 5º, 25, 47, incisos II, XI e XIV, 144, 174, incisos I, II e III e 176, incisos I e III, todos da Constituição Estadual.

Deferida a liminar (fls. 52).

Vieram as informações às fls. 67/70.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato (fls. 62/63).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial da ação (fls. 93/102).

É o relatório.

Dispõe a Lei guerreada:

LEI Nº 2.804 DE 24 DE JULHO DE 2017 – Institui a "semana de conscientização da posse responsável de animais", no município de Palmital-SP e dá outras providências.

Art. 1 º – Fica instituído no município de Palmital-SP, a "Semana de Conscientização da posse responsável de animais", que se realizará sempre na primeira semana do mês de outubro de cada ano.

§ 1º – Para cumprimento do disposto neste artigo, o Poder Executivo, através de suas respectivas secretarias, mobilizará todos os segmentos da sociedade no sentido de viabilizar os recursos humanos e materiais necessários à realização desta Campanha, inclusive colocando à disposição os recursos disponíveis através das secretarias envolvidas.

§ 2º – O Executivo promoverá ampla divulgação da Campanha, esclarecendo e conclamando a população a colaborar e participar.

§ 3º – O Chefe do Executivo, dentro de 60 (sessenta) dias, baixará decreto regulamentando a presente Lei.

Artigo 2º – As despesas para execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Artigo 3º – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Procede, em parte, a ação.

Acesso ao Sumário

Os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 1º, da lei supramencionada, ao imporem à Administração a realização de diversas atividades relacionadas à Semana de Conscientização da Posse Responsável de Animais, no âmbito do Município de Palmital, invadiu a esfera da iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo.

A norma em exame, na forma disposta fere os artigos 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II, XIV e XIX, "a", que dispõe acerca do princípio federativo e da separação de poderes, aplicáveis aos Municípios na forma do art. 144, da mesma Constituição.

Neste ponto a matéria é hipótese de atividade nitidamente administrativa, inserida ao rol exclusivo de atos relacionados à Administração Pública, a cargo do Chefe do Poder Executivo.

Portanto, a Lei guerreada tem vício de iniciativa, pois impõe ao Poder Executivo obrigação que gera ônus para a Administração, o que é incompatível com o princípio da separação de poderes.

Tal determinação é inconstitucional, como dita o artigo 24, § 2º, 2, da Constituição Estadual, que reproduz o artigo 61, § 1º, II, "e", da Constituição Federal:

> ***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:***
>
> ***– criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX;***

Portanto, nota-se que, Lei que disponha sobre a organização administrativa ou crie órgãos públicos deve ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

A iniciativa Parlamentar para tal norma fere a separação de poderes, constante no artigo 5º, da Constituição Estadual, pois invade a iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, que no caso em tela é o Prefeito do Município de Guarujá.

Além disso, a norma em comento gera aumento de despesa sem indicação da fonte colidindo assim com as disposições do artigo 25, da Constituição Bandeirante.

Este Colendo Órgão Especial, já decidiu nesse sentido:

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 11.382, de 09 de outubro de 2013, de São José do Rio Preto, que "autoriza o Município a disponibilizar um enfermeiro e equipamentos de primeiros socorros no Terminal Rodoviário". VÍCIO DE INICIATIVA. Reconhecimento. A lei impugnada, de autoria***

Acesso ao Sumário

parlamentar, envolve normas de gestão administrativa, ou seja, trata de matéria que é reservada à iniciativa do Chefe do Poder Executivo; e ainda estabelece a criação de despesas sem indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos. Lei autorizativa. Irrelevância. O Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente. (ADIN nº 0197386-87.2013.8.26.0000 – Relator: Des. Antonio Luiz Pires Neto – data: 26/03/2014).

No entanto, como bem observa a d. Procuradoria Geral de Justiça, os arts. 1º, *caput*, 2º e 3º, não criam diretamente encargos para a administração pública, nem regulam diretamente a prestação de serviços pelo Poder Público, devem subsistir à declaração de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, julga-se procedente, em parte, a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 1º, da Lei nº 2.804, de 24 de julho de 2017, do Município de Palmital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198482-35.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AGUDOS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AGUDOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITOS 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.750)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, 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 FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processual civil. Torna dos autos para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão. Artigo 1.040, II do Código de Processo Civil.

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.356, de 03 de janeiro de 2003, do Município de Agudos, que autoriza o Executivo a efetuar o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais. Cabimento. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 650.898/RS). Inconstitucionalidade, contudo, de previsão sobre ser possível pagamento retroativo. Violação da regra da legislatura.

Ação procedente em parte.

Julgamento anterior alterado.

VOTO

Relatório nos autos, aqui adotado, a que acrescento ter havido decisão da E. Presidência da Seção de Direito Público para torna dos autos ao C. Órgão Especial para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão na forma do artigo 1.040, II do Código de Processo Civil.

Assim se decidiu quando do julgamento anterior:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.356, de 03 de janeiro de 2003, do Município de Agudos, que autoriza o Executivo a efetuar o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais. Inconstitucionalidade. Benefício previsto constitucionalmente apenas a servidores públicos. Descabimento da extensão a agentes políticos. Entendimento no C. Órgão Especial. Situação ofensiva, ainda, ao princípio da razoabilidade, além de desatender ao interesse público e às exigências do serviço. Ação procedente, com efeito ***ex nunc****.*

Ação proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo para declaração de inconstitucionalidade da Lei 3.356, de 03 de janeiro de 2003, do Município de Agudos, que autoriza o Executivo a efetuar o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais.

Aduz ser inconstitucional previsão em lei municipal de décimo terceiro subsídio aos agentes políticos municipais porque a Constituição não autoriza a extensão dos direitos sociais fundamentais senão aos

Acesso ao Sumário

servidores públicos. Sustenta, ainda, falecer razoabilidade na outorga a agentes políticos da gratificação natalina (13º), tudo em violação dos artigos 111, 124, § 3º, 128 e 144, todos da Constituição Estadual.

Deferida a liminar até final julgamento da ação (fls. 229/231), não houve manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado na defesa do ato impugnado, por tratar-se de matéria exclusivamente local (fls. 295/297).

O Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal apresentaram informações e documentos (fls. 240/291 e 302/317). A D. Procuradoria Geral de Justiça reiterou pedido pela procedência da ação (fls. 319/328).

É o relatório.

Antes do mais, de rigor afastar as preliminares trazidas pelo Prefeito Municipal nas informações.

Assim porque, como previsto no artigo 125, § 2º da Constituição Federal, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual [...], e, como expressamente referido na Carta Paulista, ao Tribunal de Justiça foi atribuída a competência para processar e julgar, originalmente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestado em face desta Constituição (art. 74, inciso VI).

Aqui, como se verá, dar-se-á análise sobre violação a ditames da Constituição do Estado de São Paulo, sem descurar-se sobre autonomia do ente Municipal, que, contudo, ao se reger por Lei Orgânica, deve sempre alinhar-se aos princípios das Constituições Federal e Estadual, por assim haver expressa e cogente determinação (art. 29, CRFB; art. 144, CE[1]).

Dessarte, não se perca na descabida alegação sobre ser impossível a este C. Órgão Especial realizar controle concentrado de constitucionalidade acerca da incompatibilidade da norma local com dispositivos referidos também da Constituição Federal, porquanto, como assentado no E. Supremo Tribunal Federal 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,

Acesso ao Sumário

1 **CRFB, Art. 29 –** ***O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:***

CE, Art. 144 – ***Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.***

remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, 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 Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o "corpus" constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo (Rcl 5690-AgR, rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 24.02.2015, Acórdão Eletrônico DJe-074, divulg. 20.04.2015, public. 22.04.2015).

Demais disso, delineada a competência do C. Órgão Especial para prosseguir na análise desta ação de controle concentrado de constitucionalidade, descabido pleitear sobrestamento do feito para aguardar decisão a ser proferida em controle difuso pelo E. Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário.

Assim rechaçadas as questões preliminares, passo ao julgamento do mérito.

A Lei 3.356, de 03 de janeiro de 2003, do Município de Agudos, ao autorizar o Executivo a efetuar o pagamento de gratificação natalina aos agentes políticos municipais, assim dispôs:

***Art. 1º.** Fica autorizado o Executivo a efetuar o pagamento de gratificação natalina (13º salário) aos agentes políticos municipais, proporcionais ao período de efetivo labor.*

***Parágrafo único**. Referido pagamento de que trata o **caput** terá efeito retroativo a janeiro de 2001.*

***Art. 2º.** Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.*

***Art. 3º.** Revogam-se as disposições em contrário.*

Vislumbrou o D. Procurador Geral de Justiça inconstitucionalidade da norma, porquanto houve descabida outorga de gratificação natalina (13º salário), verdadeiro 13º subsídio, aos agentes políticos investidos em postos de relação não profissional, eventual e transitória, situação vedada constitucionalmente, sustentando, ainda, inexistir razoabilidade e interesse público a legitimá-la, porque a Constituição não autoriza a extensão dos direitos sociais fundamentais senão aos servidores públicos.

Veio, então, com esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, para denunciar violação dos artigos 111, 124, § 3º, 128 e 144, todos da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Entendo de toda pertinência esta ação, a ser julgada procedente, por descaber "décimo-terceiro subsídio" a agentes políticos, tal como proposto na petição inicial.

Observo não pairar dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, mas, já em repetição, sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRFB; art. 144, CE).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional[2].

E prossegue o ilustre doutrinador: do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior[3].

Isso realçado, repito dar-se inconstitucionalidade da norma impugnada, porquanto, como já afirmei por ocasião da decisão em que deferi a liminar (fls. 229/231), há incompatibilidade da norma impugnada com o disposto no artigo 124, ***caput*** *e § 3º da Constituição Estadual*[4]*, por haver expressa extensão dos direitos sociais ali referidos apenas aos servidores públicos.*

Vislumbro violação, também, do disposto nos incisos V e VI do artigo 29 e artigo 39, §4º da Constituição Federal[5]*, aqui utilizados como parâmetro para análise sobre inconstitucionalidade por força do já referido artigo 144 da Constituição Bandeirante.*

Esses dispositivos da Constituição Federal fixam, expressamente,

2 **Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., Malheiros, p. 46.**

3 **Op. Cit., p. 47.**

4 **CE, art. 124 –** ***Os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público terão regime jurídico único e planos de carreira. [...] § 3º – aplica-se aos servidores a que se refere o "caput" deste artigo o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal.***

5 **CFRB, art. 29 –** ***[...]*** **V –** ***subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os artigos 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;*** **VI –** ***o subsídios dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmara Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos [...].***

Acesso ao Sumário

haver remuneração dos agentes políticos municipais por subsídio, a ser fixado com estrita observância dos ditames constitucionais, e também para vereadores, com determinação inequívoca de se dar fixação para a legislatura subsequente, situação absolutamente ignorada na lei municipal impugnada, pois há expressa determinação de se conceder o benefício retroativamente (art. 1º, parágrafo único).

Demais disso, não se descure precisa ensinança de DIOGENES GASPARINI, antes já referida, sobre serem os agentes políticos voltados, precipuamente, à formação da vontade superior da Administração Pública ou incumbidos de traçar e imprimir a orientação superior a ser observadas pelos órgãos e agentes que lhes devem obediência. [...] Não são pessoas que se ligam à Administração Pública por um vínculo profissional. [...] Seus direitos e obrigações derivam diretamente da Constituição e, por esse motivo, podem ser alterados sem que a qualquer modificação possam opor-se[6]*.*

Por tais razões, é tranquilo neste C. Órgão Especial entendimento sobre ser inconstitucional estender aos agentes políticos o gozo de décimo-terceiro subsídio, eis que tal benefício está reservado aos que mantêm vínculo de natureza laboral permanente (ADI 0202412-66.2013, rel. Des. ARANTES THEODORO, v.u., j. 30.07.2014), afinal, em repetição, a teor do §4º do art. 39 da Constituição Federal, aqui utilizado como parâmetro para análise por força do já referido artigo 144 da Constituição Estadual, são eles remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

No mesmo sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 3º da Lei 15.401, de 06 de julho de 2011, do Município de São Paulo. Dispositivo legal que confere 13º subsídio ao Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários, agentes políticos investidos em postos de relação não profissional, eventual e transitória. Vício de inconstitucionalidade material. Violação ao disposto nos artigos 111, 124, § 3º, 128 e 144, da Constituição do Estado. Ação julgada procedente (ADI 0014607-04.2012.8.26.0000, rel. Des. FRANÇA CARVALHO, v.u., j. 31.07.2013).

Do quanto acima se expôs, resta evidente inconstitucionalidade de pagamento de gratificação natalina (13º salário), ou décimo-terceiro subsídio, aos agentes políticos, autorizada pela Municipalidade de Agudos, por meio da lei ora em análise, também por ferimento ao artigo 128 da Constituição Estadual, aplicável no âmbito dos Municípios por

Acesso ao Sumário

6 **Direito Administrativo, 4ª ed., Saraiva, 1995, p. 41.**

força do artigo 144 da Carta Paulista, porquanto, como expressamente prescrito no referido dispositivo constitucional, as vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei quando atenda efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

E aqui, à evidência, trata-se de benefício instituído ao largo das exigências do serviço e do interesse público, pois, quanto ao interesse público, há de se ter em vista preponderar, fundamentalmente, aquele interesse doutrinariamente definido como primário, que, como lembra LUÍS ROBERTO BARROSO, é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social[7].

Não fosse suficiente, trago precisa lição de HELY LOPES MEIRELLES, a realçar definitivamente a inconstitucionalidade da extensão do benefício, instituído aos agentes políticos de Agudos em hipótese absolutamente divorciada do interesse público e das exigências do serviço:

Ora, o funcionalismo é apenas meio e não fim da Administração, e toda vez que esta lhe confere vantagem deve fazê-lo na exata medida do interesse público. Vale dizer, as prerrogativas, garantias e demais vantagens do funcionalismo só se legitimam quando reclamadas pelo serviço público e não anulem seus requisitos de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento. Na concessão desses benefícios por via constitucional existe uma presunção de imprescindibilidade, diante da qual devem curvar-se as entidades estatais; mas, ao concedê-los, a Constituição subtrai de cada uma delas o poder de disposição sobre a mesma matéria, de modo que lhes é defeso postergá-los, restringi-los ou ampliá-los, salvo quando expressamente autorizadas, e nos estritos limites da autorização[8] *(aqui, vale a citação para realçar ser imperioso observar-se o interesse público e imprescindibilidade às exigências do serviço, nada obstante se trate de ensinamento sobre benefícios instituídos a servidores públicos).*

Concluo, pois, por haver violação dos artigos 111, 124, § 3º, 128 e 144, todos da Constituição Estadual, a resultar inconstitucionalidade da Lei 3.356, de 03 de janeiro de 2003, do Município de Agudos, com efeito ***ex nunc****.*

Pelo meu voto, ***JULGO PROCEDENTE*** *esta ação.*

É caso, no entanto, de alteração do quanto acima ficou julgado ante o decidido no E. Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, julgamento no RE nº 650.898/RS.

Acesso ao Sumário

7 **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Ed. Saraiva, 4ª ed., 2ª tiragem, 2014, p. 92/93.**

8 **Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 23ª ed, 1998, p. 358.**

Malgrado meu entendimento, alinhado a incontáveis julgamentos neste C. Órgão Especial, a matéria não mais comporta aquele resultado, porquanto colho no E. Supremo Tribunal Federal, entendimento oposto, pelo julgamento do referido Recurso Extraordinário 650.898/RS (Tema 484), de que transcrevo a ementa:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias.

1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes.

2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual.

3. A "verba de representação" impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio.

4. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento, sob a presidência da Ministra Cármen Lúcia, por maioria, apreciando o tema 484 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso extraordinário, reformando o acórdão recorrido na parte em que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei nº 1.929/2008, do Município de Alecrim/RS, para declará-los constitucionais, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), que desproviam o recurso. Por unanimidade, acordam em fixar as seguintes teses: 1) – "Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados"; e 2) – ***"O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário"****. O Ministro Marco Aurélio não participou da fixação do segundo enunciado de tese. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausente, na fixação das teses, o Ministro Gilmar Mendes, e, neste julgamento, o Ministro Celso*

Acesso ao Sumário

de Mello (RE 650898, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017 – sem grifos no original).

Diante do exposto, no atinente à inconstitucionalidade de pagamento do 13º salário aos agentes políticos de Agudos, é caso de adequação do julgamento anterior, a resultar na constitucionalidade da previsão trazida na Lei Municipal 3.356, de 03 de janeiro de 2003.

Contudo, entendo inconstitucional o teor do parágrafo único do artigo 1º, assim redigida: *Referido pagamento de que trata o caput terá efeito retroativo a janeiro de 2001*.

Assim concluo porque, malgrado a autonomia do ente Municipal, ao se reger por Lei Orgânica deve sempre alinhar-se aos princípios das Constituições Federal e Estadual, por assim haver expressa e cogente determinação (art. 29, CRFB; art. 144, CE[9]).

Daí porque, como realcei no julgamento original, há violação do disposto no inciso VI do artigo 29 da Constituição Federal[10], aqui utilizado como parâmetro para análise sobre inconstitucionalidade por força do já referido artigo 144 da Constituição Bandeirante.

Esse dispositivo da Constituição Federal fixa, expressamente, haver remuneração dos agentes políticos municipais por subsídio, a ser fixado com estrita observância dos ditames constitucionais, e também para vereadores, com determinação inequívoca de se dar fixação para a legislatura subsequente, situação absolutamente ignorada no mencionado parágrafo único do artigo 1º da Lei 3.356/2003, pois há expressa determinação de se conceder o benefício retroativamente (art. 1º, parágrafo único).

Dessarte, afastada denúncia de ser inconstitucional a Lei 3.356, de 03 de janeiro de 2003, do Município de Agudos, por não vislumbrar ferimento de preceitos constitucionais na autorização para pagamento de gratificação natalina (13º subsídio) aos agentes políticos daquela Municipalidade, a teor do entendimento firmado no E. Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (Recurso Extraordinário nº 650.898/RS), acolho parcialmente o pedido

Acesso ao Sumário

9 **CRFB, Art. 29 –** ***O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:***

CE, Art. 144 – ***Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.***

10 **CFRB, art. 29 –** ***[...] VI – o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos [...].***

inicial e concluo ser inconstitucional apenas o parágrafo único do artigo 1º da mencionada lei, por violar o artigo 144 da Constituição Estadual, com efeitos **ex tunc**.

Pelo meu voto, altero o julgamento anterior e **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** esta ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2141949-85.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.098)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 13.920, de 12 de dezembro de 2016, do Município de Ribeirão Preto, que "institui pacto municipal social para a população em situação de rua, conforme especifica" – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes – Alegação de vício de iniciativa – Inexistência – Rol de iniciativas legislativas reservadas ao chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – A iniciativa parlamentar não

ofende o disposto nos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, da Constituição Estadual, por não veicular matéria inserida na reserva da Administração nem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo – Norma de conteúdo programático, sem qualquer comando imperativo – Descabida, portanto, a alegação de ofensa aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, 144 e 176, I, da Constituição do Estado.

Pedido improcedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Ribeirão Preto visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 13.920, de 12 de dezembro de 2016, do Município de Ribeirão Preto, que "institui pacto municipal social para a população em situação de rua, conforme especifica", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, "a", 144, e 176, inciso I, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a norma impugnada trata de matéria cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, padecendo de vício de iniciativa. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 13.920, de 12 de dezembro de 2016, do Município de Ribeirão Preto.

A liminar foi indeferida (fl. 28/32).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da lei impugnada (fl. 42/43).

Notificada, a Câmara Municipal de Ribeirão Preto, representada por seu Presidente, prestou informações, defendendo a validade do ato normativo impugnado (fl. 45/52).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 76/92, opinou pela procedência parcial do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade tão-somente dos artigos 6º e 7º da Lei nº 13.920, de 12 de dezembro de 2016, do Município de Ribeirão Preto.

2. É o relatório.

A lei impugnada tem a seguinte redação:

"Artigo 1º – Fica instituído no âmbito do município de Ribeirão Preto, com base no disposto nos artigos 1º, inc. III; 203, "caput" da Constituição Federal, combinado com os artigos 4º, inc. IX; 5º, incisos III, IX e X; 172 e 174, incisos IV e X da Lei Orgânica do Município, bem como o Decreto Federal nº 7.053/2009, o Pacto Municipal SOCIAL para a POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Acesso ao Sumário

em Ribeirão Preto.

Artigo 2º – Para os efeitos desta lei, considera-se população em situação de rua, de acordo com, o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a extrema pobreza, os vínculos familiares fragilizados ou interrompidos e a inexistência de moradia convencional regular e que utiliza os logradouros públicos, fazem dele espaço de convívio, e principalmente, de sobrevivência, de forma temporária ou permanente.

Artigo 3º – O Pacto Social visa aglutinar os munícipes, através de seus diversos atores sociais, incluindo a iniciativa privada, bem como os poderes públicos constituídos, para mobilizar em torno do tema da população de rua.

Artigo 4º – Considera-se com a definição de princípios para o Pacto Social para a População em Situação de Rua:

I – o respeito à dignidade da pessoa humana;

II – o direito à convivência familiar e comunitária;

III – a valorização e o respeito à vida e à cidadania;

IV – o atendimento humanizado e universalizado;

V – o respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência;

VI – a erradicação de atos violentos e ações vexatórias e de estigmas negativos e preconceitos sociais que produzam ou estimulem a discriminação e a marginalização, seja pela ação ou omissão;

VII – a não discriminação de qualquer natureza no acesso a bens e serviços públicos.

Artigo 5º – O Pacto Social de que trata a presente lei tem como finalidade precípua, além do disposto no caput do artigo 1º:

I – Trabalhar a constitucional garantia do direito à vida, saúde e assistência social, no âmbito da seguridade social.

II – Viabilizar mecanismos de democracia participativa, controle social e institucional.

III – Garantir a inclusão de medidas de esclarecimento e incentivo ao protagonismo.

Artigo 6º – O Pacto Social de que trata a presente lei poderá ser coordenado pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, ou ainda, pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto, no caso de impossibilidade da primeira.

§ 1º – Na hipótese de não ser possível a execução do Pacto Social pela

Acesso ao Sumário

Prefeitura, entidade privada sem fins lucrativos ou organizações não governamentais poderão coordenar as atividades relativas ao pacto.

§ 2º – Na execução da presente lei poderão ser cadastradas entidades privadas ou públicas e organizações não governamentais que aderirem ao Pacto Social.

Artigo 7º – Com a confirmação do disposto no artigo anterior, a presente lei poderá ser objeto de regulamentação, objetivando sua execução.

Artigo 8º – As despesas decorrentes com a execução da presente lei correrão por conta de mediante doações de entidades privadas sem fins lucrativos, ou recursos advindos de convênios ou parcerias a serem firmados com entidades públicas, privadas e organizações não governamentais.

Artigo 9º – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

É caso de improcedência do pedido, pois não se verifica a alegada inconstitucionalidade por vício de iniciativa, na medida em que a lei impugnada não tratou de matéria cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo Municipal (Cf. artigo 24, § 2º, 1 e 2, da Constituição Estadual, aplicado por simetria ao Município), não se vislumbrando violação dos princípios da competência exclusiva e da separação de Poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.

É certo que o artigo 47 da Constituição do Estado norteia a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, com suas competências próprias de administração e gestão que compõem a chamada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, sem interferência do Poder Legislativo, de maneira que o dispositivo em questão, não se constitui em ato de gestão administrativa, azo pelo qual não há falar em ofensa à regra da separação dos Poderes.

Quanto ao vício de iniciativa, a Suprema Corte, por reiteradas decisões, vem sustentando que a cláusula de reserva constitucional de iniciativa em matéria de instauração do processo legislativo é de observância compulsória também pelos Estados-membros e pelos Municípios às hipóteses taxativamente definidas, em *"numerus clausus"*, no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal (RTJ 174/75, Relator Ministro Maurício Corrêa, RTJ 178/621, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 185/408-408, Relator Ministra Ellen Gracie, ADI 1.729, Relator Ministro Nelson Jobim).

E, ainda, sobre a matéria:

"Lei disciplinadora de atos de publicidade do Estado, que independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual, visto

Acesso ao Sumário

que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública. Não-incidência de vedação constitucional (CF, artigo 61, § 1º, II, e)" (ADI-MC 2.472-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, j. 12/03/2002).

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles:

"(...) *Iniciativa* é o impulso original da lei, que se faz através do projeto. Pode ser geral ou reservada. *Iniciativa geral* é a que compete concorrentemente a qualquer vereador, à Mesa ou comissão da Câmara, ao prefeito ou, ainda, à população; *iniciativa reservada* ou *privativa* é a que cabe exclusivamente a um titular, seja o prefeito, seja a Câmara. A iniciativa reservada ou privativa pode, ainda, ser discricionária ou vinculada: é *discricionária* quando seu titular pode usá-la em qualquer tempo; é *vinculada* quando há prazo para seu exercício, como ocorre com o projeto da lei orçamentária. (...)

A iniciativa reservada ou privativa assegura o privilégio do projeto ao seu titular, possibilita-lhe a retirada a qualquer momento antes da votação e limita qualitativa e quantitativamente o poder de emenda, para que não se desfigure nem se amplie o projeto original; só o autor pode oferecer modificações substanciais, através de mensagem aditiva. No mais, sujeita-se a tramitação regimental em situação idêntica à dos outros projetos, advertindo-se, porém, que a usurpação de iniciativa conduz à irremediável nulidade da lei, insanável mesmo pela sanção ou promulgação de quem poderia oferecer o projeto. (...)

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."[1]

Acesso ao Sumário

1 Hely Lopes Meirelles, *in* "Direito Municipal Brasileiro", Malheiros, 2014, págs. 633 e seguintes.

A esse respeito segue julgado deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 13.606, de 02 de setembro de 2015, de autoria parlamentar, que 'cria a plataforma virtual para acompanhamento das obras da Prefeitura do Município de Ribeirão Preto e dá outras providências'. Alegada invasão da esfera de competência exclusiva do Alcaide. Inocorrência. § 2º que traz elenco 'numerus clausus' das matérias de iniciativa reservada. Lei em questão, editada consoante o princípio da publicidade dos atos administrativos que não cria, extingue ou modifica órgão administrativo, tampouco confere nova atribuição a órgão da administração pública. Regra que por estar dirigida ao Poder Executivo, por si só, não implica deva ser de iniciativa privativa do Alcaide. Ausência de especificação de fonte de custeio que não é óbice à edição da norma, tornando-a tão somente inexequível no ano em que editada. Prefeitura do Município de Ribeirão Preto que possui sítio eletrônico com aba própria denominada 'Portal da Transparência', não se havendo falar em despesas para a consecução da norma. Ação improcedente." (ADIn nº 2016698-91.2016.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 15/06/2016) (g.n.)

Noutro bordo, cuida-se na espécie, de norma de conteúdo programático, sem qualquer comando imperativo. Segundo José Afonso da Silva, **"tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados"** (*in* "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Ed. Malheiros, 8. ed. 2012).

Ora, as normas programáticas caracterizam-se por terem sua aplicação procrastinada, isto é, pressupõem a existência de uma legislação posterior para sua efetiva aplicação no âmbito jurídico, sendo destinadas, pois, ao legislador infraconstitucional, não conferindo aos seus beneficiários o poder de exigir a sua satisfação imediata. São normas de apelo social, que perseguem objetivos prioritariamente concernentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, conquanto procuram conformar a realidade a postulados de justiça. Assim, a normatividade programática não dispõe explicitamente sobre os meios a serem empregados para a sua efetividade.

Nesse passo, não se verifica violação dos ditames dos artigos 5º, 47, II, XIV, XIX, 144 e 176, I, da Carta Bandeirante, uma vez que a norma impugnada apenas institui programa de assistência social (conteúdo programático), repita-se, sem qualquer comando imperativo, de modo que não cria obrigações à Administração Pública, nem tampouco usurpa funções próprias do Executivo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2126002-88.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora ASSOCIAÇÃO DOS GUARDAS CIVIS DA CIDADE DE COTIA – ASGUACO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE COTIA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE COTIA.

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 37.903)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ajuizamento pela Associação dos Guardas Civis da Cidade de Cotia, em face dos artigos 3º, 4º e anexo único da Lei Complementar Municipal nº 216/2015, a qual dispõe sobre a criação de funções gratificadas na Guarda Civil de Cotia – Criação de três funções gratificadas para integrantes das Comissões Processantes Permanentes e duas funções gratificadas na Corregedoria da Guarda Civil (Corregedor Geral e Corregedor Adjunto) – Concessão da gratificação que não se deu de forma indiscriminada, ao contrário, em respeito ao interesse público e às exigências do serviço prestado, que além de extremamente relevante para a sociedade (apuração de infrações disciplinares e outras), exige do nomeado o desempenho de função específica, com conhecimento adequado, o que justifica plenamente

Acesso ao Sumário

a concessão da gratificação – Ademais, gratificação que não se incorpora aos vencimentos e de caráter temporário – Ausência de violação aos artigos 111 e 128 da Carta Estadual – Ação julgada improcedente.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pela ASGUACO – Associação dos Guardas Civis da Cidade de Cotia, em face dos artigos 3º, 4º e anexo único da Lei Complementar Municipal nº 216/2015, a qual dispõe sobre a criação de funções gratificadas na Guarda Civil de Cotia.

Argumenta que foram criados os cargos de Corregedor Geral, Corregedor Adjunto e três para integrar as Comissões Processantes Permanentes, bem como a eles concedida imoral gratificação, posto que exercem funções técnicas, sem qualquer envolvimento com chefia, assessoramento ou direção. Argumenta que não há qualquer justificativa para referidas funções, basicamente para apuração de infrações disciplinares, recebam qualquer gratificação, sob pena de violação aos artigos 111, 115, inciso V, 128 e 144, todos da Carta Estadual. Diz que a criação de funções gratificadas deve ser limitada aos cargos em que seja exigível especial relação de confiança e que exerçam funções de assessoramento, chefia e direção.

Requer a concessão de liminar para suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados e, ao final, a procedência da ação declarando-se a inconstitucionalidade dos mesmos.

A liminar foi indeferida pelo despacho de fl. 147.

O Município de Cotia prestou informações às fls. 167/172.

A Câmara Municipal de Cotia não se manifestou (fl. 180).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 196/202, pela improcedência.

É o relatório.

Os artigos 3º, 4º e Anexo Único da Lei Complementar nº 216/2015 estão assim redigidos:

"(...) Art. 3º Ficam criadas, no âmbito da Guarda Civil de Cotia-GCC, as seguintes Funções Gratificadas:

I – 3 (três) de FGGCC-01, a ser atribuída aos servidores designados para integrar as comissões previstas no artigo 169 da Lei nº 1.458, de 30 de junho de 2008;

II – 1 (uma) de FGGCC-02, a ser atribuída ao servidor designado para o exercício da função de Corregedor Adjunto da GCC; e

III – 1 (uma) de FGGCC-03, a ser atribuída ao servidor designado para o exercício da função de Corregedor Geral da GCC.

Acesso ao Sumário

Parágrafo único. As funções gratificadas previstas neste artigo somente serão atribuídas a membros efetivos da Guarda Civil de Cotia-GCC.

Art. 4º Os valores das Funções Gratificadas da Guarda Civil de Cotia-GCC são aqueles fixados no Anexo Único que faz parte integrante desta Lei Complementar.

§ 1º O servidor designado para as funções gratificadas previstas neste artigo perceberá a remuneração do seu cargo efetivo acrescida do valor da função gratificada na qual foi investido.

§ 2º O montante percebido a título de função gratificada não se incorpora, tampouco se torna permanente, aos vencimentos ou proventos dos servidores, ressalvada a hipótese prevista no artigo 2º da Lei nº 1.399, de 24 de novembro de 2006, não servindo de base para o cálculo de qualquer indenização ou vantagem pecuniária, adicionais por tempo de serviço e sexta-parte, exceto décimo terceiro salário".

(...)

Função gratificada	Valor
FGGCC-01	45% da referência GDAS-V
FGGCC-02	47% da referência GDAS-V
FGGCC-03	50% da referência GDAS-V

Extrai-se, portanto, que foram criadas três funções gratificadas para integrantes das Comissões Processantes Permanentes e duas funções gratificadas na Corregedoria da Guarda Civil (Corregedor Geral e Corregedor Adjunto).

De início, pode-se afirmar que referidas funções são especiais e relativas ao desempenho de atividades além daquelas praticadas por outros integrantes da Guarda Civil de Cotia. Passível, portanto, do acréscimo de vantagens pecuniárias, enquanto exercidas sobreditas funções.

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que *"os estipêndios dos servidores públicos compõem-se de uma parte fixa, representada pelo padrão fixado em lei, e uma parte que varia de um servidor para outro, em função de condições especiais de prestação do serviço, em razão do tempo de serviço e outras circunstâncias previstas nos estatutos funcionais e que são denominadas, genericamente, de vantagens pecuniárias; elas compreendem, basicamente, adicionais, gratificações e verbas indenizatórias"* (Direito Administrativo, Editora Forense, 29ª edição, pág. 676).

Hely Lopes Meirelles, sobre o tema, assevera que *"vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço ('ex facto temporis'), ou pelo desempenho de funções especiais ('ex facto officii'), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço ('propter laborem'), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor ('propter personam'). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de*

Acesso ao Sumário

serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração, constituindo os 'demais componentes do sistema remuneratório' referidos pelo art. 39, § 1º, da CF", enfatizando, contudo, que "não são liberalidades pura da Administração", mas "vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor" (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, Malheiros, págs. 488 e 495).

Alie-se a esses ensinamentos que as vantagens pecuniárias, quando concedidas, devem estar sempre justificadas pelo interesse público e pelas particularidades e exigências do serviço prestado, em conformidade com o que dispõe o artigo 128 da Constituição Estadual[1], não podendo servir como supedâneo para o aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade, previsto no artigo 111 da mesma Carta[2].

Em análise ao caso concreto, não se visualiza que a concessão da gratificação se deu de forma indiscriminada, sem nenhum critério, apenas para beneficiar os ocupantes das funções criadas. Ao contrário, se deu em respeito ao interesse público e às exigências do serviço prestado, que além de extremamente relevante para a sociedade (apuração de infrações disciplinares e outras), exige do nomeado o desempenho de função específica, com conhecimento adequado, o que justifica plenamente a concessão da gratificação.

Convém aqui transcrever trecho do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que, de forma percuciente, analisou a especificidade das funções criadas:

"(...) Com efeito, tanto o Corregedor Geral como o Corregedor Adjunto, indicados dentre servidores da Guarda Civil, são servidores de carreira, que por ocuparem transitoriamente referidas funções perceberão determinada gratificação, que nos termos da própria lei, não se incorpora a seus vencimentos.

As funções de Corregedor e Corregedor Adjunto são exercidas por servidores de carreira, porquanto pressupõem o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa do respectivo órgão, a fim de bem realizar correições, apurar denúncias e reclamações, bem como conduzir procedimentos internos quando necessário.

Trata-se, em última análise, de atribuição que requer conhecimento técnico, de tal forma que deve haver uma adição ou um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade

Acesso ao Sumário

1 **Artigo 128** – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.

2 **Artigo 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

Cuida-se de situação que impõe um acréscimo de responsabilidades de natureza gerencial ou de supervisão que só pode ser atribuído a servidores ocupantes de cargo efetivo. Este marco é representativo, na medida em que afasta a ideia da impossibilidade de provimento em comissão, senão que ele se dê em pessoa (I) concursada e (II) que integre, para melhor exercer a função, o órgão administrativo local.

A mesma lógica é aplicada quanto à criação de funções gratificadas a serem desempenhadas por servidores designados para integrar as comissões previstas no artigo 169 da Lei nº 1.458, de 30 de junho de 2008 do Município de Cotia (Comissões Processantes).

Referidas Comissões Processantes não podem ser integradas por pessoas estranhas à Guarda Civil, mas sim por servidores de carreira, que indicados para comporem transitoriamente referidas comissões, gozam da confiança da autoridade superior, desempenhando funções especiais que refogem à rotina burocrática, razão pela qual farão jus a uma retribuição em seus vencimentos enquanto estiverem dela participando.

Destaque-se que o art. 128 da Constituição Estadual, norma que descende diretamente dos princípios de seu art. 111, condiciona a concessão de vantagens aos servidores à existência de interesse público e para atendimento das exigências do serviço. Há nítido interesse público no desempenho das funções gratificadas ora impugnadas, razão pela qual não se pode cogitar de violação a referidas disposições da Carta Estadual, conforme pretendido na inicial".

De se registrar que referidas gratificações não se incorporam aos vencimentos, além do caráter transitório, devida apenas enquanto durar o desempenho da função.

Destarte, verificada a ausência de violação aos dispositivos citados da Carta Estadual, tenho que inexiste qualquer inconstitucionalidade a ser reconhecida.

À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2190286-08.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PREFEITA DO MUNICÍPIO DE SANTA ISABEL, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA ISABEL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São

Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR, INDEFERIRAM O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20758)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – parte final do artigo 76 da Lei Orgânica Municipal, com a redação dada pela Emenda nº 55, de 30 de agosto de 2017, de Santa Isabel.

Preliminar. Inocorrência de nulidade na distribuição. A Ação Direta de Inconstitucionalidade é processo objetivo que possui critérios diferenciados de distribuição, de modo que a prevenção se dá de acordo com a lei impugnada, como ocorre no caso em tela, não havendo qualquer irregularidade a ser conhecida.

No tocante à alegação de extinção sem resolução do mérito, a Súmula Vinculante 46 a que se refere o Presidente da Câmara Municipal em nada se relaciona ao caso ora em análise, pois alude à competência para definição de crimes de responsabilidade e o caso em tela está tratando de provimento de cargos e seu regime.

De igual sorte, não se há de reconhecer coisa julgada com relação à matéria analisada na presente ação e isto porque a ação noticiada pelo Presidente da Câmara Municipal foi ajuizada pelo Prefeito Municipal de Santa Isabel questionando o art. 79 da Lei Orgânica Municipal, responsável por estabelecer

Acesso ao Sumário

a proibição de que o Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos resida fora do Município. Verifica-se que o pedido constante da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 0155891.97.2012.8.26.0000 é notadamente diferente do constante da presente ação, razão pela qual não há que se falar em extinção desta sem análise do mérito. Não há, à toda evidência, identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido) entre elas, nem se identifica ausência de interesse de agir. Portanto, não há a equivalência reclamada a ensejar a extinção do processo sem análise do mérito, nos termos dos arts. 354 e 485 do Novo Código de Processo Civil.

Violação dos artigos nos arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 4, aplicáveis aos municípios por força do art. 144, todos da Carta Paulista. Vício de iniciativa. Pedido procedente. No caso em testilha, restou demonstrada a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes, bem como aos dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo, porquanto a matéria tratada na norma impugnada constitui reserva legal do Chefe do Poder Executivo já que disciplina acerca da instituição de vedações aos ocupantes de cargos de provimento em comissão, portanto, matéria relativa ao regime jurídico do funcionalismo público (direitos e vedações), o que usurpa competência do Prefeito Municipal.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Ilustríssima Senhora Prefeita do Município de Santa Isabel, em que se pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 76, parte final, da Lei Orgânica do Município, com redação alterada pela Emenda à Lei Orgânica nº 55, datada de 30 de agosto de 2017, que disciplina que as vedações previstas para os Vereadores – dispostas no artigo 18 da mesma – lei aplicam-se aos ocupantes dos cargos em comissão, cujo teor se transcreve:

"Artigo 76. Aplica-se aos Secretários Municipais o disposto no artigo[1]

Acesso ao Sumário

1 Art. 18. Os Vereadores ou os candidatos eleitos para tal cargo, conforme o caso, não podem:
I – desde a expedição do diploma:
a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública,

desta Lei Orgânica, bem como aos ocupantes dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração quando assim o estabelecer a lei de que trata o artigo anterior."

Afirma a requerente que referida Emenda à Lei Orgânica Municipal, de iniciativa parlamentar, aponta disposição quanto à remuneração, direitos e vantagens dos servidores públicos municipais.

Assevera que referido dispositivo invade a esfera de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo local, violando o princípio da separação de poderes, pois "restringe o direito concernente ao Chefe do Executivo, consistente em nomear os ocupantes dos cargos em comissão de livre, de livre nomeação e exoneração".

Diante disso, aponta para violação ao disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, número 4, 111, 115 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Acena, ainda, para contrariedade ao disposto no artigo 5º, 37, *caput*, e inciso II, e 61, § 1º, II, *alíneas* "a" e "b", da Constituição Federal, que se aplicam aos Prefeitos, de acordo com o disciplinado pelos artigos 29 da Carta Magna e 144 da Constituição Estadual.

Aponta para ofensa ao "espírito da Lei Orgânica Isabelense."

Sustenta a autora que a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo não alude somente à lei em sentido estrito, referindo-se, igualmente, as Emendas à Lei Orgânica Municipal.

Ressalta que o acesso a cargos em comissão somente para pessoas residentes e domiciliadas em Santa Isabel viola diversos princípios constitucionais.

Fere o princípio da legalidade e da impessoalidade por adotar um *discrimen* que beneficia um grupo determinado de pessoas.

Contraria o princípio da razoabilidade, pois a exigência não possui nexo com as necessidades funcionais inerentes aos cargos, bem como por implicar em "xenofobia municipal ou bairrismo – o que arranha, também, o pacto federativo".

Viola a moralidade administrativa, tendo em vista que somente terão acesso a tais cargos os servidores que possuem domicílio eleitoral em Santa

Acesso ao Sumário

sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, emprego ou função pública remunerada, inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades constantes da alínea anterior.

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas no inciso I, alínea a;

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, alínea a;

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo;

e) manter residência ou domicílio fora do Município de Santa Isabel.

Isabel, pois residentes e domiciliados no Município, o que denota o "viés eleitoreiro" da norma.

Não atende ao imperativo da eficiência, pois não leva em conta a nomeação de pessoas capacitadas a desempenhar o cargo, se não residentes ou domiciliadas na cidade.

Requer a aplicação de efeito *ex tunc* para a liminar deferida.

Aduz, ainda, que tramitam, por esse Colendo Órgão Especial, sob relatoria desse Desembargador, dois outros processos entre as mesmas partes: a) processo nº 2171533-03.2017.8.26.0000 e b) processo nº 2181772-66.2017.8.26.0000 que abrigam declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que, embora diversos daquele que é objeto da presente ação, tem um aspecto comum, pois foram recentemente inseridos pela mesma emenda à Lei Orgânica do Município nº 55, da 30 de agosto de 2017; tudo a demonstrar a necessidade da distribuição por prevenção.

Restaram demonstrados os requisitos autorizadores da concessão liminar da medida pleiteada.

Foi concedido o pleito liminar, ***inaudita altera parte***, para suspender os efeitos do artigo 76, parte final, (bem como aos ocupantes dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração quando assim o estabelecer a lei de que trata o artigo anterior), da Lei Orgânica do Município de Santa Isabel, com redação alterada pela emenda à Lei Orgânica nº 55, datada de 30 de agosto de 2017.

Citado regularmente, o Procurador-Geral do Estado declinou de realizar a defesa do ato normativo impugnado, afirmando tratar de matéria de interesse exclusivamente local (fls. 121/122).

O Presidente da Câmara Municipal de Santa Isabel apresentou informações (fls. 124/130), manifestando-se, preliminarmente, pela discordância da distribuição por prevenção da presente ação direta e postulando pela extinção da ação sem exame do mérito diante da existência de coisa julgada.

Aduz que a alegada prevenção que trouxe o presente feito a esta relatoria não procede, sendo certo que a causa de pedir e o pedido desta ação em nada coincidem com aqueles do feito nº 2171533-03.2017.8.26.0000 que trata de vários dispositivos, todos atinentes à questão de ser ou não inconstitucional a lei orgânica municipal tratar de infrações político-administrativas do prefeito e do procedimento afeto à sua cassação pela Câmara de Vereadores.

Menciona que no feito nº 2171533-03.2017.8.26.0000, em que restaram suspensos os artigos 15, inciso V (na parte inserida pela emenda nº 55); 61, § 2º, 70, 71, 72 e 72-A, da Lei Orgânica do Município de Santa Isabel, somente uma pequena parte foi inserida por emenda recente, sendo os demais dispositivos vigentes desde a edição da carta municipal.

Assevera, ainda, que a ação deve ser extinta sem resolução do mérito, tendo em vista que, em se tratando de violação à Súmula Vinculante 46, seria devido o ajuizamento de Reclamação Constitucional e não de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Considera, por fim, que diante do advento de emenda à lei orgânica, que atualizou o texto e adaptou-o de forma a garantir que a vaga e genérica expressão *"dirigentes dos órgãos de direção e assessoramento superior"* ficasse alterada para Secretário Municipal, impedindo que leis menores pudessem criar todo o tipo de encaixe a se adequar como se cabide fosse para simples nomeação fora da regra geral do concurso público, aproveitou-se o ilustre advogado do ensejo para repetir ação já julgada em 2012 e que veio a apreciar a situação posta; tudo a demonstrar que a presente ação tem por intenção colocar sob o crivo do Poder Judiciário questão já acobertada pelo manto da coisa julgada. No mérito, defendeu a constitucionalidade da lei sub judice e a regularidade do respectivo processo legislativo.

Houve nova manifestação da autora (fls. 140/146) defendendo a inexistência de coisa julgada e a procedência da presente ação.

Regularmente processada a presente ação, pela rejeição dos pleitos preliminares e, no mérito, pela procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da parte final do art. 76 da Lei Orgânica Municipal, com a redação dada pela Emenda nº 55, de 30 de agosto de 2017, de Santa Isabel, foi o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça de fls. 151/162.

É o relatório.

A matéria preliminar trazida pela Câmara Municipal de Santa Isabel questionando o critério de distribuição do feito deve ser afastada.

Com efeito, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é processo objetivo que possui critérios diferenciados de distribuição, de modo que a prevenção se dá de acordo com a lei impugnada, como ocorre no caso em tela, não havendo qualquer irregularidade a ser conhecida.

No tocante à alegação de extinção sem resolução do mérito, a Súmula Vinculante 46 a que se refere o Presidente da Câmara Municipal em nada se relaciona ao caso ora em análise, pois alude à competência para definição de crimes de responsabilidade e o caso em tela está tratando de provimento de cargos e seu regime.

Acesso ao Sumário

De igual sorte, não se há de reconhecer coisa julgada com relação à matéria analisada na presença ação e isto porque, como foi oportunamente lembrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça; *"O Presidente da Câmara Municipal de Santa Isabel pleiteou a extinção da presente ação sem análise do mérito, sob a alegação de coisa julgada diante da decisão proferida nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 0155891.97.2012.8.26.0000.*

Entretanto, os argumentos suscitados são insubsistentes. Senão vejamos.

A ação noticiada pelo Presidente da Câmara Municipal foi ajuizada pelo Prefeito Municipal de Santa Isabel questionando o art. 79 da Lei Orgânica Municipal, responsável por estabelecer a proibição de que o Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos resida fora do Município.

Verifica-se que o pedido constante da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 0155891.97.2012.8.26.0000 é notadamente diferente do constante da presente ação, ***razão pela qual não há que se falar em extinção desta sem análise do mérito.***

Não há, à toda evidência, identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido) entre elas, nem se identifica ausência de interesse de agir. Portanto, não há a equivalência reclamada a ensejar a extinção do processo sem análise do mérito, nos termos dos arts. 354 e 485 do Novo Código de Processo Civil."

No mérito, ressalta-se que se pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 76, parte final, da Lei Orgânica do Município, com redação alterada pela emenda à Lei Orgânica nº 55, datada de 30 de agosto de 2017, cujo teor se transcreve:

"Artigo 76. Aplica-se aos Secretários Municipais o disposto no artigo 18 desta Lei Orgânica, ***bem como aos ocupantes dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração quando assim o estabelecer a lei de que trata o artigo anterior."*** (grifo nosso)

A seu turno, o art. 18 da Lei Orgânica Municipal de Santa Isabel, dispõe:

"Art. 18 – Os Vereadores ou os candidatos eleitos para tal cargo, conforme o caso, não podem:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, emprego ou função pública remunerada, inclusive os de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades constantes da alínea anterior.

II – desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis ad nutum, nas entidades referidas no inciso I, alínea 'a';

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, alínea 'a';

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo;

Acesso ao Sumário

e) manter residência ou domicílio fora do Município de Santa Isabel."

Observa-se, como asseverado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, que a expressão em destaque, acrescentada pela Emenda nº 55/2017 à Lei Orgânica de Santa Isabel, apresenta vício de inconstitucionalidade formal por violar a reserva de iniciativa do Poder Executivo e o princípio da separação de poderes, previstos nos arts. 5º, 24, § 2º, 1 e 4, e 144, aplicáveis aos municípios por força do art. 144 da Carta Paulista, os quais dispõem o seguinte:

"Art. 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 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;

(...)

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(...)

Art. 144 – Os Municípios com autonomia, política, legislativa, administrativa e financeira se autoorganizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição."

O processo legislativo, compreendido pelo conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto) realizados para a formação das leis, é objeto de minuciosa previsão na Constituição Federal, para que se constitua em meio garantidor da independência e harmonia dos Poderes.

O desrespeito às normas do processo legislativo, cujas linhas mestras estão traçadas na Constituição da República, conduz à inconstitucionalidade formal do ato produzido, que poderá sofrer o controle repressivo, difuso ou concentrado, por parte do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, cumpre mencionar que a iniciativa legislativa, ato este que deflagra o processo de produção normativa, pode ser geral ou reservada (privativa).

O ato normativo impugnado, de iniciativa parlamentar, cuidou de matéria

Acesso ao Sumário

relativa ao regime jurídico de servidores públicos, cuja iniciativa, ante previsão constitucional, cabe ao Chefe do Executivo.

A propósito, a Constituição Estadual estabelece que cabe exclusivamente ao Governador a iniciativa das leis que disponham sobre fixação da remuneração aos cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como sobre servidores públicos e seu regime jurídico (CE, art. 24, § 2º, 4), regramento este sujeito à observância pelos municípios por força do art. 144 da Constituição Paulista (princípio da simetria); tudo a demonstrar não ser o caso de extinção da presente ação sem apreciação do mérito sob o argumento de que a causa de pedir não se relaciona a dispositivos da Constituição Estadual.

Com vistas à teoria da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu, e ao artigo 2º, da Constituição da República lembremos que *"[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*.

De acordo com J. J. Canotilho: *"[a] constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como «divisão», «controlo» e «limite» do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de limite do poder (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado (K. HESSE alude aqui a «Mässigung der Staatsmacht») e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder*[2]*."*

Noutro giro, Hely Lopes Meirelles ensina acerca da natureza jurídica e função do Poder Legislativo Municipal, em especial da Câmara de Vereadores: *"[v]ale ressaltar que essa competência do Município para legislar 'sobre assuntos de interesse local' bem como a de 'suplementar a legislação federal e estadual no que couber' – ou seja, em assuntos em que predomine o interesse local – ampliam significativamente a atuação legislativa da Câmara de Vereadores. 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*

Acesso ao Sumário

2 Gomes Canotilho, José Joaquim. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, pag. 365.

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[3]*."*

A par dos ensinamentos de Canotilho e Hely Lopes Meirelles, observa-se que, no caso em apreço, verifica-se que se trata de lei de iniciativa parlamentar, que instituiu vedações aos ocupantes de cargos de provimento em comissão, portanto, matéria relativa ao regime jurídico do funcionalismo público (direitos e vedações), o que usurpa competência do Prefeito Municipal.

Tais Poderes, dentro da organização político-administrativa do Estado, exercem funções típicas e atípicas, sendo certo que ao Poder Executivo (Federal) cabe, no exercício de suas funções típicas, a prática dos atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração.

Já no que concerne às funções atípicas, estas são exercidas excepcionalmente e devem ser interpretadas restritivamente. Dentre essas funções atípicas do Poder Executivo está a função legislativa.

E o artigo 24, § 2º, da Constituição Bandeirante, aplicável aos Municípios com esteio no artigo 144, do mesmo diploma e no artigo 29, da Constituição Federal, preceitua, como já mencionado, que são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo:

"1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;

2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;

3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;

Acesso ao Sumário

3 Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pag. 645/646.

6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."

A iniciativa privativa de propositura de projetos de lei que disponham acerca de servidores públicos, sua remuneração e do respectivo regime jurídico é do Chefe do Poder Executivo.

Note-se, pois, que o objeto da norma impugnada consta do rol supracitado, havendo, pois, o alegado vício formal de inciativa, observada a regra da simetria.

Tocante ao vício formal da gênese legal, também conhecida como inconstitucionalidade nomodinâmica, afere-se inobservância de regra de competência legislativa, ou da não observância do devido processo legislativo, tal como a incompetência de determinado ente para tratar de tema específico. Nesta, podem ocorrer tanto vícios formais subjetivos – que digam respeito à pessoa que tenha a competência para legislar determinada matéria –, como também, vícios formais objetivos, consubstanciados no próprio processo legislativo.

Neste passo a lição de André Ramos Tavares[4]:

"[é] possível afirmar que quase sempre a inconstitucionalidade material é uma questão puramente de Direito, porque se cinge estritamente à análise jurídica da compatibilidade entre conteúdos normativos. Já a inconstitucionalidade formal poderá requerer a análise de circunstâncias fáticas, porque só assim poder-se-á aferir o atendimento ou não do comando constitucional. Aqui haverá a típica função judicial de subsunção dos fatos à norma, de que fala CARL SCHMITT. ***Evidentemente que em certos casos a própria lei ou ato normativo carregará 'sinais' de inconstitucionalidade formal, como ocorre quando um órgão legislativo de uma entidade federativa invade seara própria de outra esfera federativa.***

Ainda é possível fazer outra ligação, embora do mesmo ângulo acima apresentado, no sentido de corresponder a inconstitucionalidade material a uma questão de nomoestática, enquanto a inconstitucionalidade formal se refere a uma problemática de nomodinâmica. Relembrando os conceitos, enquanto no primeiro caso há uma avaliação de normas entre si, ***no segundo caso, a inconstitucionalidade decorre da incompatibilidade entre um processo (real) de produção jurídica e um conteúdo (normativo) que regula o processo.****"*

No caso em testilha, restou demonstrada a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes, bem como aos dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo, porquanto a matéria tratada na norma impugnada constitui reserva legal do Chefe do Poder Executivo já que, conforme já asseverado, disciplina acerca da instituição de vedações aos ocupantes de

Acesso ao Sumário

4 Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.231/232

cargos de provimento em comissão, portanto, matéria relativa ao regime jurídico do funcionalismo público.

Neste passo, já decidiu esse Colendo Órgão Especial:

*"**[c]ompete exclusivamente ao Poder Executivo a criação de normas que versem sobre regime jurídico de servidores públicos, compreendidos nesse conceito as regras disciplinadoras de direitos e obrigações**, inclusive aquelas atinentes à remuneração, de maneira que, quando o Poder Legislativo do Município toma frente na iniciativa de normas dessa natureza, age em violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista atuar em atividade própria do Administrador Público." (Direta de Inconstitucionalidade nº 2079389-10.2017.8.26.0000 – Relator Péricles Piza).*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 60, § 1º, § 2º e § 3º, da Lei nº 713, de 16 de março de 2012, com a redação dada pela Lei nº 984, de 30 de março de 2017, do Município de Nova Campina, de iniciativa parlamentar, que estabeleceu novos critérios e percentuais relativos à gratificação de locomoção ao local de exercício para os profissionais do Quadro do Magistério local. **Alterações na disciplina do funcionalismo público municipal**, em sua remuneração **e em seu regime jurídico. Matéria de competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Desrespeito ao princípio da separação dos poderes.** Afronta aos artigos 2º e 61, § 1º, inciso II, alínea c, da Constituição Federal, e 5º, 24, § 2º, números 1 e 4, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Colegiado. Ação julgada procedente para declaração da inconstitucionalidade dos § 1º, § 2º e § 3º, do artigo 60, da Lei nº 713, de 16 de março de 2012, com a redação dada pela Lei Municipal nº 984, de 30 de março de 2017, do Município de Nova Campina". (Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2072762-87.2017.8.26.0000. Relator Tristão Ribeiro. Julgado em 30 de agosto de 2017).*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.398, DE 26 DE ABRIL DE 2017, DO MUNICÍPIO DE REGINÓPOLIS, QUE 'ALTERA A REDAÇÃO DO ART. 2º, DA LEI 1.992, DE 06 DE JANEIRO DE 2009 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – INSTITUIÇÃO DE HIPÓTESES DE FALTAS JUSTIFICADAS, NAS QUAIS O 'VALE-COMPRA' NÃO É DESCONTADO SE O SERVIDOR SE AUSENTAR DO TRABALHO – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – **LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA RELACIONADA A REGIME JURÍDICO** E REMUNERAÇÃO **DE SERVIDORES PÚBLICOS, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES** – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITENS 1 E 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE PRECEDENTES PRETENSÃO PROCEDENTE". (Órgão Especial. Ação*

Direta de Inconstitucionalidade nº 2084948-45.8.26.0000. Relator Francisco Casconi. Julgado em 16 de agosto de 2017).

"Arguição de Inconstitucionalidade. Art. 76 da Lei Orgânica do Município de Vera Cruz que assegura aos servidores públicos o direito a incorporação anual dos décimos das diferenças dos vencimentos. ***Lei de origem parlamentar. Matéria relativa aos servidores públicos e ao seu regime jurídico. Violação de iniciativa legislativa exclusiva do Prefeito,*** *conforme o artigo 24, parágrafo segundo, item 4, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes deste Órgão Especial e do STF." (TJ/SP. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056046-53.2016.8.26.0000, rel. Des. MÁRCIO BARTOLI, j. em 30 de novembro de 2016).*

É de valia lembrar também que o Colendo Supremo Tribunal Federal possui entendimento nesse mesmo sentido, como se vê:

"**É da iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos.** Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio da simetria." (ADI 2.192, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2008, P, DJE de 20-6-2008).

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação para, rejeitada a matéria preliminar e indeferido o pedido de extinção da ação, declarar a inconstitucionalidade da parte final do artigo 76 da Lei Orgânica Municipal, com a redação dada pela Emenda nº 55, de 30 de agosto de 2017, de Santa Isabel.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0049006-20.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante JOSÉ CLÁUDIO MARTARELLI, são agravados MINISTÉRIO PÚBLICO, IDEROL S/A EQUIPAMENTOS RODOVIÁRIOS e DESEMBARGADOR MIGUEL ANGELO BRANDI JUNIOR.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 22.811)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente), ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, FRANÇA CARVALHO e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Regimental – Arguição de suspeição e/ou impedimento arquivada – Oposição contra Desembargador da 7ª Câmara de Direito Privado, sob a alegação de parcialidade no julgamento – Inexistência de qualquer fato concreto que possa macular a imparcialidade do arguido – Agravo não provido.

VOTO

Irresignado com a decisão que, com o permissivo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de suspeição/impedimento oposta em face do Desembargador Miguel Brandi, da 7ª Câmara de Direito Privado, no julgamento dos agravos de instrumento nºs 2180760-22.2014.8.26.0000, 2191840-80.2014.8.26.0000 e agravos de instrumento com embargos de declaração nºs 0089509-32.2012.8.26.0224 e 2093853-10.2015.8.26.0000, José Cláudio Martarelli interpôs agravo regimental, sob a alegação de parcialidade no julgamento.

Contraminuta às fls. 24/27 e 32.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a arguição de suspeição é meio pelo qual *a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

Acesso ao Sumário

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Procesual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), acerca do significado da expressão "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", contida no art. 135, inciso V, do CPC, de mesmo teor da norma do art. 145, IV, do NCPC, *o que o enunciado da lei quer exprimir com essas palavras é que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa* ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio****.*

Não se indicou especificamente qual o interesse do ilustre Desembargador na solução da causa. A propósito, instado a se manifestar a respeito do agravo, Sua Excelência reiterou os argumentos já apresentados quando de sua manifestação na arguição, ou seja, que não conhece qualquer uma das partes, e limitou-se a apreciar as questões jurídicas – sem qualquer valoração pessoal – que lhe foram submetidas.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da arguição de suspeição e nem a justificam quando inexistente o dolo, cabendo à parte, nessas hipóteses, valer-se do recurso adequado.

É imposição Constitucional que serão fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (art. 93, inciso IX, Constituição Federal) e entendimento consolidado perante o Supremo Tribunal Federal, que *a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes* (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-01, 2ª Turma, *DJ* de 23-11-07). **No mesmo sentido**: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-09, 2ª Turma, *DJE* de 20-3-09.

Não importam em prejulgamento os argumentos objetivos constantes da decisão de forma a justificar o *decisum*.

Inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Bem de ver que, nas razões do agravo, o agravante não apresentou

novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Destarte, ausentes os requisitos legais, era mesmo o caso de rejeição liminar da arguição de suspeição/impedimento.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2132543-40.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LEGATUS ASSESSORIA EMPRESARIAL E INFORMÁTICA S/C LTDA. e GEODATA INFORMÁTICA MUNICIPAL LTDA., é agravado PRESIDENTE DO TRIBUNAL 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. 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 28.799)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Agravo Interno

Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Pedido de reconsideração (agravo interno) interposto nos autos de sequestro que não foi recebido, em conformidade com o artigo 269, do RITJSP.

Acesso ao Sumário

Agravo interposto contra decisão monocrática que indeferiu a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução de mérito, dada a sua inépcia – Pedido de reforma consubstanciado em reiteradas alegações – A petição inicial está eivada pela inépcia, porquanto ininteligível (RT 508/205) – 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 monocrática que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Legatus Assessoria Empresarial e Informática Ltda. e outro contra ato do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito, com fundamento no artigo 10 da Lei nº 12.016/2009, combinado com o artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil. Aduz, em síntese, que o motivo do mandado de segurança interposto, conforme as razões expostas na inicial é a denegação do agravo regimental ao fundamento de que o artigo 269, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça não admite esse tipo de recurso, na espécie. Pede seja reformada a decisão agravada.

Manifestação do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, a fl. 408/411.

Petição da agravante a fl. 433/459, e manifestação da Procuradoria Geral do Estado a fl. 461/462.

É o relatório.

2. De fato, em juízo de cognição, notou-se balda formal de ininteligência da petição inicial, azo pelo qual emergiu a decisão monocrática de fl. 437/444, que peço vênia para aqui transcrever para melhor e exata compreensão do teor da petição primeira:

"(...) 2. Impõe-se o reconhecimento da inépcia da petição inicial.

As autoras impetraram mandado de segurança em face do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deduzindo em síntese que interpuseram agravo regimental nos autos do processo nº 0000479-81.2009.8.26.0000 (Sequestro), o qual não foi recebido, nos termos da decisão de fl. 404. Postulam, assim, a concessão da ordem, ratificando os termos do agravo regimental interposto, a fim de que sejam refeitos os cálculos pela DEPRE.

Acesso ao Sumário

Consta da petição inicial:

"(...) interpôs o anexo agravo regimental, para que revistos os fundamentos do pedido, fosse admitido o seu processamento, com fundamento no artigo 317 e seus parágrafos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que tem aplicação subsidiária ao Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça, para que afinal se corrigissem pela DEPRE os valores com a inclusão dos juros continuados que foram indevidamente excluídos, cumprindo-se as determinações contidas nas decisões constantes das decisões dos VV. Acórdãos proferidos pelo Órgão Especial para se ajustar o real valor do precatório, cujo recurso constante de fls. 674/1.053 recebeu a seguinte decisão monocrática: 'Mantenho o despacho de fls. 671, por seus próprios fundamentos, não infirmados pelas alegações de fls. 674/1.053, bem como deixo de receber o pedido como agravo interno, porque incabível, em conformidade com o art. 269, do RIT', tal decisão viabiliza o cabimento do presente 'writ'." *(sic)* (fl. 03).

E prosseguem as impetrantes:

"Ratificam as Impetrantes a sua petição mencionada no item 02 retro, da qual originou-se as alegações de fls. 674/1.053 mencionadas pelo Douto Relator, – Agravo Regimental – também ora ratificado – para que fiquem fazendo parte integrante e complementar do presente 'writ' sem que haja necessidade de repeti-lo para que surtam seus jurídicos e legais efeitos, razão pela qual tendo em vista a anexação do agravo regimental em seu inteiro teor bem como do pedido originário e todos os seus anexos, dever-se-á também no presente mandado de segurança julgar-se o pedido originário negado pelo Douto Relator, que foi reiterado pelo Agravo Regimental também indeferido, para que as ordens já emanadas desse Colendo Tribunal através dos Venerandos Acórdãos proferidos pelo seu mais alto escalão – ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – sejam finalmente cumpridas, procedendo a Contadoria do Tribunal o refazimento das contas nos exatos termos dos doutos arestos editados constantes anexos ao pedido originário e ao agravo regimental constante do presente 'writ'." *(sic)* (fl. 07/08).

A petição inicial é absolutamente ininteligível, não tendo como se depreender do arrazoado o mínimo de elementos necessários à compreensão da matéria e os fundamentos do pedido.

A sistemática processual civil moderna guarda estrutura de análise de tese, antítese e síntese, correspondendo, pois, a petição inicial à "tese", pelo que o repertório vigente elenca requisitos que a peça deve conter, dentre eles a causa de pedir, que tanto se refere à próxima, como à remota.

A causa de pedir é elemento essencial da petição inicial,

Acesso ao Sumário

assim como seu alinhavo correspondente ao pedido, pois diante deles é que a parte contrária produz a antítese, desenvolvendo, pois, a resistência à pretensão.

Verifica-se, pois, que a petição inicial não mostra a *causa petendi* devidamente desvendada, sem se olvidar que a peça peca pela falta de pedido.

Ora, inépcia da inicial é a irregularidade formal gravíssima que impede, de forma absoluta, que o órgão jurisdicional se pronuncie sobre o direito de que o autor se diz titular. Não é inepta a inicial quando da narrativa dos fatos decorrer logicamente o pedido, o que, todavia, não é o caso dos autos.

Segundo Pontes de Miranda em seus "Comentários ao Código de Processo Civil (Forense, Tomo IV, p. 127), "a inépcia há de ser evidente. Se não é inépcia que manifestamente se revele, o juiz não pode indeferir a petição."

(...)

Na falta de indispensável silogismo, tem-se como inepta a petição inicial, porquanto não é possível ao juiz apreciar sob qualquer ângulo o pedido e o direito do autor.

Na lição de Antunes Varela:

"A petição inicial é o articulado em que o autor propõe a acção. Esta é a sua função específica. Ao propor a acção, o autor formulará a pretensão de tutela jurisdicional que visa obter e exporá as razões de facto e de direito em que a fundamenta. (...) E a sua importância basilar resulta precisamente de não haver concessão oficiosa da tutela jurisdicional. (...) Se a petição contiver deficiências de caráter substancial, que irremediavelmente comprometam a sua finalidade, será considerada inepta. E a ineptidão da petição inicial, determinando a nulidade de todo o processo (...) é uma das causas de indeferimento liminar da petição (...). As causas de ineptidão da petição (...) são as seguintes: a) falta ou ininteligibilidade da indicação do pedido ou da causa de pedir; (...) b) (...) sendo ininteligível a indicação do pedido e da causa de pedir, haja, todavia, contradição intrínseca ou substancial insanável entre um e outra. c) (...) quando nela se cumulem pedidos substancialmente ou intrinsecamente inconciliáveis entre si" (Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora. Manual de Processo Civil, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 243-246).

***In casu*, as impetrantes limitaram-se a alegar, de forma confusa e desordenada, a ilegalidade do despacho do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, que deixou de receber o agravo interno, nos autos de Sequestro, com base no disposto no artigo 269, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, ao argumento de que fundamentaram seu agravo regimental nos artigos 258 e 259 do**

Acesso ao Sumário

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, "com aplicação subsidiária", requerendo a final o julgamento do próprio recurso. Dessa forma, mais uma vez, o *writ* apresenta-se incompreensível, desfundamentado e, portanto, manifestamente inepta sua petição inicial.

Importante trazer à baila a lição de Calmon de Passos, segundo a qual "a petição inicial, ato processual típico pode, consequentemente, ser defeituosa, E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo" (Cf. Calmon de Passos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, p. 286).

(...)

De outro lado, anota-se que o rito sumariíssimo do *writ of mandamus* não admite emenda da petição inicial, por expressa disposição do artigo 10 da Lei nº 12.016, de 2009, que repetiu o teor do artigo 8º da Lei nº 1.533, de 1951, e determina o indeferimento da inicial desde logo quando ela não se encontrar apta à cognição (Cf. STJ, REsp nº 65.486/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, DJ 15.09.1997, p. 44.336).

Nessa esteira, outra não é a solução senão o indeferimento da petição inicial, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 10 da Lei nº 12.016/2009, combinado com o artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil." (fl. 438/444).

Desse modo, nota-se em perfeita clareza, que a postulação é completamente confusa e ininteligível, de tal arte que da narrativa não decorre o pedido, aliás, repita-se, nenhum pedido, azo pelo qual o indeferimento da petição inicial é a única solução plausível.

Nesse diapasão, a petição inicial está eivada pela inépcia, porquanto ininteligível (RT 508/205).

N'outro bordo, também não há falar em sanação de vícios iniciais com determinação de emenda da petição inicial, *ex vi* da inteligência do artigo 10, da Lei nº 12.016/2009.

3. À vista do exposto, mantida a decisão agravada, e, pelo arrimo esposado, nego provimento ao recurso interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2134329-56.2016.8.26.0000/50012, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GRAZIELA CARLA FRAGNITO, é agravada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.910)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da sentença que determinou a nomeação e posse da candidata aprovada em concurso público – Evidenciado o risco de grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas – Situação excepcional que autoriza a Administração a deixar de nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas, nos termos do decidido no Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, com repercussão geral reconhecida – Potencial efeito multiplicador – Agravo não provido.

VOTO

Inconformada com a decisão que deferiu o pedido de suspensão dos efeitos da sentença proferida nos autos do mandado de segurança nº 1037939-76.2016.8.26.0053, Graziela Carla Fragnito interpôs agravo interno sob a

alegação de ausência dos pressupostos autorizadores da suspensão, bem como de inexistência de risco de grave lesão a interesses públicos relevantes.

Contraminuta a fls. 11/17.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, a suspensão dos efeitos da sentença é medida excepcional e urgente destinada a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, quando manifesto o interesse público primário, jamais importando sucedâneo de recurso de apelação.

Por não ter natureza recursal, este incidente não admite a apreciação das provas ou o reconhecimento de nulidades processuais, cabendo apenas o exame da efetiva ou possível lesão aos bens de interesse público tutelados.

Na hipótese em apreço, a decisão determinou a nomeação e posse da agravante, aprovada em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital.

Na espécie, ao contrário do afirmado pela agravante, estavam presentes os pressupostos necessários à suspensão da decisão, não existindo, nas razões do agravo, argumentos suficientes a rechaçar esse entendimento.

Conforme ponderado na decisão hostilizada, a manutenção da decisão de primeira instância, naquele momento, possuía potencial para acarretar dano maior aos bens jurídicos tutelados, pois, conforme comprovado pela pessoa política, não havia créditos orçamentários suficientes nem sequer para o cumprimento das obrigações já assumidas, razão pela qual seria temerário e irresponsável assumir novas despesas com a nomeação dos candidatos remanescentes do concurso, a despeito de se tratar de área sensível como a saúde.

Não se pode olvidar que os editais dos concursos questionados foram lançados em 2013, quando sabidamente o cenário econômico era bem diverso do atual. Nessa linha, demonstrou a Municipalidade que a arrecadação do exercício de 2016 foi inferior à previsão orçamentária, e a projeção para o ano de 2017 era de redução ainda mais expressiva (7,5%).

Tal situação excepcional autoriza a Administração Pública a deixar de nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas, nos termos do decidido no Recurso Extraordinário n. 598.099/MS, com repercussão geral reconhecida.

É possível entrever, no caso presente, os requisitos exigidos pelo Supremo Tribunal Federal para justificar, de forma extraordinária, o não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração, a saber: *"a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público;*

Acesso ao Sumário

b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível" (v. RE 598.099/MS).

Cumpre realçar, ainda, a possibilidade concreta de que centenas de outros candidatos ingressem com ações visando à nomeação, advindo o risco do efeito multiplicador das decisões preferidas contra o Poder Público.

Destarte, presentes os requisitos legais, era mesmo o caso de deferimento da suspensão dos efeitos da sentença.

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

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0040453-47.2017.8.26.0000, da Comarca de São Manuel, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM 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 30.991)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.
MOACIR PERES, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 43, § 12 da Lei Municipal nº 2.180/96 de São Manuel – Legislação municipal que determina o cálculo sobre o salário-base – Violação do disposto no art. 7º, XVI e 39, § 3º da Constituição Federal – Incidência sobre a remuneração – Inconstitucionalidade configurada – Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade, suscitada pela Colenda 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, contra o art. 43, § 12 da Lei Municipal nº 2.180/96 de São Manuel.

O órgão fracionário, em v. acórdão que teve a relatoria do ilustre Des. Djalma Lofrano Filho, entendeu que, *"(...) a legislação municipal padece de vício, por malferir o disposto nos arts. 7º, XVI e 39, § 3º da Constituição Federal, que estabelecem, como direito do servidor público, a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, entendendo-se por remuneração 'normal', por óbvio, o vencimento integral do servidor"* (fls. 223).

Por essa razão, invocando a cláusula de reserva de plenário, suscitou o presente incidente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do incidente (fls. 237/244).

É o relatório.

O incidente de inconstitucionalidade é procedente.

O Estatuto dos Funcionários do Município de São Manuel, em seu artigo 43, § 12, assim estabeleceu:

"§ 12 – As horas extraordinárias serão remuneradas com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal, ***calculada sobre o vencimento básico do funcionário****" (g.n.).*

Com razão, a Câmara suscitante entendeu que as horas-extras devem ser calculadas com base na remuneração total dos servidores, "incluídos adicionais temporais, insalubridade, periculosidade e noturno, e excluindo-se vantagens transitórias como vale-transporte, auxílio saúde, auxílio alimentação, etc" (fls. 222/223). Indicou, ainda, que, em casos semelhantes, este C. Órgão Especial

já reconheceu, pelos mesmos motivos, a inconstitucionalidade de legislações de outros Municípios (Arguições de Inconstitucionalidade nº 0024006-18.2016.8.26.0000 e 0091659-13.2011.8.26.0000).

Estipula o art. 7º, XVI da Constituição Federal que o trabalhador tem direito à *"remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal" (g.n.)*, sendo que, por força do art. 39, § 3º da Constituição Federal, tal direito se aplica também aos servidores públicos.

Não se discute, neste passo, o direito ao percebimento das horas extraordinárias, mas, sim, a base de cálculo de incidência da referida vantagem.

Com efeito, o cálculo das horas extraordinárias somente sobre o salário-base, conforme determina a legislação municipal em vigor, especificamente o parágrafo 12 do artigo 43 da Lei Municipal nº 2.180/96, não encontra amparo constitucional, tendo em vista que o art. 7º, inciso XVI da CF, estabelece que o pagamento do serviço extraordinário deve incidir sobre a remuneração normal do servidor, incluindo todas as vantagens por ele percebidas.

De fato, infere-se da redação do art. 7º, XVI, da Constituição Federal, a menção à remuneração normal dos servidores como base de cálculo a ser utilizada. No caso, o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Manuel estabelece que "remuneração é o vencimento do cargo acrescido das vantagens pecuniárias estabelecidas em lei" (art. 33 da Lei Municipal nº 2.180/96).

À evidência, a base de cálculo para fins de horas-extras deve corresponder ao salário base acrescido das demais vantagens regularmente percebidas que, incorporadas, formam a remuneração do servidor.

Desse modo, tendo o dispositivo em questão previsto como base de cálculo das horas extraordinárias devidas aos servidores municipais o vencimento básico do funcionário, em vez da sua remuneração normal, contraria os artigos 7º, inciso XVI e 39, § 3º, da Constituição Federal.

É esse o entendimento firmado, em casos semelhantes, por este C. Órgão Especial:

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 128, § 1º DA LEI MUNICIPAL Nº 3.800/91 DO MUNICÍPIO DE SOROCABA – BASE DE CÁLCULO DAS HORAS-EXTRAS – LEI MUNICIPAL QUE DETERMINA O PAGAMENTO DAS HORAS-EXTRAS SOBRE O VENCIMENTO – OFENSA AOS ARTIGOS 7º, XVI, E 39, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCIDÊNCIA SOBRE A REMUNERAÇÃO E NÃO APENAS SOBRE O VENCIMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA" (TJSP; Arguição de Inconstitucionalidade 0024006-18.2016.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Sorocaba – 1ª Vara Fazenda Pública; Data do*

Acesso ao Sumário

Julgamento: 31/08/2016; Data de Registro: 01/09/2016).

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Complementar nº 350/99, de Santos – Determinação de que, na remuneração de horas extras, seja adotada, como base de cálculo, o padrão de vencimentos dos servidores públicos. Inconstitucionalidade material – Incompatibilidade com os artigos 7º, XVI e 39, § 3º, da Constituição Federal – Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente – Determinação de retorno dos autos à Colenda Câmara suscitante, para prosseguir o julgamento da apelação cível" (TJSP; Arguição de Inconstitucionalidade 0044311-96.2011.8.26.0000; Relator: Carlos de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Santos – 2ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/08/2011; Data de Registro: 26/08/2011).

"Arguição de inconstitucionalidade. Art. 3º, parágrafo único, da Lei complementar nº 350/99, do Município de Santos que determina sejam calculadas as horas extras sobre o salário base do servidor. Inconstitucionalidade material. Ocorrência. Acolhimento do presente incidente com remessa dos autos ao órgão fracionário para apreciação da apelação interposta" (TJSP; Arguição de Inconstitucionalidade 0091659-13.2011.8.26.0000; Relator: Reis Kuntz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Santos – 1ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/08/2011; Data de Registro: 31/08/2011).

Nesse sentido, inclusive, entende o Tribunal Superior do Trabalho no Enunciado de nº 264: "A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa".

Salienta-se, ainda que os Municípios gozem de autonomia para legislar sobre assuntos de interesse local, tal qual as normas aplicáveis aos seus servidores públicos, essa capacidade de auto-organização e de autolegislação deve ser exercida em respeito às normas estabelecidas na Constituição Federal e Estadual, o que não se constata no caso.

Ante o exposto, acolhe-se a arguição, para declarar a inconstitucionalidade do § 12, do artigo 43 da Lei Municipal nº 2.180/96, do Município de São Manuel, com determinação de remessa dos autos ao órgão fracionário para que dê continuidade ao julgamento da apelação interposta.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0051900-32.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 23ª 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 23ª 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 29653/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação de obrigação de fazer – Ajuizamento com a pretensão de obter a transferência externa de curso superior de medicina, conforme edital elaborado pela demandada – Objeto da lide que diz respeito a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviço escolar, firmado com instituição de ensino superior particular, e não diretamente a questões de ensino em geral – Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III – Redistribuição para a Câmara suscitada – Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a demanda versa sobre relação contratual de serviços educacionais, cuja competência recursal pertence às Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado.

Foi interposta apelação contra a r. sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer, condenando a demandada a efetivar a transferência externa do demandante de curso de Medicina, sem condicionar ao pagamento de matrícula por ser beneficiário do FIES.

A distribuição foi feita, inicialmente, à 23ª Câmara de Direito Privado, que remeteu o caso a uma das Câmaras de Direito Público, e a 12ª Câmara de Direito Público, por sua vez, declinou de sua competência para a Seção de Direito Privado, suscitando a presente dúvida.

É o relatório.

Como se tem decidido, a competência firma-se pelos termos do pedido inicial, a teor do art. 103 do RITJSP.

Como se vê, o cerne da discussão é a pretensão de obter a transferência, sem cobrança de matrícula, do autor dentro de curso superior de Medicina, conforme Edital nº 004/2016 da Universidade Santo Amaro (UNISA).

Com efeito, não se trata diretamente de questões de ensino em geral, de competência da Seção de Direito Público, mas sim de obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviço escolar, o qual foi firmado com instituição de ensino superior particular. Desse modo, a solução não diz respeito aos interesses do ensino em si, mas sim a conflito decorrente de negócio jurídico celebrado entre particulares.

Nos termos da Resolução nº 623/2013, com alterações feitas por resoluções dos anos de 2015 e 2016, a competência para julgar ações sobre "locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia", conforme o disposto no § 1º do art. 5º, pertence às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado (Subseções II e III).

Sobre o tema, confira-se:

Conflito de Competência. Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização – Prestação de serviços – Instituição de ensino superior – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 28ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu dos recursos – Autos redistribuídos a 11ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais – Demanda que não envolve matéria afeta ao direito público, mas adimplemento, por particular, de obrigações decorrentes de contrato de prestação de serviços escolares – Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos. (Conflito de Competência nº 0031448-98.2017.8.26.0000 – Órgão Especial – Itu – Rel. Ricardo Anafe – J. 16/08/2017)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – POSTULAÇÃO À MANUTENÇÃO DA MATRÍCULA NO 7º SEMESTRE DO CURSO DE ODONTOLOGIA – PRETENSÃO À FREQUÊNCIA REGULAR DAS DISCIPLINAS DE TAL ETAPA – AUTORIZAÇÃO PARA INSCRIÇÃO E REALIZAÇÃO CONCOMITANTE DAS PROVAS DE RECUPERAÇÃO DO ALUNO ("PRA'S"). A discussão trazida à baila reporta-se à interpretação das cláusulas contrato de prestação de serviços de ensino e aos regulamentos internos da instituição, e desse modo, revela matéria submetida às regras de Direito Privado. Assim, incide à hipótese a regra do artigo 5º, parágrafo 1º, da Resolução TJSP 623/2013 que atribui à Seção de Direito Privado a competência recursal para: "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". COMPETÊNCIA DA E. 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. CONFLITO ACOLHIDO, PARA PROCLAMAR COMPETENTE A COLENDA CÂMARA SUSCITADA. (Conflito de Competência nº 0037070-61.2017.8.26.0000 – Órgão Especial – São Paulo – Rel. Amorim Cantuária – J.18/10/2017)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Rematrícula em universidade particular. Pedido do autor que veio apoiado em três fundamentos principais, todos envolvendo relação de direito pessoal, a saber: (a) inexigibilidade do pagamento de mensalidades como condição para matrícula (diante do que havia sido combinado inicialmente entre os contratantes); b) nulidade de qualquer obrigação pecuniária que tenha sido atribuída ao aluno (em razão de vício decorrente de propaganda enganosa) e (c) descumprimento contratual, porque a responsabilidade pelo pagamento das prestações do FIES teria sido assumida pela própria instituição, que agora nega o cumprimento da obrigação. Controvérsia cujo desfecho, em princípio, depende apenas (ou na maior parte) do exame e interpretação do contrato firmado entre os interessados (particulares) com base em regras de direito privado, daí a incidência da regra do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 que atribui à Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

a competência recursal para: "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". Conflito procedente. Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado. (Conflito de Competência nº 0040530-56.2017.8.26.0000 – Órgão Especial – Sorocaba – Rel. Alex Zilenovski – J. 27/09/2017)

Bem observou a douta Procuradoria Geral de Justiça que "a pretensão inicial não tem como escopo solucionar conflito de interesses relacionado ao próprio ensino, ou seja, às questões educacionais propriamente ditas, mas, sim, resolver os efeitos jurídicos que irradiam da mencionada prestação de serviço acadêmico, consoante pactuado entre as partes, haja vista a existência de prévio Edital para "(...) oferta de vagas remanescentes para ingresso no Curso de Medicina, do 2º ao 5º semestre do ano letivo de 2016. (...) nestes autos eletrônicos, o que se debate e *(sic)* é o fundamento da pretensão inicial, é o adimplemento do pacto de prestação de serviço educacional posto pelo Edital n. 004/2016, sem qualquer controvérsia ou conflito quanto a critério didático-científico ministrado".

Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a C. Câmara suscitada para conhecer e julgar a Apelação nº 1010364-52.2016.8.26.0002.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0054188-50.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 34ª 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 34ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS,

Acesso ao Sumário

MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Ação de indenização – Prestação de serviços educacionais – Instituição de ensino superior – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 34ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu agravo de instrumento – Autos redistribuídos a 7ª Câmara de Direito Público, que não conheceu da apelação e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais – Ação que versa sobre obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre o autor e a ré – Obrigações que irradiam do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado – Competência recursal da 34ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 34ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 7ª Câmara de Direito Público, nos autos da apelação nº 1003926-47.2014.8.26.0562, interposta por Rudney Teixeira de Lima.

Rudney Teixeira de Lima ajuizou ação de indenização em face do Instituto de Educação e Cultura Unimonte S/A, sob a alegação, em síntese, que

era beneficiário do Programa ProUni, com bolsa integral, e, não obstante, a instituição de ensino cobrou-lhe, indevidamente, mensalidades na importância de R$ 3.145,26, com a inclusão do nome do autor no cadastro de inadimplentes. O autor pleiteou, dessa forma, indenização por dano moral e a exclusão do seu nome do cadastro de inadimplentes, além da devolução, em dobro, dos valores indevidamente cobrados (fls. 01/11).

Por sentença proferida pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Santos, a ação proposta por Rudney Teixeira de Lima foi julgada improcedente (fls. 157/160), razão pela qual o autor interpôs recurso de apelação, cujos autos foram distribuídos à 34ª Câmara de Direito Privado.

Por Acórdão proferido pela 34ª Câmara de Direito Privado, em 22 de março de 2017, não conheceram do recurso de apelação e determinaram a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público (fls. 194/197).

Redistribuídos os autos, a Colenda 7ª Câmara de Direito Público suscitou conflito de competência (fls. 204/209).

A DD. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo reconhecimento da competência da 34ª Câmara de Direito Privado, para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 216/221).

É o relatório.

Rudney Teixeira de Lima move ação de indenização, em síntese, alegando que, em 1º de janeiro de 2007, ingressou no curso de Graduação em Administração, mantido pela instituição de ensino ré, conseguindo obter bolsa integral pelo ProUni, ficando, assim, isento dos pagamentos das mensalidades. Alega na inicial, ainda, que o Instituto de Educação e Cultura Unimonte S/A insiste em receber do autor mensalidades no importe de R$ 3.145,26, negativando, também, o seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito.

O Instituto de Educação e Cultura Unimonte S/A, por sua vez, em contestação, em síntese, alegou que a bolsa concedida pelo ProUni foi cancelada pelo MEC, considerando que o autor não teve o aproveitamento mínimo necessário.

Após a ação de indenização ter sido julgada improcedente em Primeiro Grau, a 34ª Câmara de Direito Privado, em sede de recurso de relatoria do Desembargador Carlos Von Adamek, não conheceu da apelação e determinou, em razão da competência, a redistribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Público.

Após redistribuição, o Relator da 7ª Câmara de Direito Público, Desembargador Luiz Sergio Fernandes de Souza, suscitou conflito de competência.

As competências das Seções do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão regulamentadas na Resolução nº 623/2013. No que tange ao

Acesso ao Sumário

presente caso, importa:

"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:

(...)

II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

III.1 – Ações relativas a condomínio edilício; (Redação dada pela Resolução nº 693/2015)

III.2 – Ações de ressarcimento por dano em prédio urbano ou rústico;

III.3 – Ações e execuções oriundas de contrato de alienação fiduciária em que se discuta garantia;

III.4 – Ações relativas a direito de vizinhança e uso nocivo da propriedade, inclusive as que tenham por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto a plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias;

III.5 – Ações e execuções relativas a honorários de profissionais liberais;

III.6 – Ações e execuções relativas a locação de bem móvel ou imóvel;

III.7 – Ações de arrendamento rural e de parceria agrícola;

III.8 – Ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais;

III.9 – Ações e execuções relativas a venda a crédito com reserva de domínio, inclusive as possessórias delas derivadas;

III.10 – Ações e execuções relativas a arrendamento mercantil, mobiliário ou imobiliário;

III.11 – Ações e execuções oriundas de mediação, de gestão de negócios e de mandato;

III.12 – Ações e execuções de crédito de serventuário da justiça, de perito, de intérprete e de tradutor;

III.13 – Ações civis públicas, monitórias e de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matéria de competência da própria Subseção; (Redação dada pela Resolução nº 694/2015)

III.14 – Ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes;

Acesso ao Sumário

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo **(7)**, além da que cuida o parágrafo primeiro.

III.16 – Ações relativas a Previdência Privada; (Incluído pela Resolução nº 693/2015)

§ 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.

§ 2º. Os recursos das ações referidas no parágrafo anterior serão distribuídos às Câmaras de 11ª a 24ª e 37ª e 38ª e às Câmaras de 25ª a 36ª, pela Presidência da Seção de Direito Privado, de modo a manter entre elas equilíbrio na distribuição geral dos recursos".

Como se pode notar, a ação versa sobre obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre o autor e a instituição de ensino ré.

São obrigações, portanto, que irradiam do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado.

Ressalta-se que não se busca na ação intentada a responsabilidade da administração pública *lato sensu*.

Tanto é assim que em nenhuma oportunidade o autor sustenta ilegalidade do ato que cancelou a bolsa integral antes concedida pelo ProUni.

Dessa forma, é caso de aplicação do disposto no artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, do Egrégio Tribunal de Justiça, sendo os recursos, assim, de competência da Seção de Direito Privado.

Não é outro o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA.** Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização – Prestação de serviços – Instituição de ensino superior – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 28ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu dos recursos – Autos redistribuídos a 11ª Câmara de Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais – Demanda que não envolve matéria afeta ao direito público, mas adimplemento, por particular, de obrigações decorrentes de contrato de prestação de serviços escolares – Competência recursal da 28ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos". **(Conflito de competência nº 0031448-98.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 16.08.2017).**

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Rematrícula em universidade particular. Pedido do autor que veio apoiado em três fundamentos principais, todos envolvendo relação de direito pessoal, a saber: (a) inexigibilidade do pagamento de mensalidades como condição para matrícula (diante do que havia sido combinado inicialmente entre os contratantes); b) nulidade de qualquer obrigação pecuniária que tenha sido atribuída ao aluno (em razão de vício decorrente de propaganda enganosa) e (c) descumprimento contratual, porque a responsabilidade pelo pagamento das prestações do FIES teria sido assumida pela própria instituição, que agora nega o cumprimento da obrigação. Certo ou errado, o que o autor pretende, em resumo, é continuar o curso, sem pagamento de mensalidades, porque – de acordo com a narrativa da petição inicial – foi com base nessa condição (isenção) que ele aderiu à proposta da instituição de ensino. Controvérsia cujo desfecho, em princípio, depende apenas (ou na maior parte) do exame e interpretação do contrato firmado entre os interessados (particulares) com base em regras de direito privado, daí a incidência da regra do artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013 que atribui à Seção de Direito Privado a competência recursal para: '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". Conflito procedente. Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado'. (Conflito de competência nº 0050984-32.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 08.03.2017).

Pelo exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente, a fim de declarar competente a Colenda 34ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0051899-47.2017.8.26.0000, da Comarca de Itararé, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 10ª 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 10ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JOÃO CARLOS SALETTI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.081)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: I. Conflito de competência suscitado em julgamento de apelação cível. Demanda rescisória contratual ajuizada por servidora pública que, voluntariamente, aderiu a plano coletivo empresarial de assistência à saúde odontológica, de natureza privada, todavia, conveniado ao IAMSPE.

II. Pedido de rescisão de contrato privado, com fundamento em desequilíbrio das cláusulas do pacto firmado. Matéria privada. Presença do IAMSPE, entre os corréus, que não determina, por si só, a competência da Seção de Direito Público. Irrelevância da qualificação das partes. Ausência de discussão de contratos ou atos administrativos. Precedentes do Órgão Especial.

III. Conflito julgado procedente, firmada a competência da Câmara suscitada, 10ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pela 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação nº 1000440-93.2015.8.26.0279, oportunidade em que aquele órgão declinou de sua competência julgando que, apesar da presença de pessoa jurídica de direito público no polo passivo, a matéria discutida nos autos era inteiramente relativa

Acesso ao Sumário

a contrato privado que se pretendia nulificar, atuando o IAMSPE, no caso, unicamente como intermediário entre a autora da ação e os demais requeridos (fls. 327/332).

A 10ª Câmara de Direito Privado, contudo, também já declinara de sua competência para julgamento da questão, entendendo tratar-se de ação cuja matéria se inseria na competência da Seção de Direito Público, por ter sido a ação ajuizada contra o IAMSPE, pessoa de direito público, que firmou com as demais requeridas convênio para proporcionar a seus associados plano de assistência odontológica (fls. 316/318).

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do conflito, para que seja reconhecida a Câmara suscitada, 10ª Câmara de Direito Privado, como competente para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 341/345).

2. **O conflito deve ser julgado procedente para firmar a competência da Câmara suscitada, 10ª Câmara de Direito Privado**. Com efeito, a definição de competência dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive nas instâncias superiores, rege-se pela matéria, que é extraída dos elementos identificadores da ação (partes, causa de pedir e pedido), os quais são fixados pelo demandante na petição inicial.

Esse é o teor do artigo 100 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. Trata-se, *in casu*, de apelação cível oriunda de demanda rescisória contratual ajuizada por servidora pública que, voluntariamente, aderiu a plano coletivo empresarial de assistência à saúde odontológica, de natureza privada, todavia, conveniado ao IAMSPE.

Alega-se o desequilíbrio das cláusulas do contrato firmado, requerendo a autora, por decorrência, a sua rescisão, com devolução dos valores pagos. Aponta-se, por fundamento da nulidade do contrato, o artigo 51, parágrafo 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (fls. 01/06).

Acesso ao Sumário

4. A *causa petendi* verificada nestes autos volta-se, portanto, de forma clara, ao direito consumerista, e não há nos autos discussão referente quer à validade ou às cláusulas do convênio firmado pelo IAMSPE com as demais requeridas, quer relativa a qualquer ato administrativo. Discute-se, unicamente, o desequilíbrio do contrato privado de plano de assistência odontológica empresarial firmado entre a autora e as requeridas, com intermediação da referida entidade pública.

A matéria em apreço, portanto, independentemente da qualificação das partes, **é atinente ao Direito Privado**, sendo **irrelevante**, para fins de fixação

de competência, que uma das **entidades rés seja de natureza pública**.

O que se requer é a rescisão de contrato privado de plano de saúde odontológico, apenas intermediado por ente de natureza pública.

Dessa forma, incide a regra do artigo 5º, inciso I, I.23, da Resolução nº 623, que elenca, dentre as competências da Primeira Subseção de Direito Privado, aquela para julgamento de *"[a]ções e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos"*.

5. Nesse sentido já decidiu este **Órgão Especial** em casos recentes, em hipóteses bastante assemelhadas: *"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer. Contrato de assistência médico-hospitalar firmado entre servidores públicos e entidade de natureza privada, então vinculada ao Município de Porto Ferreira. Resolução nº. 623/2013, art. 5º, inc. I, 'I.23'. Irrelevante que figura ente público no polo passivo da ação, haja vista que a competência não se dá pela qualidade das partes, mas em observância a natureza jurídica da relação existente no conflito levado à apreciação do Poder Judiciário. Conflito julgado procedente para declarar como competente a 09ª Câmara da Seção de Direito Privado, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto."*[1]

Ainda: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – RESTABELECIMENTO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE – OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA PRIVADA EXISTENTE ENTRE SERVIDORES MUNICIPAIS E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO – COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DESTE TRIBUNAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, I.23, DA RESOLUÇÃO TJSP Nº 623/2013 – CONFLITO PROCEDENTE".[2]

Resta competente para julgamento da mencionada apelação, portanto, a Câmara suscitada, 10ª Câmara de Direito Privado.

6. Isto posto, julga-se procedente o conflito para estabelecer a competência da 10ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, em razão da regra do art. 5º, inciso I, I.23, da Resolução nº 623/2013, e artigo 100 do Regimento Interno desta Corte.

Remetam-se os autos à Câmara suscitada.

1 TJSP; Conflito de competência 0022030-39.2017.8.26.0000; Relator: Péricles Piza; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Porto Ferreira – 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 09/11/2017

2 TJSP; Conflito de competência 0040521-94.2017.8.26.0000; Relator: Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Porto Ferreira – 2ª Vara; Data do Julgamento: 20/09/2017; Data de Registro: 25/09/2017

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0054007-49.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.152)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Ação de usucapião de bem imóvel – Apelação do Município de São Paulo – Alegação de que há necessidade de prova técnica, na medida em que a descrição da situação do imóvel é imprecisa e poderia estar localizado, em parte, em área pública pertencente ao Município – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 4ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, representou ao Excelentíssimo Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça – Autos redistribuídos à 11ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente à usucapião de bem imóvel, independentemente da

Acesso ao Sumário

alegação ou comprovação de se tratar de bem público – Matéria de competência recursal da 4ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta pelo Município de São Paulo contra decisão que, em ação de usucapião, julgou procedente o pedido (fl. 145/147).

Os autos foram distribuídos à Colenda 4ª Câmara de Direito Privado que, por decisão monocrática do eminente Relator, declinou da competência e representou ao Excelentíssimo Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado deste Eg. Tribunal de Justiça para "que S. Excelência se digne a determinar a redistribuição do presente recurso para uma das Câmaras competentes" (fl. 166/167).

Redistribuídos os autos, a Colenda 11ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 175/179).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 4ª Câmara de Direito Privado para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 185/191).

É o relatório.

2. Carlos Vaz de Jesus e Sulamita Souza de Lima movem ação de usucapião especial urbano, objetivando lhes seja declarado o domínio sobre o imóvel localizado na Rua Urubiatá, nº 86, Jardim Marco Polo, Guarapiranga, na cidade de São Paulo, descrito na inicial.

Julgado procedente o pedido (fl. 145/147), insurge-se o Município de São Paulo interpondo a Apelação Cível nº 1094916-49.2013.8.26.0100, ao argumento de que há necessidade de prova técnica, na medida em que a descrição da situação do imóvel tal como evidenciada nos autos é imprecisa e poderia estar localizado, em parte, em área pública (fl. 150/158).

A Resolução nº 623/2013, que dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de suas Seções, assim estabelece em seu artigo 5º:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em

Acesso ao Sumário

3 (três) Subseções, assim distribuídas:

I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.15 Ações de usucapião de bem imóvel;

(...)

II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)"

Na espécie, cumpre ressaltar que a questão de fundo diz respeito à usucapião de bem imóvel que, segundo alegado pelo Município de São Paulo em seu recurso, "há a necessidade de demonstrar cabalmente a área do imóvel usucapiendo, nos termos do artigo 1071 Código de Processo Civil, com relação a sua situação fática, informando a real área usucapienda, bem como suas medidas e ângulos, para que seja constatada eventual interferência com bens públicos" (fl. 155). Dessa forma, a ação de usucapião visa a obtenção da propriedade do imóvel objeto, cujo exame perpassa pela natureza do bem e, se é suscetível ou não desse modo privado de aquisição da propriedade. Essa é a causa de pedir da ação.

Sobre o tema, confiram-se os julgados deste Colendo Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação interposto em ação de usucapião – Competência para exame e julgamento do recurso que se firma segundo o pedido inicial, consoante o disposto no artigo 100 do RITJSP, sendo irrelevante a apresentação de fatos modificativos do direito do autor pelo réu – Alegação da Municipalidade de que o imóvel usucapiendo situa-se em área de preservação permanente e é fruto de parcelamento ilegal do solo, portanto, que não tem o condão de alterar a competência para apreciação da questão posta nos autos – Solução da controvérsia, destarte, que se insere apenas pelo exame da viabilidade da arguição de prescrição aquisitiva da área, sem qualquer reflexo em questões ambientais – Precedentes desta Corte – Atribuição que, nesse passo, insere-se dentre aquelas conferidas às 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo, na forma do que dispõe o artigo 5º, inciso I, item I.15, da Resolução nº 623, de 6/11/2013, deste Tribunal de Justiça – Conflito conhecido e provido

Acesso ao Sumário

para fixar a competência da suscitada 2ª Câmara de Direito Privado para processar e julgar o presente recurso." (Conflito de Competência nº 0016884-85.2015.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27/05/2015).

"Conflito de competência. Ação de usucapião. Inexistência de registro atualizado. Imóvel objeto de concessão de direito real de uso. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 10ª Câmara de Direito Privado, da 1ª Subseção de Direito Privado (DP-1)." (Conflito de Competência nº 0057148-47.2015.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 27/04/2016).

"EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO – ALEGAÇÃO DE INTERESSE DA FAZENDA PORQUE O IMÓVEL USUCAPIENDO ENCONTRA-SE EM TERRAS DEVOLUTAS – COMPETÊNCIA FIXADA EM RAZÃO DA MATÉRIA, INDEPENDENTE DA QUALIDADE DAS PARTES – APLICAÇÃO DO ARTIGO 103 DO REGIMENTO INTERNO, DO PROVIMENTO Nº 63/2004 E DA RESOLUÇÃO 194/2004, DESTE TRIBUNAL – PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO CONHECIDO E PROVIDO PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA SUSCITADA 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO PARA JULGAR E PROCESSAR O PRESENTE RECURSO." (Conflito de Competência nº 0036241-51.2015.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. 16/09/2015).

Vê-se, assim, que incide na hipótese a regra prevista no artigo 5º, inciso I.15, da Resolução nº 623/2013, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que atribui às 1ª a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado a competência para o conhecimento e julgamento das ações de usucapião de bens imóveis.

Nesse passo, aplicada a regra de competência recursal vigente, resta afastada a competência da Colenda 11ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça e necessariamente fixada a competência da Colenda 4ª Câmara de Direito Privado para a apreciação do recurso interposto.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado (suscitada), que compõe a Subseção de Direito Privado I, para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045330-30.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. PEREIRA CALÇAS. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.921)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente, com declaração), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EXTRAÍDO DE AÇÃO DE CONHECIMENTO QUE DISCUTE AS EXIGÊNCIAS DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL DE EMPRESA – CAUSA DE PEDIR RELACIONADA AO LIVRO II DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL – COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 103 DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 6º DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, AMBOS DESTE TRIBUNAL – CONFLITO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em relação à 6ª Câmara de Direito Público, ambas deste Tribunal, nos autos do Agravo de Instrumento extraído da ação de conhecimento proposta por Clínica Médica contra a Junta Comercial do Estado, em função da recusa de tal órgão em registrar a alteração de seu contrato social.

A 6ª Câmara de Direito Público sustenta que o indeferimento pela Junta Comercial se deu pela exigência de comprovação de quórum mínimo de 3/4 do capital social e também por conta da presença de sócio falecido, portanto, a análise da controvérsia exige análise do direito material da relação jurídica existente entre as partes, matéria de Direito Empresarial.

A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial entende que o feito envolve controle de ato administrativo da Junta Comercial.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

É o relatório.

A competência recursal firma-se pelos termos do pedido inicial deduzido em juízo, consoante artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal 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"*.

Na origem, cuida-se de ação de conhecimento proposta por MEDCOR Centro Médico Cardiológico de Osasco Ltda contra a Junta Comercial do Estado de São Paulo com o objetivo do registro da mudança de endereço da sede. Segundo o autor da demanda, no âmbito administrativo, a Jucesp apresentara ao menos três argumentos para indeferir o seu pedido: (a) quórum de 3/4 dos sócios, (b) comprovação da convocação da inventariante do espólio do sócio falecido, e (c) apresentação de ata em documento apartado.

Destarte, a matéria posta em juízo que diz respeito à legalidade das exigências da Jucesp, está inserida no Direito Empresarial, Livro II da Parte Especial do Código Civil. Não se trata, pois, de um mero controle do ato administrativo.

Assim, a Resolução nº 623/2013 deste Tribunal dispõe que:

***Art. 6º**. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Privado a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que formarão o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, com competência, excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações*

Acesso ao Sumário

principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), as que envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, e franquia (Lei nº 8.955/1994).

Com efeito, a competência para análise e julgamento do recurso de agravo de instrumento pertence às Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.

Por todo o exposto, julgo procedente o conflito para declarar competente a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial deste Tribunal para conhecer e julgar o agravo de instrumento interposto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 29.908)

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DISCUSSÃO SOBRE EXIGÊNCIAS DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO PARA ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL DE EMPRESA – CAUSA DE PEDIR RELACIONADA À MATÉRIA EMPRESARIAL – COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 103 DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 6º DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, AMBOS DESTE TRIBUNAL – CONFLITO PROCEDENTE PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL.

Acesso ao Sumário

Trata-se de conflito de competência, suscitado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em relação à 6ª Câmara de Direito Público, nos autos do Agravo de Instrumento extraído da ação de conhecimento proposta por Clínica Médica contra a Junta Comercial do Estado, em função da recusa de tal órgão em registrar a alteração de seu contrato social.

A 6ª Câmara de Direito Público sustenta que o indeferimento pela Junta Comercial se deu pela exigência de comprovação de quórum mínimo de 3/4 do capital social e, também, por conta da presença de sócio falecido, questões que exigem exame do direito material da relação jurídica existente entre as partes, matéria de Direito Empresarial.

Por outro lado, a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial entende que o feito envolve controle de ato administrativo da Junta Comercial.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

É o relatório.

Embora em consonância com a conclusão eleita pelo voto eleito condutor, peço vênia para pontuar meus fundamentos sobre o tema.

Como destaca Fábio Ulhoa Coelho, os diversos atos praticados pela Junta Comercial são claramente distinguíveis entre, de um lado, os regidos pelo direito administrativo e, de outro, os disciplinados pelo direito comercial.

Quando, por exemplo, abre concurso público para prover cargos de seu quadro funcional ou licita a contratação de bens ou serviços, de que necessita para cumprir suas elevadas funções, a Junta Comercial pratica atos administrativos cuja regência se assenta em princípios e regras de direito público.

Por outro lado, ao arquivar um contrato social de sociedade limitada ou autenticar livros mercantis, por exemplo, a Junta Comercial pratica atos registrais, que não estão disciplinados em normas de direito administrativo ou público.

Os atos registrais praticados pela Junta Comercial estão disciplinados em normas de direito privado (direito comercial, também chamado de "empresarial"), que se encontram no Código Civil (arts. 1.150 a 1.154) e na Lei específica (Lei n. 8.934/94).

Se, como no presente caso, é discutida a validade da decisão da Junta Comercial de não arquivar ato societário por entender descumpridas as normas atinentes aos quóruns de deliberação de uma sociedade limitada, bem como a comprovação da convocação da inventariante do espólio do sócio falecido e a apresentação de ata em documento apartado, a solução para a questão objeto da lide não se encontra em nenhuma norma de direito administrativo ou público. Os limites da autonomia da vontade dos sócios relativamente aos ditames legais referentes aos quóruns de deliberação correspondem à questão de direito empresarial. É questão, em última análise, pertinente à proteção dos sócios minoritários, em suas relações com a maioria societária, no interior de uma sociedade limitada. Diz respeito, em outros termos, aos potenciais conflitos de interesse entre os sócios, uma relação jurídica de cunho eminentemente privado, sem prejuízo das questões afetas ao direito material envolvido.

Acesso ao Sumário

A especialização de Câmaras de Direito Empresarial justifica-se pela extrema importância que a uniformização do entendimento jurisprudencial representa para o adequado funcionamento da economia. Este objetivo ficaria comprometido se parte dos litígios que dizem respeito, ainda que indiretamente, às relações jurídicas entre sócios majoritários e minoritários não se incluísse na

competência das Câmaras especializadas.

Não há dúvidas de que um litígio entre os sócios de uma sociedade limitada é da competência das Câmaras especializadas. Se ele disser respeito à validade de uma cláusula do contrato social, como a que define um determinado quórum de deliberação, há o risco de decisões contraditórias, caso não se concentrem na mesma Câmara as competências para decidir a matéria. Se uma Câmara da Seção de Direito Público houver considerado válida certa cláusula do contrato social, para fins de arquivamento na Junta Comercial, e a Câmara Especializada considerar a mesma cláusula inválida, ou vice-versa, este cenário cria insegurança jurídica. Corresponde exatamente à situação indesejada para a qual a especialização em direito empresarial serve de antídoto.

Posto isso, voto com o Relator, no sentido de ser julgado procedente o conflito para declarar competente a 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial deste Tribunal para conhecer e julgar o agravo de instrumento interposto.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0046961-09.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL 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 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.
PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: Conflito de competência. Mandado de segurança impetrado contra magistrado. Demanda não vinculada à anterior. Exceção de Suspeição distribuída contra o mesmo magistrado. Distribuição ordinária de mandados de segurança interpostos contra juízes de primeiro grau. Competência não prevista no rol da Câmara Especial. 9ª Câmara de Direito Criminal é competente para julgar o mandado de segurança. Suscitação procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Criminal.

VOTO

I – Trata-se de **Conflito de Competência** em Mandado de Segurança impetrado em face da Magistrada da 23ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, contra suposto abuso de poder praticado durante audiência de processo criminal.

O *mandamus* interposto foi inicialmente distribuído à Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, que deixou de conhecê-lo em razão de dependência havida com a Exceção de Suspeição nº 0019112-62.2017.8.26.0000 contra o mesmo magistrado, determinando a redistribuição a Câmara Especial (cf. fls. 1625).

Distribuído o recurso à Colenda Câmara Especial, esta, por sua vez, também deixou de conhecer o Mandado de Segurança e suscitou o presente conflito de competência (cf. fls. 1634/1636).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido de reconhecer a Egrégia 9ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça como competente para apreciar a matéria (fls. 1644/1647).

É o relatório.

II – Em que pese o entendimento esposado pelos eminentes integrantes da Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal, a ela compete julgar o Mandado de Segurança versado nestes autos, tendo sido correta a declinação de competência realizada pela Câmara Especial.

Com efeito, da leitura da petição inicial, verifica-se que os autores impetraram o *mandamus*, tendo em vista a prática pelo magistrado de primeiro grau de eventuais atos de abuso de autoridade em Audiência nos autos da ação penal nº 0108896-02.2014.8.26.0050.

Pretendiam os impetrantes a anulação da audiência em comento, realizada

no dia 10/03/2017, nos autos da referida ação penal, bem como a restituição de objetos retirados na audiência e o reconhecimento do abuso de autoridade em tese praticado.

Ocorre que, contra o mesmo magistrado, havia anterior Exceção de Suspeição, em razão dos mesmos fatos.

Pois bem.

A competência da Câmara Especial encontra-se disciplinada no artigo 33, inciso I, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *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: I – Os incidentes de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau;*

Destarte, em que pese a alegada dependência existente entre as ações, a Câmara Especial não possui competência para anulação de atos praticados no curso de ação penal – objeto da lide – eis que inexistente tal previsão em seu rol de competências, devendo o mandado de segurança seguir distribuição ordinária.

Por fim, como bem ressaltou a Douta Procuradoria Geral de Justiça, *"mesmo que houvesse motivo para que uma competência ordinária fosse transferida à Câmara Especial em razão de prevenção, consta dos autos que a Exceção de Suspeição já foi julgada, logo, não haveria fundamento concreto para a referida prevenção."*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito, reconhecendo a competência da suscitada, a 9ª Câmara de Direito Criminal desta Corte, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do Mandado de Segurança impetrado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0055955-26.2017.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é suscitante 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 8ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.004)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRETENSÃO DEDUZIDA EM FACE DE ASSOCIAÇÃO DE ENSINO PARTICULAR, OBJETIVANDO ADEQUAÇÃO DE IMÓVEL ÀS NORMAS DA ABNT, PARA GARANTIR DIREITO DE ENSINO AOS DEFICIENTES FÍSICOS E VISUAIS, BEM COMO ACESSO E INCLUSÃO – TEMA QUE NÃO ENVOLVE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESCOLARES, TIPICAMENTE DE DIREITO PRIVADO, MAS OBSERVÂNCIA E CUMPRIMENTO DE NORMA DE CARÁTER ADMINISTRATIVO, OBJETIVANDO ASSEGURAR O ENSINO AOS DEFICIENTES (ARTIGO 227, § 2º, DA CR) – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ARTIGO 3º, ITENS I.2 E I.6 – COMPETÊNCIA DA C. 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre as C. 25ª Câmara de Direito Privado e 9ª Câmara de Direito Público, para enfrentamento da apelação interposta em face de r. sentença proferida a fls. 670/676, que julgou procedente a pretensão deduzida nesta ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra IBREPE – Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Educacionais (Associação de Ensino Superior do ABC S/C).

Distribuído originalmente o apelo à C. 9ª Câmara de Direito Público (fls. 794), com ulterior redistribuição à C. 8ª Câmara Extraordinária de Direito Público (fls. 799) em atenção à Resolução TJ/SP nº 737/2016, o v. acórdão encartado a fls. 802/804, relatado pela eminente Des. Cristina Cotrofe, não conheceu do recurso, determinando livre redistribuição a uma das Câmaras da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado, acenando que o tema envolve adequação de instalações em imóvel de instituição de ensino particular, caracterizando obrigação de direito privado (art. 5º, II.9 e III.13 e § 1º, da Resolução nº 623/2013 do TJ/SP).

Com nova redistribuição dos autos, a C. 25ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria do eminente Des. Marcondes D'Angelo, declinou da competência e suscitou o presente conflito (fls. 815/821), argumentando que o tema aborda a disponibilização do ensino no país, com fundamento no artigo 227, § 2º, da Constituição da República, caracterizando interesse difuso e não prestação de serviço educacional em caráter privado, o que impõe a competência da Seção de Direito Público também por envolver cumprimento de norma da ABNT.

Processado o incidente, sobreveio parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando pela competência da C. 9ª Câmara de Direito Público, suscitada (fls. 836/841).

É o Relatório.

Ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, questão de fundo (fls. 02/11) abrange pretensão formulada em ação civil pública objetivando adequação de imóvel da instituição de ensino demandada às normas técnicas da ABNT (NBR 9050), viabilizando assim garantir o acesso a deficientes físicos e visuais.

Realmente, ***venia concessa***, a competência recursal pertence à Seção de Direito Público desta Corte, não se enfrentando no caso em exame, ***in ictu oculi***, tema envolvendo prestação de serviço educacional típica do direito privado ou qualquer outra matéria que enseje remessa dos autos às Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado, à luz das normas regimentais de fixação de competência.

Acesso ao Sumário

Com efeito, à luz da causa de pedir deduzida, tem-se que a relação jurídica em debate é tipicamente de direito público, consistente na observância e necessária adequação, nos moldes apontados na inicial, do imóvel em que instalada a instituição de ensino demandada, às normas técnicas da ABNT (NBR 9050), no anseio de viabilizar o direito ao ensino dos deficientes físicos e visuais, como também garantir seu direito de acesso e inclusão. Irrelevante, nesse contexto, natureza privada da instituição apelante, mesmo porque se questiona impositivo cumprimento de norma administrativa em imóvel de uso público.

Portanto, tem-se que a competência é regida pelo disposto no artigo 3º, I.2 e I.6º[1], da Resolução nº 623/2013 desta Corte, na linha do que bem ponderou o parecer ministerial acostado a fls. 836/841: *"o motivo do pedido judicial é o cumprimento das normas técnicas da ABNT relacionadas à acessibilidade da pessoa com deficiência ao imóvel em apreço, de sorte que, nestes autos, pretende o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO que o Réu-apelante satisfaça as exigências impostas, administrativamente, por aquela Associação. (...) Podendo as Normas Técnicas expedidas pela ABNT ser consideradas* ***atos administrativos em sentido amplo****, dessome-se que a pretensão judicial que tenha por escopo seu devido e escorreito cumprimento, merece ser conhecida e decidida, em grau de recurso, pela Seção de Direito Público do TJSP."*

Registra-se, ainda, que a Seção de Direito Público tem reiteradamente enfrentado questões similares, consoante se afere nos julgados a seguir:

"DIREITO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REGULARIZAÇÃO DA ESTRUTURA FÍSICA DAS ESCOLAS ESTADUAIS PARA O ACESSO DE PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS, ALÉM DE OBTENÇÃO DO AUTO DE VISTORIA DO CORPO DE BOMBEIROS – PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DA RÉ – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR – Via eleita adequada e oportuna – Preliminar afastada – MÉRITO – Dever do Estado em proporcionar condições para todos os cidadãos, inclusive à pessoa portadora de deficiência, assegurando-lhe a devida inserção na sociedade – Obrigação da qual a Administração Pública não pode eximir-se sob qualquer justificativa – Inteligência dos artigos 227 e 244, ambos da C.F./88, além de previsão em legislação federal e estadual – Cumprimento das determinações legais que é dever do Poder Público – Ausência de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes – Descabida, ainda, a escusa da limitação orçamentária – MULTA DIÁRIA – Cabimento – Multa fixada pelo magistrado para a hipótese de descumprimento da obrigação, nos termos do art. 461, § 4º, do C.P.C./73 – Valor que não comporta alteração – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido." (Apelação nº 1000103-69.2015.8.26.0032, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Antonio Tadeu Ottoni, j. em 12.04.2017).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA E MOBILIDADE REDUZIDA. Matéria preliminar. Falta de interesse de agir. Via eleita adequada e oportuna. Preliminar rechaçada. Escolas municipais com restrições de acesso a pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. Obrigação de providenciar a adequação das instalações segundo os termos exigidos pela NBR 9050/2004, da ABNT. Entendimento dos arts. 1º, III;

Acesso ao Sumário

1 I.2 – Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos;
I.6 – Ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º desta Resolução.

5º, caput; 227, § 2º e 244 da Constituição Federal, e artigos 11, II, III, IV, e artigo 23, parágrafo único, da Lei nº 10.098/2000. Inocorrência de violação ao princípio da separação de poderes. MULTA COMINATÓRIA. Imposição de multa cominatória à Fazenda Pública e Fundação pertencente à Administração Indireta. Possibilidade. Valor que não é imoderado, devendo ser considerado o caráter coercitivo do comando. Desnecessidade do pagamento das astreintes no caso de cumprimento da obrigação. Sentença mantida em sua integralidade. Recursos dos corréus desprovidos." (Apelação nº 0004077-82.2012.8.26.0244, 5ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, j. em 15.08.2016).

Registra-se, finalmente, que embora os precedentes acima, de nítida similitude, envolvam adequação de prédios e/ou instituições de ensino de natureza pública, o que define a competência recursal ***in casu*** é a causa de pedir formulada que, como aclarado, não se enquadra nas matérias próprias das Subseções de Direito Privado.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 9ª Câmara Direito Público, suscitada.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0053697-43.2017.8.26.0000, da Comarca de Cândido Mota, em que é paciente RENAN DA SILVA MARRAN e impetrante FERNANDO ELIAS ASSUNÇÃO DE CARVALHO, é impetrado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO 'HABEAS CORPUS', COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40942)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, SILVEIRA PAULILO, ADEMIR BENEDITO, PEREIRA CALÇAS, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES,

Acesso ao Sumário

PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 13 de dezembro de 2017.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: "HABEAS CORPUS". "Writ" impetrado em Primeiro Grau, mas contendo, dentre os impetrados, autoridade pública detentora de foro por prerrogativa de função. Todavia, da singela leitura da inicial, apura-se que não foi imputada nenhuma conduta, presente ou futura, relativamente a tal autoridade pública, bem como a diversas outras pessoas (uma delas, inclusive jurídica) igualmente elencadas como autoridades coatoras. Manifesta situação de plural ilegitimidade "ad causam" passiva que afasta a competência deste Colegiado. Necessidade de devolução da ordem ao juízo singular, para processo e julgamento. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM, com observação.

VOTO

Trata-se de ordem de ***HABEAS CORPUS*** impetrada pelos advogados FERNANDO ELIAS ASSUNÇÃO DE CARVALHO e RICARDO APOLINÁRIO e pela bacharela DAMARIS DIONISIO em favor de RENAN DA SILVA MARRAN, tendo por autoridades coatoras o ILMO. SR. CAPITÃO PM SÉRGIO SHIGEO GARCIA TSUDA, o ILMO. SR. COMANDANTE DO BATALHÃO PM DO INTERIOR EM ASSIS/SP, o ILMO. SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, o ILMO. SR. CORREGEDOR-GERAL DA PM DO ESTADO DE SÃO PAULO e a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Aduzem os impetrantes, em apertada síntese, que o paciente, após ter denunciado às autoridades policiais militares regionais as condutas abusivas que o vitimaram (subtração de R$ 1.800,00, pertencentes a sua companheira Thainá, e de um boné, perpetradas pelos soldados PM Bruno Rocha e Gisele de Tal durante uma blitz policial), mostra-se receoso quanto a sua integridade física, moral e psicológica, mormente porque, em uma prática "estranha", um comboio da PM dirigiu-se até a vila onde reside a fim de "capturá-lo", para levá-lo à Companhia da PM onde seriam colhidas novas declarações "necessárias" para a

Acesso ao Sumário

abertura de Inquérito Policial Militar.

Requerem, por conseguinte, a expedição de salvo-conduto em prol do coato.

Impetrada a ordem em Primeiro Grau, o d. juiz singular indeferiu a liminar pleiteada (fls. 18/19). Ao depois, houve-se por bem remeter o feito a esta Corte, por supostamente envolver autoridade pública detentora de foro por prerrogativa de função (fls. 23/24).

É O RELATÓRIO.

Flagrante que este Colegiado não possui competência para processar e julgar este *writ* – o qual sequer deveria ter-lhe sido enviado.

O artigo 654, § 1º, CPP, prevê os requisitos formais básicos que deverão estar contidos na petição inicial do *habeas corpus*. E, dentre estes, em suas alíneas *a* e *b*, descreve:

> *"a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;*
>
> *b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor" (grifos nossos).*

Mesmo em uma leitura superficial da vestibular, verifica-se que não se imputa aos impetrados (a) ILMO. SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, (b) ILMO. SR. CORREGEDOR-GERAL DA PM DO ESTADO DE SÃO PAULO e (pior ainda), (c) FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, qualquer conduta, presente ou potencial, capaz de cercear ou expor a limitação futura a liberdade ambulatorial do paciente.

Frise-se: nenhum fato se encontra ali descrito a envolver qualquer uma dessas pessoas, físicas e jurídica.

Desse modo, completamente desconexas e desarrazoadas suas inserções no polo passivo do procedimento.

Manifesta essa plural situação ilegitimidade *ad causam* passiva, e não remanescendo no polo passivo ninguém dotado de foro por prerrogativa de função, descabida a mantença do *habeas corpus* nesta Corte, devendo ser devolvido, *incontinenti*, ao juízo singular, com determinação de celeridade na sua resolução.

Ante o exposto, reconhecida a ilegitimidade *ad causam* passiva dos impetrados – (a) ILMO. SR. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, (b) ILMO. SR. CORREGEDOR-GERAL DA PM DO ESTADO DE SÃO PAULO e (c) FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO –, **NÃO SE CONHECE** da impetração, com determinação.

Acesso ao Sumário

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2208192-11.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DANILO SILVA SANTANA, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEFERIRAM A GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO IMPETRANTE E DENEGARAM A INJUNÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40979)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e AMORIM CANTUÁRIA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO. Servidor público. Policial militar. Alegação de vácuo legislativo quanto ao reajuste anual de vencimentos. Inocorrência. Existência de lei reguladora no âmbito desta unidade federativa. Siso consolidado no Colendo Supremo Tribunal Federal. Debate acerca da aplicação de percentuais de aumento. Não cabimento. Tema que comporta sede própria. Pleito indenizatório. Impossibilidade. Assunto que transborda o alvo do instituto e só pode ser veiculado mediante demanda autônoma. Ausência dos predicados específicos da demanda. DENEGAÇÃO DA ORDEM por força da carência de ação (Lei nº 13.300/2016, art. 14, somada à Lei nº 12.016/2009, art. 6º, § 5º, e ao novo Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil, art. 485, VI).

VOTO

Cuida-se de **MANDADO DE INJUNÇÃO** por meio do qual se quer suprir o – assim dito – silêncio legislativo dos Impetrados, bem como receber indenização pecuniária.

Em boa síntese, a peça de abertura esclarece que (**I**) o Autor é funcionário público e exerce seus afazeres na Polícia Militar Estadual, (**II**) a Constituição Federal previu, aos funcionários públicos, o direito de terem seus vencimentos revistos anualmente (art. 37, X), o que está identicamente garantido na Constituição Paulista (art. 115, XI), (**III**) os Réus foram omissos – por ocasião da promulgação dos diplomas de 2014 a 2017 – em relação ao ponto relativo à revisão geral anual dos funcionários públicos, (**IV**) à vista de tal inércia os proventos de toda corporação encontram-se defasados, (**V**) devem ser aplicados os índices do INPC e (**VI**) é devida a indenização material compensatória de duzentos mil reais.

Determinada a emenda do libelo (folha 24), o Impetrante trouxe os petitórios de fls. 27/28 e 39.

É O RELATÓRIO.

1. Da Gratuidade da Justiça.

De início, observa-se que o Autor faz jus à benesse.

Não apenas porque a novel legislação processual realça a presunção de hipossuficiência da pessoa natural (art. 99, § 3º), mas também porque foram juntados os contracheques e a correspondente declaração de necessidade (fls. 11 e 13/22), tudo a comprovar o risco do exercício de ação caso exigidos os encargos dela decorrentes.

Nesse passo, fica **DEFERIDA** a Gratuidade da Justiça ao Impetrante.

2. Do necessário abreviamento desta injunção.

Esclarece esta relatoria, de prima, que se mostra sensato coarctar o processamento estabelecido na Lei nº 13.300/2016.

Em verdade, não tendo sido preenchidos – pelo Autor – os predicados do conflito em mira, porquanto inexistente o vazio legislativo e agitado pedido condenatório, não há porque colocá-lo em marcha com a inevitável – e prescindível – perda de tempo e a prática de diversos atos processuais, daí aguardar, com o referendo de meus doutos pares, que esta antecipação de julgamento não seja vista pelo timbre da afoiteza.

3. Do escopo do instituto.

Lado outro, conquanto fosse dispensável arrazoar a esse respeito, vale enfatizar que o **remédio constitucional** em voga é **preciso** ao estabelecer que a

Acesso ao Sumário

concessão da ordem dar-se-á "(...) *sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais* (...)" (Constituição Republicana, art. 5º, LXXII), preceito que também integra a Carta Magna Bandeirante (art. 74, V), tendo sido repetido na norma regulamentadora (Lei nº 13.300/2016, art. 2º).

A doutrina nacional é severa ao lembrar esse caráter, podendo-se destacar, dentre muitos, **Ingo Wolfgang Sarlet** e **Lenio Luiz Streck** (*Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva. 2014. Páginas 482/485), **Cassio Scarpinella Bueno** (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva. 2012. Volume 2, Tomo III. Páginas 122/126) e **Alexandre de Moraes** (*Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2011. Páginas 182/183), com destaque às palavras do último deles, a saber: "(...) *Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação legislativa infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação 'mais justa' da lei existente*. (...)".

Logo, é fácil concluir que o exercício da **tutela de injunção não pode (A)** exceder seus limites constitucionais, (**B**) servir de plataforma para o exercício de direitos outros e tampouco (**C**) se prestar a discutir questões – formais ou materiais – paralelas.

Respeitada a formatação da petição primeira, assaz peculiar, diga-se, é certo asseverar, consoante será explicitado a seguir, que **nenhum dos requisitos desta casta de embate se encontra coevo**.

4. Mérito.

Aflora – à farta – **a carência** da ordem exigida.

E dois são os fundamentos que autorizam tal arremate.

4.1. Da existência de lei disciplinadora.

O inicial possui vínculo à Lei Estadual nº 12.391, de 23 de maio de 2006.

Apesar do veto lançado pelo Impetrante no rumo de que o texto não resolveu o impasse, tal limitada leitura não pode ser abonada.

Deveras, a regra editada não somente estabeleceu, na cabeça de seu artigo 1º, a data-base à "(...) *revisão da remuneração dos servidores públicos da administração direta e das autarquias do Estado, bem como dos Militares do Estado* (...)", como ainda ressalvou, no mesmo dispositivo (§ 1º), que a "(...) *revisão anual de que trata este artigo não implica, necessariamente, reajuste de remuneração* (...)", a observar os critérios eleitos no artigo 2º, vale dizer, "(...) ***I – autorização na lei de diretrizes orçamentárias; II – definição do***

Acesso ao Sumário

*índice de reajuste em lei específica; **III** – previsão do montante da respectiva despesa e das correspondentes fontes de custeio na lei orçamentária anual; **IV** – comprovação de disponibilidade financeira, preservados os compromissos relativos a investimentos e despesas continuadas nas áreas prioritárias de interesse econômico e social; **V** – compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado do trabalho; e **VI** – atendimento aos limites para despesa com pessoal de que trata o artigo 169 da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000* (...)".

Por certo que tais comandos (muito embora desagradem ao Impetrante), além de terem se espelhado na Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, fixaram os parâmetros à revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, em **estrita atenção** aos cânones da Constituição Federativa (artigo 37, inciso X) e da Constituição Paulista, (artigo 115, inciso XI).

Afaste-se, mais, a falácia alusiva ao julgamento da ADI nº 2.492 por parte do C. STF, que, feita uma singela pesquisa àquela Corte, teve nascedouro em **2001** e foi **decidida em 29 de dezembro daquele ano**, quando **já editada a lei federal** regulamentadora, **seguida**, meia década posterior, **pela norma paulista**.

A **lacuna**, com a devida licença, é **imaginária**.

Ao apreciar a questão o Colendo Supremo Tribunal Federal fincou posicionamento nos ventos contrários à queixa do Impetrante, advertindo que a **publicação** de diplomas a regulamentar as cláusulas constitucionais faz **perecer** qualquer possibilidade de aforamento deste tipo de *mandamus*. Confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. REVISÃO GERAL ANUAL. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LACUNA REGULAMENTADORA NO ÂMBITO FEDERAL. PRECEDENTES. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que o art. 37, X, da Magna Carta já foi objeto de regulamentação, no âmbito federal, pela Lei 10.331/2001, com as alterações promovidas pela Lei 10.697/2003. Dessa forma, à míngua de norma constitucional de eficácia limitada pendente de regulamentação, não há lastro para a concessão da pretendida ordem injuncional coletiva. Precedentes do Plenário: MI 5313 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13.6.2014; MI 5085 ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 06.6.2014; MI 4265 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 02.6.2014; e MI 4831 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 28.08.2013. Agravo regimental conhecido e não provido.* (AgReg no Mandado de Injunção nº 2411/DF, Tribunal Pleno. Rel. **Min. Rosa Weber**, j. 01/08/2014).
>
> *DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. PROVENTOS DOS JUÍZES CLASSISTAS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. REAJUSTE. ART. 40, § 8º, DA CF/1988. 1. Os proventos dos juízes classistas de primeira instância que adquiriram*

direito à aposentadoria antes da Lei nº 9.528/1997 são reajustados na mesma época e no mesmo percentual concedido, em caráter geral, aos servidores públicos federais em atividade, por força da regra da paridade da Lei nº 6.903/1981 e do disposto na Lei nº 9.655/1998. 2. Não há, portanto, omissão quanto ao reajuste de tais proventos. No cenário atual, como a sorte do benefício está atrelada à revisão geral anual dos servidores públicos federais, aplica-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, com a edição das Leis nº 10.331/2001 e 10.697/2003, restou regulamentado o art. 37, X, da CF/1988. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgReg no Mandado de Injunção nº 6460/DF, Tribunal Pleno, Rel. **Min. Roberto Barroso**, j. 28/05/2015).

DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. REVISÃO ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que, com a edição das Leis nºs 10.331/2001 e 10.697/2003, restou regulamentado o art. 37, X, da Constituição. 2. Eventual inefetividade ou limitação da norma legal é insuscetível de debate nesta sede. Precedentes. 3. A parte recorrente não infirmou os fundamentos quanto à ausência de interesse de agir e à prejudicialidade do pedido, por ter a categoria substituída (Procuradores Federais) sido contemplada por aumentos anuais de 2006 a 2010, retomados em 2013. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (Emb.Decl. no Mandado de Injunção nº 5907/DF, Tribunal Pleno, Rel. **Min. Roberto Barroso**, j. 25/11/2015).

E nem se diga que haveria escape a autorizar o estabelecimento de controvérsia a respeito da incidência de índices de compensação de perdas relativas a vencimentos, ainda mais por desacerto da política salarial adotada por qualquer um dos Réus, eis **aspecto desse jaez há de ser vibrado em combate específico**, longe das particulares fronteiras da ordem de injunção.

Vez por todas: o **único** fito deste tipo de ação é obter tutela a **suprir omissão legislativa**, cujos pressupostos estão muito distantes da situação em foco, seja pelo **advento** – na seara deste estado – **da Lei nº 12.391/2006**, seja pelo tratamento pretoriano dado à matéria pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se, em fechamento deste capítulo, que a presente hipótese (assinada, aliás, pela mesma advogada) já foi objeto de exame por parte deste subscritor (MI nº 2212798-82.2017.8.26.0000, MI nº 2214003-49.2017.8.26.0000 e MI nº 2208192-11.2017.8.26.0000) e também pelos eminentes **Des. Álvaro Passos** (MI nº 2207910-70.2017.8.26.0000 e MI nº 2208254-51.2017.8.26.0000), **Des. Ferraz de Arruda** (MI nº 2207819-77.2017.8.26.0000 e MI nº 2208204-

Acesso ao Sumário

25.2017.8.26.0000) e **Des. Borelli Thomas** (MI nº 2207850-97.2017.8.26.0000), cujas soluções resultaram na mesma fortuna.

O **direito constitucional** brandido **está**, enfim, **regulamentado**, tornando indiscutível a **carência de ação**.

4.2. Do impossível pleito indenizatório.

O último tem assento na inédita aspiração indenizatória.

A leitura da inaugural dá conta de que o Impetrante deseja "[...] 3) *a concessão do direito pleiteado, em virtude da procedência do pedido indenizatório no importe de R$ 200.000,000 (duzentos mil reais) a título indenizatório* [...]".

Todavia, tal anseio é inadmissível no âmbito desta contenda.

É que eventual repercussão econômica decorrente de fortuita omissão legislativa – do que a situação presente não se aproxima – há de ter lugar em outro campo de combate, independente do suprimento vindicado.

Segundo se sobrelevou por ocasião da lembrança das características do instituto: "(...) *Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação legislativa infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação 'mais justa' da lei existente.* (...)" (**Alexandre de Moraes**. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2011. Páginas 182/183).

Nesse trilhar, se o Autor entende que faz jus à percepção de algum ressarcimento, há de instaurar outro litígio no qual seus argumentos comportem o devido contraditório e se submeta à indispensável etapa probatória.

Nem mais, nem menos.

Esta Egrégia Casa tem enfrentado o tema e censurado pedidos desse matiz, calhando evidenciar três significativas decisões, sendo uma delas da R. Seção de Direito Público e outras duas deste Emérito Órgão Especial, que bem ilustram a espécie. A saber:

> *MANDADO DE INJUNÇÃO. Servidores públicos municipais. Revisão geral anual. 1. Mandado de injunção: ação constitucional destinada a garantir a efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos. Revisão anual dos vencimentos: direito previsto pelo inciso X do art. 37 da Constituição Federal. Omissão do Poder Público Municipal caracterizada. 2. Uma vez demonstrada a mora do Poder Público, o mandado de injunção é o remédio constitucional adequado para viabilizar a efetivação de direito garantido constitucionalmente. 3. A ação de mandado de injunção não admite pedidos condenatórios. 4. Efeito concreto individual concedido para determinar que a autoridade impetrada promova o cálculo da perda inflacionária adotando-se os*

índices do IPCA. Ordem parcialmente concedida. (MI nº 0124384-84.2013.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, **Rel. Des. Nogueira Diefenthäler**, j. 07.04.2014).

I – MANDADO DE INJUNÇÃO. Suprimir lacuna normativa, garantindo direito a compensação dos títulos de dívida com os créditos de precatórios de natureza alimentar. Busca dar validade ao artigo 100, §§ 9º e 10 da Constituição Federal. Impossibilidade. II – A competência do Tribunal de Justiça é originária só para as hipóteses em que a inexistência de norma regulamentadora estadual torne inviável o exercício de direitos assegurados na Constituição Paulista e não na Constituição Federal. III – Extinção do processo, sem exame do mérito. (MI nº 0001121-15.2013.8.26.0000, Órgão Especial, **Rel. Des. Guerrieri Rezende**, j. 05.06.2013).

MANDADO DE INJUNÇÃO. Omissão atribuída ao Governador e à Assembleia Legislativa do estado quanto à edição de lei regulamentadora do artigo 105 do ato das disposições constitucionais transitórias, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 94/2016, que permitiu a compensação de débitos inscritos em dívida ativa até 25 de março de 2015. Inexistência de norma correlata na Carta Bandeirante. Descabimento da impetração. Artigo 74, inciso V, da Constituição Estadual. Extinção do processo, sem resolução do mérito. O mandado de injunção impetrado perante o Tribunal de Justiça somente pode ser conhecido no que diz respeito à omissão legislativa estadual ou municipal que inviabilize o exercício de direito assegurado pela Carta Bandeirante. (MI nº 2090766-75.2016.8.25.0000, Órgão Especial, **Rel. Des. Renato Sartorelli**, j. 09.08.2017).

Destarte, emerge absoluta a carência da ação em comento, (**1**) quer porque desfundada no que tange à ausência de diploma regulador do direito constitucional empunhado, (**2**) quer porque manejado descabido pleito condenatório, imperiosa, em consequência, a denegação da ordem almejada, a se dar à luz do comando inserto no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009 em associação ao inciso VI do art. 485 do novo Código de Processo Civil, aplicáveis em função da permissão posta no art. 14 da Lei nº 13.300, de 24 de junho de 2016.

5. Do dispositivo.

Ante o exposto, **DENEGA-SE A INJUNÇÃO**. Sem custas, mercê da índole da ação exercitada, indevida, ainda, a fixação de verba honorária (Lei nº 12.016/2009, art. 25, por analogia).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2207967-88.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MAURICIO RENE DE OLIVEIRA, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.479)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Revisão geral e anual da remuneração dos Servidores Públicos – Artigo 37, inciso X, da CF e artigo 115, inciso XI da CE – Existência de lei regulamentadora – Lei 12.391/06 – Mora legislativa avessa à hipótese – Ação mandamental não é via processual para se questionar a efetividade da lei que já fixou data-base para a revisão da remuneração dos servidores públicos deste Estado – Precedentes – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Injunção impetrado contra ato do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado visando suprir omissão legislativa ao argumento de que o impetrado ignorou o artigo 37, X da Constituição Federal e o artigo 115, XI da Constituição do Estado de São Paulo, que asseguram o direito a Revisão geral e anual da remuneração dos Servidores Públicos, relativamente aos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Foram prestadas informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 31/38 e 40/60).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pela denegação do "writ" (fls. 71/86).

É o relatório.

Não assiste razão ao impetrante.

Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pelo senhor Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, uma vez a competência para editar a norma regulamentadora pretendida é exclusivamente o senhor Governador do Estado de São Paulo, conforme disposto no Assim dispõe, neste particular, o artigo 3º da Lei Federal n. 13.300/2016:

> ***Art. 3º – São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.***

No mérito, não há a lacuna reclamada pelo impetrante, pois a Lei 12.391, de 23 de maio de 2006, fixou em 1º de março de cada ano a data para fins de revisão da remuneração dos servidores públicos da administração direta e das autarquias do estado, a saber:

> ***Artigo 1º – É fixada em 1º de março de cada ano a data para fins de revisão da remuneração dos servidores públicos da administração direta e das autarquias do Estado, bem como dos Militares do Estado, nos termos do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal.***
>
> ***§ 1º – A revisão anual de que trata este artigo não implica, necessariamente, reajuste de remuneração.***
>
> ***§ 2º – O disposto neste artigo aplica-se aos inativos e pensionistas.***
>
> ***Artigo 2º – A revisão geral anual de que trata o artigo 1º observará os seguintes requisitos:***
>
> ***I – autorização na lei de diretrizes orçamentárias;***
>
> ***II – definição do índice de reajuste em lei específica;***
>
> ***III – previsão do montante da respectiva despesa e das correspondentes fontes de custeio na lei orçamentária anual;***
>
> ***IV – comprovação de disponibilidade financeira, preservados os compromissos relativos a investimentos e despesas continuadas nas áreas prioritárias de interesse econômico e social;***
>
> ***V – compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado do trabalho;***
>
> ***VI – atendimento aos limites para despesa com pessoal de que trata o artigo 169 da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.***
>
> ***Artigo 3º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.***

Acesso ao Sumário

De outro lado, em caso semelhante ao que ora se examina o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento em situação similar de que o Mandado de Injunção não é a via adequada para suprir aplicação de Lei regulamentadora que prevê data-base para revisão de vencimentos, nos moldes da Constituição da República:

> ***EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA. INADMISSIBILIDADE DA VIA INJUNCIONAL JÁ ASSENTADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Casa posicionou-se pela inviabilidade do mandado de injunção quando já houver lei regulamentadora do direito constitucional pleiteado. Precedentes. II – Não se admite mandado de injunção para buscar o cumprimento de norma regulamentadora de dispositivo constitucional. III – Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (STF, Tribunal Pleno, MI – 2275 – ED/DF, rel. Min Ricardo Lewandowski, j. em 18.12.2013).***

Este, também, é o entendimento deste Órgão Especial:

> ***"Mandado de injunção. Alegação de ausência de lei destinada a regulamentar o direito à revisão geral anual de vencimentos dos servidores estaduais. Mora legislativa na realidade inocorrente, eis que no âmbito local a matéria já é regulamentada pela Lei n.º 12.391/2006. Exame de eventual descumprimento de norma infraconstitucional que foge do âmbito do mandado de injunção. Ordem denegada" (Relator: Arantes Theodoro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 09/11/2016; Data de registro: 10/11/2016).***
>
> ***"MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO – Impetração que, sob o argumento de omissão do Exmo. Governador do Estado, busca que seja a este último determinado o envio de projeto de lei à Assembleia Legislativa que trate da revisão geral anual de remuneração dos Supervisores de Ensino do Magistério Oficial Estadual (considerando os índices de inflação oficial – IPCA – desde o último reajuste, no ano de 2013) – Ausência, no entanto, do alegado direito líquido e certo do impetrante – Embora a previsão nos artigos 37, X, da Constituição Federal e 115, XI, da Constituição Estadual, cuida-se de hipótese de iniciativa privativa do Governador do Estado (arts. 1º e 2º da Lei Estadual 12.391/2006) – Impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes – Precedentes, inclusive do C. STF – Reajuste que, conforme informes prestados pela d. autoridade dita coatora, foi suspenso por conta do Decreto Estadual n. 61.132/2015 (art. 2º) – Ausência,***

Acesso ao Sumário

portanto, de omissão imputada ao Chefe do Poder Executivo que não poderia enviar projeto de lei à Assembleia Legislativa para tal fim, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estrita – Inexistência, por fim, de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos (sempre nominal) – Ordem denegada" (Relator: Salles Rossi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 26/10/2016; Data de registro: 31/10/2016).

Isto posto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2219708-62.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DANIELLE COSTA SENA e PATRICIA COSTA SENA, é agravado GUILHERME FERREIRA DA CRUZ (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo regimental. Comunique-se o Exmo. Des. Relator da apelação (autos n. 1125149-58.2015.8.26.0100). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de novembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: 1. Direito Processual Civil. Agravo Regimental em Mandado de Segurança. Impugnação contra decisão que denegou a ordem.

2. Na medida em que fora proferida sentença nos autos de origem (autos n. 1125149-58.2015.8.26.0100), eventual irresignação era de ser levantada em apelação (REsp n. 1.601.572, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25.10.16).

3. Agravo regimental improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a r. decisão de fls. 142/144, que denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pelas agravantes

contra ato do MM. Juiz de Direito da 45ª Vara Cível Central da Comarca da Capital, Dr. Guilherme Ferreira da Cruz. O MM. juiz rejeitou a exceção de suspeição oposta pelas ora agravantes e negou seguimento ao incidente.

Em suas razões (fls. 149/153) as agravantes sustentam, em síntese, que a autoridade coatora agiu com abuso de poder ao rejeitar liminarmente a exceção de suspeição, impedindo o devido processamento do incidente perante o E. Tribunal de Justiça, competente para julgá-lo. Desse modo, violou-se o direito líquido e certo de terem a exceção processada e julgada pelo órgão competente.

É o relatório.

Nega-se provimento ao agravo.

No caso concreto, nos autos de origem (autos n. 1125149-58.2015.8.26.0100), o pedido formulado pelas autoras, ora excipientes e agravantes, foi julgado improcedente e parcialmente procedente o reconvencional.

As autoras opuseram exceção de suspeição. Tal exceção era incabível, pois já havia sido proferida sentença. É bem verdade que a competência para julgamento da exceção era desta Egrégia Câmara Especial, conforme art. 146, § 2º, CPC/2015 e art. 33, I, Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Feita a ponderação, convalida-se qualquer nulidade formal. Ora, na medida em que se esgota a prestação jurisdicional do Magistrado com a prolação de sentença, não mais há cabimento da exceção de suspeição. A partir de então, pacífico que a matéria deve ser levantada em apelação.

Esta Egrégia Câmara Especial e o Colendo STJ têm decidido nesse sentido. Aliás, precedente recente, com premissas fáticas análogas às do caso concreto, aplica-se ao caso como *ratio decidendi*:

"(...) A exceção de suspeição não foi conhecida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por ter sido oposta após a prolação de sentença, como se pode observar do trecho extraído do acórdão impugnado:

A exceção não deve ser conhecida, porque foi oposta após a prolação da r. sentença (fls. 93), quando já esgotada a prestação jurisdicional de primeiro grau. Com efeito, o objetivo da exceção de suspeição é impedir que o Magistrado parcial conduza o processo, de modo que somente há pertinência em sua admissão se oposta antes da prolação da sentença. Se o feito já foi sentenciado, o conhecimento da exceção de suspeição fica prejudicado, consoante orientação jurisprudencial anotada no 'Código de Processo Civil e legislação processual em vigor' 'Com a prolação da sentença, fica prejudicada a argüição de suspeição do magistrado, cabendo ao excipiente, na apelação, questionar a validade dessa decisão, no pressuposto de ter sido proferida por juiz suspeito" (JTJ 168/283). (Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 44ª edição, 2012, artigo 135, nota 2d, fls. 264)

Acesso ao Sumário

(e-STJ, fl. 113 – sem destaque no original).

De fato, o entendimento do Tribunal a quo está em consonância com o desta Corte, no sentido de que a arguição de suspeição de magistrado após a prolação de sentença, a cargo do excepto, prejudica a análise do incidente, cabendo à parte interessada a interposição dos recursos pertinentes.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. PRIMEIRA OPORTUNIDADE QUE LHE COUBER FALAR NOS AUTOS. PRECLUSÃO. 1. O agravante afirma nas razões recursais e na instância ordinária que entendeu por bem aguardar que se formasse uma conjuntura tal de fatos para, quando conveniente, por em dúvida a imparcialidade da Magistrada. 2. Todavia, a suspeição do julgador deve ser arguida pela parte interessada na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos (CPC, art. 138, § 1º), sob pena de preclusão. Em se tratando de suspeição fundada em motivo preexistente, deve ser suscitada, no prazo para resposta (CPC, art. 297), e, quando fundada em motivo superveniente, no prazo de quinze dias, previsto no art. 305, c/c o art. 304 do Estatuto Processual Civil, contando da ciência do fato causador da suspeição. 3. A prolação de sentença desfavorável à parte gera tão somente ao recorrente direito de interpor o recurso cabível, e não de suscitar a suspeição por atos ocorridos no decurso do trâmite processual. Tampouco a lei processual deixa à conveniência da parte a oportunidade para manejar a exceção de suspeição. 4. Agravo regimental não provido com aplicação de multa. (AgRg no Ag 1.383.973/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 22/8/2012 – sem destaque no original)

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE ORIGEM – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NÃO OCORRÊNCIA – INCIDENTE ARGUIDO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA – PRECLUSÃO – OCORRÊNCIA – INCLUSÃO EM PAUTA – DESNECESSIDADE – RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no REsp 1.148.109/MT, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJe 2/12/2009)

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 77, §§ 1º e 2º, 1.021, § 4º e 1.026, § 2º) e honorários recursais (art. 85, § 11).

Nessas condições, NEGO PROVIMENTO do recurso especial". (REsp n. 1.601.572, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25.10.16).

Portanto, na medida em que se esgotou a prestação jurisdicional, a questão

Acesso ao Sumário

era de ser levantada em apelação.

Assim, sem prejuízo dos fundamentos da decisão desta Presidência (fls. 142/144), acrescentam-se estes acima (REsp n. 1.601.572, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 25.10.16).

Por tais razões, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental. Comunique-se o Exmo. Des. Relator da apelação (autos n. 1125149-58.2015.8.26.0100).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2129860-30.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Tatuí, em que são agravantes G.C. (MENOR) e M.D.I.N. (MENOR), é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46301)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – Decisão monocrática que não conheceu de impetração de *habeas corpus*, por não ser substituto de recurso ordinário – Inexistência de abuso de autoridade em *decisum* teratológico – Decisão monocrática mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo regimental tirado contra decisão monocrática desta Presidência de Direito Privado que não conheceu de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor dos adolescentes G.C. e M.D.I.N. (fls. 58/60, do *habeas corpus* nº 2129860-30.2017.8.26.0000), ao

fundamento de que o *writ* não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal.

Sustenta a agravante, em suma, que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça vem permitindo o conhecimento de *habeas corpus* por contrariedade ao enunciado da Súmula 492, bem como quando há violação de texto expresso de lei. Aduz que o remédio constitucional é medida mais célere, de modo que deve ser conhecido ainda que haja recurso próprio cabível. Afirma que atua em comarca diversa daquela em que o adolescente foi processado, restando-lhe somente a possibilidade de impetrar *habeas corpus*, uma vez que o recurso de apelação deveria ser interposto em outro local de atuação. Assim, pede o provimento do agravo a fim de que seja conhecido e apreciado o *habeas corpus* impetrado.

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo não provimento do recurso (fls. 21/26).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Não há muito a acrescentar para manutenção da decisão monocrática, pois as razões de recurso ofertadas não são suficientes para abalar o que ali se decidiu.

De fato, todos os fundamentos da impetração relativos ao teor da r. sentença deveriam ter sido atacados pelo recurso próprio, que é a apelação, certo que os advogados dos pacientes e os próprios adolescentes foram devidamente intimados da sentença (fls. 155 e 164/173 do processo nº 0000349-81.2017.8.26.0624), tendo, inclusive, ambos apresentado recursos de apelação (fls. 156/158 e 159/163 do processo nº 0000349-81.2017.8.26.0624).

Com efeito, a ação constitucional é reservada às hipóteses em que houver cerceamento ou ameaça à liberdade de locomoção, em razão de constrangimento ilegal, o que não se verificou *in casu*, conforme analisado na r. decisão monocrática.

Neste passo, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: *"I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel.*

Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da 'inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal'." (STJ, HC 222217/SC, Min. Rel. Gilson Dipp, T5, 12/06/12)

Desta forma, nada há a ser alterado na decisão monocrática proferida, que deve ser mantida integralmente.

Isto posto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004141-10.2017.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.S.S., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA 3ª VARA ESPECIAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso interposto pelo adolescente M.S.S., mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. Apelação. Ato infracional. Roubo majorado. Recurso defensivo. Absolvição por insuficiência de provas. Improcedência. Materialidade e autoria demonstradas. Declarações firmes e coerentes da vítima. Responsabilização de rigor. Afastamento do emprego de arma. Descabimento. Uso do artefato confirmado pela prova oral. Desnecessidade de apreensão e perícia.

Acesso ao Sumário

Súmula 86 do TJSP. Abrandamento da medida socioeducativa. Impossibilidade. Natureza do ato infracional e condições pessoais dos adolescentes que denotam a necessidade da medida extrema. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 71/75, que julgou procedente a representação oferecida contra **M.S.S.** e o submeteu à medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal. Inconformada, recorreu a Defensoria Pública buscando a absolvição do adolescente por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugnou pelo afastamento da majorante relativa ao emprego de arma e a substituição da medida extrema por outra em meio aberto (fls. 86/106).

O recurso foi recebido em seu efeito apenas devolutivo (fl. 108) e contrarrazoado pelo Ministério Público (fls. 111/117).

Mantida a r. sentença (fl. 118), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se nos autos (fls. 128/130).

É o relatório.

O recurso interposto não comporta provimento.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), nesta cidade e comarca de (...), o adolescente M.S.S., agindo previamente ajustado e em identidade de propósitos com L.H.C.C. e A.M.S., subtraíram em proveito comum, mediante violência física e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o veículo (...), placas (...), um aparelho de telefonia celular marca (...) e dois cartões de crédito, pertencentes a A.R.F.

Segundo apurou-se, A. através de um aplicativo em seu celular, solicitou os serviços da empresa (...), e foi atendido pelo ofendido. Em seguida, o adolescente e L. adentraram no veículo e, durante o percurso, anunciaram o roubo. Enquanto L. segurava a vítima por trás, dando-lhe uma "gravata", o adolescente sacou da arma e exigiu dinheiro da vítima. Diante da resposta negativa, os agentes lhe tomaram dois cartões de crédito e o aparelho celular, determinando que não reagisse e descesse do carro. A vítima, ainda, forneceu-lhes as senhas dos cartões. Na posse dos bens, os roubadores fugiram.

Todavia, os agentes tentaram utilizar os cartões roubados em uma padaria, mas uma das transações foi recusada. Assim, a polícia foi acionada pelo caixa do estabelecimento e, minutos após, conseguiu detê-los. Submetidos à revista pessoal, foram encontrados em poder do adolescente e de L., os dois cartões e o celular subtraídos da vítima.

Acesso ao Sumário

A materialidade do ato infracional ficou demonstrada pelas circunstâncias descritas no boletim de ocorrência (fls. 6/11), pelo de exibição e apreensão (fls. 18/19) e pelo auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 20/21).

A autoria é incontroversa.

Em todas as oportunidades que ouvido, o adolescente **M.S.S.** negou a prática do ato infracional. Alegou que ele, A., G., T. e L. estavam em um baile e, quando saíram de lá, encontraram duas meninas e pararam em uma padaria "24 horas". Ao saírem do estabelecimento, foram abordados pelos policiais. Não soube dizer quem pagou a conta. Disse que o celular e o cartão da vítima não estavam em seu poder (fls. 61/62 – mídia audiovisual).

Contudo, a versão exculpatória por ele apresentada não convence. Vejamos;

O ofendido **A.R.F.** deu detalhes acerca do roubo contra ele perpetrado e reconheceu, sem sombra de dúvidas, o adolescente como um dos autores da infração (fl. 70 mídia audiovisual).

Como é cediço, em crimes de natureza patrimonial, a palavra das vítimas revestem-se de elevado cunho probatório, notadamente pelo contato direto que tiveram com o agente criminoso[1].

No mais, nada de concreto foi trazido aos autos que pudesse desmerecer seus relatos, sendo certo, ainda, que não teria razão alguma para imputar falsamente a prática de conduta de extrema gravidade a pessoa que sabem ser inocente.

Ainda, apesar de não terem sido ouvidos em juízo, os depoimentos dos policiais militares **J.G.F.R.** e **A.G.A.**, colhidos no inquérito policial, confirmam que o adolescente foi aprendido no interior do veículo subtraído, ainda na posse do celular e do cartão de crédito do ofendido (fls. 25/26-27/28)

Assim, os elementos coligidos aos autos não deixam dúvidas do envolvimento do adolescente no ato infracional em comento, com o que a procedência da representação era mesmo medida de rigor.

Da mesma forma, bem delineada a causa de aumento, uma vez que, conforme se extrai do depoimento da vítima, os roubadores se utilizaram de uma arma de fogo para subjugá-la.

Assim, quando houver nos autos outros elementos a comprovar a utilização do artefato na empreitada criminosa, sua apreensão e realização de prova pericial não são imprescindíveis para a caracterização da referida majorante. Esse entendimento, aliás, está consolidado na Súmula 86 desta E. Corte: *"Em se tratando de ato infracional equiparado a crime contra o patrimônio, a ausência de exames e laudos técnicos sobre armas não prejudica o reconhecimento da*

Acesso ao Sumário

1 STJ/AgRg no AREsp 482281/BA, Rel. Minª MARILZA MAYNARD (Des. conv. TJ/SE), 6ª Turma, DJe 16/05/2014.

materialidade do ilícito se outros elementos de prova puderem atestá-la".

Quanto à medida socioeducativa aplicada, nenhuma alteração a ser feita, considerando que o MM. Juiz sentenciante bem fundamentou a aplicação da internação, justificando sua necessidade e excepcionalidade para o caso concreto.

Frise-se que o ato infracional praticado pelo recorrente está inserido no rol do artigo 122 do ECA, cujo inciso I prevê medida de internação nos casos que envolverem violência ou grave ameaça à pessoa[2].

Ademais, conforme se extrai do Relatório de Diagnóstico Polidimensional (fls. 71/76): "**o adolescente acumula outras duas passagens por distrito policial, sempre na mesma condição, onde afirma inocência, tendo uma dessas resultado em medida socioeducativa de P.S.C. – 'Prestação de Serviço à Comunidade', sendo advertido quanto a dificuldade em acatar as orientações bem como das de se livrar de situações como as que o levaram de volta ao Centro de Atendimento Socioeducativo.** Além disso, a equipe multiprofissional observou que o adolescente **abandonou os estudos, encontrava-se ocioso, sem atividades importantes e envolto por amizades com envolvimento torpe**. Sugere o relatório dos técnicos, acompanhamento psicossocial, que lhe ofereça recursos necessários que possibilite canalizar adequadamente sua energia, favorecendo o comprometimento para com processo educacional e profissionalizante, além da sedimentação de regras e valores éticos (fls. 54/59).

Portanto, a gravidade concreta do ato infracional e as condições pessoais do adolescente bem revelam que a internação é mesmo a medida mais adequada ao caso em análise, tratando-se da forma mais eficaz para afastá-lo da criminalidade, bem como de orientá-lo adequadamente acerca da extrema gravidade da conduta, tudo a fim retirá-lo da situação de risco e vulnerabilidade em que se encontrava.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo adolescente **M.S.S.**, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000075-38.2016.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante M.F.T. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DE S.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

2 STJ/HC 95352/SP, Rel. Minª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 08/06/2009.

proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.239)**

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, 4 de dezembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: Apelação – Ato infracional – Conduta tipificada como tráfico ilícito de entorpecentes – Procedência da representação e aplicação de medida socioeducativa de internação – Possibilidade – Antecedentes infracionais – Condições pessoais da adolescente que recomendam imposição de tratamento ressocializador privativo de liberdade – Recurso desprovido – Sentença mantida.

VOTO

O Ministério Público ofereceu representação em face de M.F.T. pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Tóxicos.

Pela r. sentença de fls. 93/96, cujo relatório se adota, a ação foi julgada procedente; reconhecida a prática infracional e aplicada ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

Inconformado, apela o jovem. Em apertada síntese, apesar de pleitear a absolvição por falta de provas, argumenta apenas sobre a inadequação da medida de internação, buscando a aplicação de medida socioeducativa mais branda (fls. 01/04 dos autos dependentes).

Recurso tempestivo, isento de preparo, com contrarrazões (fls. 115/118).

Mantida a decisão recorrida (fls. 122), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 128/133).

É o relatório.

Segundo consta, em (...), M., com 16 anos à época, trazia consigo, para fins de tráfico, 0,312g de cocaína e tinha em depósito, com a mesma finalidade, 136,44g de maconha.

Conforme restou apurado, policiais militares receberam denúncia dando conta da prática de tráfico no local dos fatos e, de fato, lá surpreenderam o apelante na posse de cocaína. Em continuação às diligências, realizaram busca

Acesso ao Sumário

na residência do menor, onde localizaram as porções de maconha.

Inexistem dúvidas sobre a materialidade e a autoria dos fatos, comprovadas material e oralmente durante a instrução, tanto que admitido pela própria defesa em seu recurso.

O adolescente confessou os fatos e sua versão foi corroborada pelas demais provas, sobretudo o depoimento do policial responsável pela apreensão, que narrou os fatos tal como descrita na representação.

E, em que pesem os argumentos da combativa defesa, a medida socioeducativa, na modalidade internação, restou bem aplicada na origem ante a gravidade e circunstâncias dos atos perpetrados e as condições pessoais do recorrente (artigo 112, § 1º, da Lei 8.069/90).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indeterminadas, com reflexos na comunidade, a recomendar a internação de quem a pratica.

Esta Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tem adotado esse critério (apelação nº 0000285-23.2015.8.26.0598, relator Des. Xavier da Aquino, Decano, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0001374-73.2015.8.26.0536, relator Des. Salles Abreu, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0000285-36.2015.8.26.0626, relator Des. Ricardo Dip, Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 04/04/2016).

Além disso, o jovem ostenta registros anteriores pela Vara da Infância e Juventude (fls. 16/32) e já foi submetido a medidas socioeducativas mais brandas no passado, as quais não foram suficientes pra sua ressocialização.

Tais fatos demonstram que a conduta que aqui se apura não constitui fato isolado em sua trajetória e autorizam a imposição da medida extrema com fulcro no artigo 122, II, do ECA.

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que o menor será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a sentença como lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001173-07.2017.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes E.A.C. (MENOR), L.A.S. (MENOR), R.M.M. (MENOR), R.C.R.O. (MENOR), G.D.S. (MENOR) e C.S.S. (MENOR), é apelado P. DE J. 3 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 30.823)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: ATO INFRACIONAL – Adolescentes representados pela prática de infração equiparada ao crime previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal – Sentença que julgou procedente a representação, impondo a duas adolescentes (L.A.S. e R.M.M.) a medida de internação, vez que reincidentes e, aos demais jovens (E.A.C., C.S.S, R.C.R.O. e G.D.S.), as medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Interposição de apelo, em conjunto, visando preliminarmente ao seu recebimento em ambos os efeitos e, no mérito, à absolvição ante a fragilidade probatória ou, subsidiariamente, à substituição da medida de internação para outra em meio aberto – Materialidade e autoria induvidosas – Adolescentes que se quedaram inertes em toda instrução – Depoimentos das vítimas em perfeita consonância com o apurado – Ato infracional grave – Circunstâncias pessoais devidamente sopesadas quando da fixação das medidas – Apelo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelos adolescentes E.A.C., C.S.S., L.A.S., R.M.M., R.C.R.O. e G.D.S. contra a r. sentença de fls.215/220, que julgou procedente a representação formulada em seus desfavores pela

prática do ato infracional equiparado à conduta tipificada no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, aplicando às jovens L.A.S. e R.M.M. a medida socioeducativa de internação, vez que reincidentes e, aos adolescentes E.A.C., C.S.S., R.C.R.O. e G.D.S., as medidas de liberdade assistida, cumulada com prestação de serviços à comunidade. Visam, preliminarmente, ao recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, à improcedência da representação, calcado na assertiva de fragilidade do conjunto probatório ou, subsidiariamente, à substituição da medida extrema aplicada a L.A.S. e R.M.M. por outra em meio aberto (fls.268/276).

Bem processado e recebido o recurso, houve apresentação de contrarrazões (fls.284/290), e manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (fl.306). Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral da Justiça pelo não provimento do apelo (fls.329/334).

É o relatório.

De início, anoto que não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente recurso diante do julgamento da matéria. Depois, conforme precedente desta Câmara Especial, *"se prevalecente o intento legal de ressocializar, em primeiro lugar, não há o porquê se aguardar o transcurso do apelo para, só depois, começar o tratamento"* (Apel. nº 0044915-77.2012.8.26.0564, j. em 21.10.2013, Rel. Costabile e Solimene). Esse, aliás, é o entendimento consignado pelo Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP –, publicado em outubro de 2011, que ora se adota:

"A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade".

Afastada a preliminar arguida, no que tange ao mérito, as provas colhidas autorizam a procedência da representação.

Consta na representação que no dia (...), às (...), na Rua (...), (...), os adolescentes E.A.C., C.S.S., L.A.S., R.M.M., R.C.R.O. e G.D.S. o imputável C.H.M.L., agindo em concurso e previamente conluiados, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça e violência exercida contra as vítimas F.R.S.I. e B.C.R., uma bolsa, contendo documentos pessoais e um celular da ofendida F.

A materialidade e as autorias restaram devidamente demonstradas pelo boletim de ocorrência nº (...) (fls.51/56), auto de exibição e apreensão (fls.69/70),

auto de reconhecimento (fl.68) e demais provas produzidas.

Apenas as jovens L.A.S. e G.D.S. confessaram a prática da infração quando ouvidas informalmente perante do Ministério Público, tendo todos os demais adolescentes, tanto na Delegacia de Polícia como em Juízo, mantido silêncio, contrariando, inclusive, o instinto natural de defesa, caso, eventualmente, estivessem sendo injustamente acusados.

Não obstante, a Defesa não trouxe aos autos qualquer outro elemento capaz de invalidar os fatos trazidos na representação, restando uníssona a versão apresentada, isolada do contexto probatório.

No mais, ambas as vítimas, embora com declarações não exatamente idênticas (o que dá, inclusive, maior credibilidade) reconheceram categoricamente os menores, não restando dúvida na participação de todos na empreitada infracional.

A propósito, em arremate, há de considerar que parte dos bens foi encontrada na posse dos jovens representados, assim que o fato foi comunicado à autoridade policial.

Consabido é que quem está na posse de bem alheio, impõe-se o indeclinável dever de dar inequívoca explicação a respeito das circunstâncias em que foi adquirido o bem, sob pena de permitir que contra ele se extraiam ilações que, concatenadas com outras provas, possibilitam a procedência da ação.

Com relação às medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes, a respeitável sentença se mostra, de igual forma, incensurável.

O ato infracional perpetrado é considerado grave, porquanto fora praticado em comparsaria, mediante ameaça e violência contra as vítimas, a autorizar a incidência do inciso I do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bem verdade também que na aplicação da medida socioeducativa há que se levar em conta as condições pessoais dos adolescentes, bem como suas capacidades de cumpri-la, conforme o disposto no § 1º, do art. 112, da Lei nº 8.069/90.

E, neste contexto, é que se verifica que o D. Magistrado bem sopesou os relatórios técnicos apresentados, bem como os registros de antecedentes de cada jovem, bem fundamentando a adoção de cada uma das medidas a elas, vejamos:

"As adolescentes L.A.S. e R.M.M., são reincidentes, já tendo recebido medidas socioeducativas em decorrência da prática de outros delitos (L.A.S. semiliberdade; R.M.M. – liberdade assistida), medidas estas que não surtiram o efeito desejado, tanto assim que delinquiram novamente. Tal reincidência por si só já justifica a internação, tendo em vista a prática reiterada de delitos graves, nos termos do artigo 122, II do Estatuto da Criança e do Adolescente. Como se não bastasse, as adolescentes demonstraram periculosidade exacerbada, assim como premeditação e forte desvalor social em sua conduta."

Acesso ao Sumário

De igual forma, encontra-se o embasamento das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade aos demais jovens:

"No que tange aos adolescentes E.A.C., C.S.S., R.C.R.O. e G.D.S., verifica-se que são primários e que detém relativo amparo familiar, de modo que a medida de internação não se mostra necessária. Os jovens podem cumprir medida em meio aberto, mais adequada a suas condições pessoais, recebendo auxílio e orientações necessárias."

Assim, nada havendo que se alterar quanto ao decidido, tem-se que os jovens serão periodicamente avaliados, podendo obter a reversão da medida quando vierem a demonstrar inequívoca aptidão para a progressão ou imediata extinção.

Pelo exposto, **nega-se** provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença recorrida na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013391-71.2015.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M.D.M.J. e A.C.J.M., é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DO F. R. DA L.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.815)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "Destituição do poder familiar – Crianças institucionalizadas há aproximadamente três anos – Genitora portadora de HIV e distúrbio mental, resistente a tratamento psiquiátrico – Genitor que se mostra conivente com os ataques da genitora em relação aos filhos, como pontuado em relatório – Nenhuma perspectiva de colocação dos infantes junto à família extensa – Primazia dos superiores interesses

dos menores – Sentença confirmada – Apelo não provido."

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por M.D.M.J. e A.C.J.M. contra a r. sentença de fls. 451/454, que os destituiu do poder familiar sobre as crianças E.D.M.J. (DN (...)) e L.M.D.M. (DN (...)), com fundamento no artigo 1.638, inciso II, do Código Civil, combinado com os artigos 22 e 24, ambos da Lei nº 8.069/90.

Recurso visando à reforma da r. sentença prolatada, calcado nas seguintes alegações: a) o conjunto probatório não é suficiente para destituí-los do poder familiar que detinham sobre seus filhos; b) a genitora vem sendo acompanhada pelo Centro de Referência DST/AIDS da Nossa Senhora do Ó, tomando regularmente a medicação prescrita e não apresentando qualquer tipo de surto; c) existência de fortes vínculos de afetividade entre os recorrentes e as crianças; d) nos termos do § 3º do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a manutenção das crianças em sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência; e) há presunção legal de que o melhor lugar para a manutenção de uma criança é no seio de sua família e f) não há provas sobre maus tratos, abuso, abandono ou descumprimento do poder familiar (fls. 470/476).

Bem processado o recurso, houve apresentação de contrarrazões (fls. 474/485), a r. sentença ficou mantida por seus próprios fundamentos (fl. 487) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo não provimento do apelo (fls. 493/496).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

É bem verdade que à luz do artigo 19 da Lei nº 8.069/90, garante-se aos menores o direito à criação e à educação no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

No entanto, em que pese à tese aduzida pelos recorrentes, da análise das avaliações técnicas realizadas ao longo da instrução, não restou demonstrada alteração no cenário apresentado pelo Ministério Público, sobretudo no que diz respeito ao tratamento médico/psiquiátrico efetivo por parte da genitora das crianças, bem como das condições do genitor, ora apelante, em atender as necessidades de sua prole, inclusive com relação à sua segurança no caso de eventual surto daquela.

A propósito, os pareceres técnicos sinalizam para a manutenção da r. sentença, sendo bastante pertinentes as seguintes transcrições contidas nos autos nº (...):

"A Sra. M. além da vida conjugal oscilante e instável com uma troca de

Acesso ao Sumário

parceiros constante apresenta indícios de descontrole e a qualquer momento poderá surtar colocando em risco a vida das crianças, demonstrando ser uma pessoa impulsiva. Além disso, não temos nenhuma garantia de que esteja realmente seguindo o tratamento psiquiátrico e tomando as medicações prescritas. Quanto ao Sr. A., embora afirme se sentir pai de 'E.', apesar da retirada de seu nome da certidão de nascimento, sic, não apresenta condições de proteger as crianças dos ataques da genitora e nem consegue se opor a qualquer vontade da mesma" (fl. 111);

"De acordo com o informado, as crianças não pedem pelos pais, mas desejam muito serem inseridas em uma família" (fl. 164);

"(...) quanto a 'E.', cabe ressaltar que, em sua representação gráfica de si mesmo, evidencia-se seu sentimento de absoluta solidão e desamparo" e L. "(...) em seu modo de agir, também demonstrou muita carência e necessidade de receber afeto e atenção" (fl. 328).

E como bem lançado na r. sentença combatida:

"A genitora verbaliza sua vontade em obter a guarda dos infantes, mas suas atitudes não condizem com suas alegações. O principal fator impeditivo está na sua condição psiquiátrica, porém, M. é bastante relutante em aderir ao tratamento.

No mais, observo que os irmãos estão acolhidos há aproximadamente dois anos e meio, tendo inclusive apresentado grande sofrimento emocional relacionado à falta de uma família (Processo nº (...) – fls. 328/329).

Eis que irrompe patente o abandono, demonstrando pela negligência e descumprimento dos deveres parentais para com a prole.

A possibilidade de colocar os infantes sob os cuidados da família extensa está descartado, uma vez que a tia materna, Sra. N., manifestou expressamente o seu desinteresse pela guarda" (fl. 453).

Considera-se, por derradeiro, que as crianças têm direito a um lar e a uma família, com a definição de sua situação jurídica, considerando a idade em que se encontram.

Sob essa perspectiva, pautam-se as decisões menoristas pelo princípio da proteção integral, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a priorizar o bem-estar, o desenvolvimento saudável, a educação e a dignidade da criança e do adolescente, em estrita observância ao princípio da proteção integral.

Assim já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Direito de Família. Recurso especial. (...) Melhores condições. Prevalência do interesse da criança. Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente –

ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor. Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado". (...) (STJ, 3ª Turma, REsp n. 916.350 (RN), Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. 11.03.08).

Tendo em vista que a destituição do poder familiar é medida judicial levada com extrema cautela, os laudos do setor técnico são sempre de expressiva valia para subsidiar a decisão do magistrado, sendo que, na espécie, foram taxativamente desfavoráveis ao convívio das menores com os genitores, no que foram acompanhados pelos pareceres ministeriais em primeira e segunda instância.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação, para que subsista a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1000553-27.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e apelante J.E.O., é apelado/apelante D.A.C. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da ré e proveram em parte o recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41634)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de fevereiro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA PARTE. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ARTIGO 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA MUNICIPALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA QUE COMPORTAM ALTERAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DA MUNICIPALIDADE NÃO PROVIDOS. RECURSO ADESIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA PROVIDO EM PARTE, PARA MAJORAR O VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações e reexame necessário, nos autos de ação de rito ordinário ajuizada por D.A.C., representado por sua mãe, contra o Município de Santo André. A r. sentença de fls. 48/51, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido, confirmando a tutela antecipada, para condenar o Município a disponibilizar vaga à criança em creche próxima à sua residência, em período integral, e condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

O Município de Santo André interpôs recurso de apelação, apenas com o fim de afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, pelo fato de a parte autora estar representada pela Defensoria Pública (fls. 58/69).

A Defensoria Pública interpôs recurso adesivo, para obter a majoração do valor dos honorários sucumbenciais para um salário mínimo (fls. 72/75).

Apresentadas contrarrazões (fls. 76/83 e 88/101), os autos foram remetidos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do reexame necessário, deixando de opinar sobre a questão relativa aos honorários advocatícios (fls. 118/121).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Além dos recursos de apelação interpostos, há reexame necessário, nos termos do artigo 496, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor, e da Súmula nº 490 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Não é o caso de dar provimento ao reexame necessário e ao recurso da Municipalidade, mas apenas em parte ao recurso adesivo da Defensoria Pública.

O C. Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA 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 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 exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, 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 inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a*

Acesso ao Sumário

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).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário, para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DE 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 n. 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

Outrossim, é possível afirmar que o direito constitucional à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, fundado no artigo 208, IV, Constituição Federal, é autoaplicável.

E o mínimo existencial, presente no direito fundamental à educação, prepondera sobre eventual limitação orçamentária à sua implementação, bem como sobre a disponibilidade de vagas.

Acesso ao Sumário

Ainda, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme artigo 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Esta E. Câmara Especial já decidiu, em caso análogo, o seguinte: *"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).

No mais, as Súmulas nº 63 e nº 65 deste E. Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"* e *"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"*.

É dever, portanto, do Município gerir seus recursos com eficiência, a fim de garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitarem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pelo requerente (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da escola, será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

No mais, vencido o Município, são devidos honorários advocatícios em favor do patrono da parte contrária, ainda que seja representada pela Defensoria Pública.

Nos termos da Lei Complementar Estadual nº 988/06, constituem receitas

Acesso ao Sumário

da Defensoria Pública do Estado, *"os honorários advocatícios fixados nas ações em que houver atuado"* (art. 8º, III), sendo dever dos membros da Defensoria *"zelar pelo recolhimento ou promover a cobrança de honorários advocatícios, sempre que o necessitado for vencedor da demanda ou houver arbitramento judicial* (...)" (artigo 164, XVIII).

Não é caso de aplicação da Súmula nº 421 do C. Superior Tribunal de Justiça (*"os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença"*), já que a Defensoria Pública pertence ao Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público diferente e autônoma do Município. Assim, está correta a condenação do Município ao pagamento dos honorários advocatícios.

De resto, comporta alteração o montante arbitrado, visto que demasiadamente módico, o que avilta a atividade profissional dos integrantes da Defensoria. Nos limites do pedido da Defensoria Pública, cabível a elevação para R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), atualizáveis a partir da intimação do presente, montante que remunera condignamente o trabalho desenvolvido, em demanda que não apresentou percalço digno de nota. É para essa finalidade que o adesivo comporta provimento em parte.

Pelo exposto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da ré e provejo em parte o recurso adesivo.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049476-17.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitante, qual seja, o da digna 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.561)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de novembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Pleito de inclusão, na base de cálculo do décimo terceiro salário e de outras verbas, de determinada vantagem pecuniária. Litisconsórcio ativo facultativo.

– Se, individualmente, cada uma das pretensões litisconsorciais dirigidas contra a Fazenda pública não atinge o valor de 60 salários mínimos ("caput" do art. 2º da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009), é de reconhecer a correspondente competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública.

– Competência do M. Juízo suscitante, para apreciar e decidir na espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Desfia conflito negativo de competência o M. Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, suscitado o M. Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, nos autos da ação ordinária ajuizada por Vera Lúcia dos Santos Alves, Anabel Correia, Antonio Paiva de Souza e Sueli Alves da Cruz, por entender que o M. Juízo suscitado é competente para julgar a ação objeto, em que a cumulação subjetiva presente pode comprometer a simplicidade – um dos princípios regentes dos Juizados Especiais.

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inc. II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. O objeto da ação referencial é o direito dos autores quanto à inclusão na base de cálculo do décimo terceiro salário e de outras verbas, de determinada vantagem pecuniária (fls. 4-10vº).

4. Discute-se, *in casu*, o conceito de valor da causa para os fins de limitar a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao teto de 60 salários mínimos, nas demandas com **litisconsórcio ativo facultativo**.

O caso *sub examine* diz respeito à demanda ajuizada por **quatro litisconsortes facultativos**, que atribuíram à causa o valor de R$ 57.000,00, retificado de ofício pelo M. Juízo suscitado para constar R$ 57.793,46 (fls. 10

Acesso ao Sumário

verso e 12).

As pretensões possuem a mesma origem fática, mas não há exigência legal para o litígio conjunto. Cada um dos autores poderia deduzi-las individual e especificamente. Estão reunidas, apenas, por motivos discricionários.

Para os fins de aferição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública deve ser considerada a **divisão do valor da causa pelo número de litisconsortes**, tal como se as ações tivessem sido propostas individualmente e depois reunidas por meio de conexão, o que resulta, na espécie, em **pretensões singulares inferiores a 60 salários mínimos**.

Esse critério já se consagra em verbete do Direito sumular do egrégio extinto Tribunal Federal de Recursos e adotou-se pelo colendo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, como consta de precedentes da 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça:

> "em casos de cúmulo processual subjetivo não-necessário, a razão de ser do litisconsórcio é, de fato, fundacional. Daí que sob a econômica aparência de um único processo, emergem tantas relações jurídico-processuais quantos sejam os litisconsortes (cf. REsp 314.130 – STJ – 5ª Turma – Ministro JORGE SCARTEZZINI)" (por exemplo: AC 373.756; AC 401.637; AC 413.607; AC 553.398; AC 578.973; AC 663.642; AC 670.517; AC 723.763; AC 745.462; AC 768.200; AC 768.802; AC 785.269; AC 836.551; AC 844.948; AC 902.292).

Por isso, o consequente de que se deva considerar o valor de cada uma das pretensões (ou, quando o caso, já condenações) autônomas para aferir a alçada de competência.

5. Ausente, *prima facie*, a necessidade de perícia complexa e porque o valor da causa, considerada a pretensão econômica individual de cada um dos litisconsortes, não supera 60 salários mínimos, a competência é do M. Juízo suscitante.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitante, qual seja, o da digna 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0046546-26.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA

Acesso ao Sumário

DA FAZENDA PÚBLICA 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 45.056)**

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, 27 de novembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Vice-Presidente

Ementa: Conflito de Competência – ação declaratória de obrigação de fazer c.c. pagamento de atrasados, ajuizada contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo – litisconsórcio ativo facultativo – hipótese de individualização do valor da causa, de acordo com a pretensão econômica pleiteada por cada autor – análise do pedido não revestida de complexidade – competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que é parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos – conflito procedente – competência do Juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital, em face do MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da mesma Comarca, nos autos da ação declaratória de obrigação de fazer c.c. pagamentos de atrasados ajuizada por Anabel Correia, Antonio Paiva de Souza, Fatima Aparecida Claudio, Gislaine Alves Nunes Batista e Jose da Silva Ribeiro Filho contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízos declararam-se incompetentes para processar e julgar a demanda (artigo 66, II, do Novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Anabel Correia, Antonio Paiva de Souza, Fatima Aparecida Claudio, Gislaine Alves Nunes Batista e Jose da Silva Ribeiro Filho

Acesso ao Sumário

ajuizaram ação declaratória contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, para requerer que a ré seja condenada ao pagamento da sexta-parte, calculada sobre os vencimentos integrais, integrando a diferença nos proventos mensais, 13º salário e demais verbas incorporadas por cada autor (fls. 04/08).

A demanda foi originariamente distribuída ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que determinou a redistribuição do feito a uma das Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, sob o argumento de que a pretensão de cada autor deve ser individualizada, resultando em valor inferior ao limite de 60 salários mínimos, nos termos do enunciado nº 02 do FONAJE (fls. 12/14).

Discordando desse entendimento, o Juízo contemplado pela redistribuição, da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital, suscitou o presente conflito, alegando que o valor global da causa ultrapassa o limite legal, estando, portanto, fora da alçada do Juizado Especial da Fazenda Pública (fls. 02/03).

Assiste razão ao Juízo suscitado.

No vertente caso, compõem o polo ativo da demanda cinco autores, que atribuíram à causa o valor de R$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais), fls. 08/ verso.

A existência da pluralidade de sujeitos, além de o pedido deduzido derivar do mesmo fundamento fático ou de direito, configura a hipótese de litisconsórcio facultativo, previsto no artigo 113, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ressalta-se que referida modalidade litisconsorcial admite a possibilidade de cada um dos autores ajuizar ações individuais, não havendo exigência legal para que o fizessem em conjunto, circunstância que torna irrelevante o valor total atribuído à causa, devendo ser considerado o proveito econômico perseguido por cada litisconsorte para a aplicação da limitação de critério de alçada, estabelecida no artigo 2º da Lei 12.153/2009.

É esse o raciocínio adotado em precedentes desta Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. – Repetição de indébito – Cobrança indevida de ICMS sobre Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão de energia elétrica. – Se, individualmente, cada uma das pretensões litisconsorciais dirigidas contra a Fazenda pública não atinge o valor de 60 salários mínimos ("caput" do art. 2º da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009), é de reconhecer a correspondente competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública. – A suposta necessidade de exame pericial não é apta a infirmar a competência absoluta, prevendo a Lei n. 12.153/2009 a realização de prova técnica. – Entendimento cônsono do col. STJ: e.g., CC 96.353 - Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI; AgR no CC 104.714 - Min. HERMAN BENJAMIN; REsp 1.205.956 -

Acesso ao Sumário

Min. CASTRO MEIRA; RMS 30.170 - Min. NANCY ANDRIGHI; AgR no REsp 1.214.479 - Min. OG FERNANDES; AgR no REsp 1.222.345 - Min. HAMILTON CARVALHIDO. Competência do M. Juízo suscitado, para apreciar e decidir na espécie" (Conflito de competência nº 0006518-16.2017.8.26.0000, Relator Des. Ricardo Dip, Presidente da Seção de Direito Público, j. em 17.04.2017).

"Conflito negativo de competência. Ação ajuizada por guardas municipais objetivando receber diferenças pretéritas (reenquadramento previsto na lei nº 13.768/04 e promoções). Litisconsórcio ativo facultativo. Artigo 113, inciso III, do Código de Processo Civil. Pretensões individuais e específicas. Possibilidade de limitação do critério de alçada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao proveito econômico perseguido por cada litisconsorte. Irrelevância do fato de o valor global estimado pelos autores ser superior ao limite de 60 salários mínimos. Para fins de competência, deve ser considerada como valor da causa a pretensão individual de cada litisconsorte. Nova orientação jurisprudencial preconizada por esta C. Câmara Especial. Desnecessidade de produção de prova pericial complexa Suficiência de meros cálculos aritméticos. Incidência dos artigos 9º e 10, da Lei nº 12.153/2009. Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública. Conflito procedente. Competência da 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Capital." (Conflito de competência nº 2252217-46.2016.8.26.0000, Relatora Ana Lucia Romanhole Martucci, j. em 08.05.2017).

Assim, tendo em vista que a importância atribuída à causa, de forma individualizada, não supera o limite legal, bem como o recálculo do adicional pretendido (sexta-parte) não se revestir de complexidade, a demanda se amolda ao procedimento simplificado dos Juizados Especiais.

Veja-se, a respeito, o conflito de competência nº 0036766-62.2017.8.26.0000, relator Desembargador Luiz Antonio de Godoy, Presidente da Seção de Direito Privado, julgado em 02.10.2017:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação que visa ao recálculo do adicional denominado 'sexta-parte' e cobrança de eventuais diferenças proposta contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais para ações em que figure como parte o Poder Público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos. Inteligência do artigo 2º, caput, e § 4º, da Lei 12.153/2009. Provimento 2.203/14 do Conselho Superior da Magistratura. Designação das Varas dos Juizados Especiais, em caráter exclusivo, para o processamento e julgamento dos feitos enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública. Desnecessidade de produção de prova de alta complexidade. Competência do Juízo suscitante, da

Vara do Juizado Especial Cível de Avaré".

Do exposto, declara-se competente o Juízo suscitante, 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0052638-20.2017.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE COTIA e interessada M.A.C., é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DO TATUAPÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito e julgaram procedente para declarar a competência do juízo suscitante. V.U. Acórdão com o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.631)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), vencedor, ALVES BRAGA JUNIOR, vencido, ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

ARTUR MARQUES, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – INTERDIÇÃO – TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO DA INTERDITANDA NO CURSO DA DEMANDA – REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DA COMARCA DO NOVO DOMICÍLIO – POSSIBILIDADE – NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS* – COMPETENTE O JUIZ SUSCITANTE.

1. A competência para as ações em que se discutem interesses de incapazes é definida pelo local do seu domicílio, em obediência ao princípio do juízo imediato, que se encontra umbilicalmente atrelado ao princípio do melhor interesse do incapaz.

2. Ainda que o Juízo suscitado já tivesse proferido

Acesso ao Sumário

decisões anteriores na ação de interdição, há flexibilização, nesse caso, da regra da *perpetuatio jurisdictionis* na hipótese, a qual cede passo àqueles princípios do juízo imediato e do melhor interesse da incapaz, em virtude da mudança de seu domicílio ocorrida após o ajuizamento da ação.

3. Competente o Juízo suscitante do atual domicílio da interditanda.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Cotia em face do Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Tatuapé na ação de interdição de M.A.S., proposta pela sobrinha, M.A.C.

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízes se declararam incompetentes para processar e julgar o feito, (art. 66, II, do novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, M.A.C. propôs ação de interdição de M.A.S. que foi distribuída perante a 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Tatuapé. Mencionado Juízo alegando que a interditada encontra-se domiciliada em casa de repouso situada na comarca de Cotia, determinou a redistribuição dos autos a uma das varas daquela localidade (fls. 15).

Recebidos os autos, o Magistrado da 1ª Vara Cível de Cotia, sob o argumento de que o Juízo suscitado não poderia ter declinado de ofício de sua competência, por ser relativa, já que a transferência da incapaz para instituição (casa de repouso) situada na cidade de Cotia, não tem o condão de alterar a competência, a qual já estaria fixada no momento da distribuição do feito, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil, suscitou o presente conflito (fls. 3/5).

Tenho que os autos devem ser processados e julgados pelo Juízo suscitante.

Ainda que a ação de interdição tenha sido proposta originariamente perante o E. Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Tatuapé e lá tenha sido processada inicialmente, o fato é que, durante o transcurso da demanda, a incapaz acabou transferindo seu domicílio para a Comarca de Cotia, onde se encontra interna até os dias de hoje, fato este que não foi contestado.

Assim, por conta dessa mudança de domicílio, o suscitado determinou a remessa dos autos ao suscitante.

Com razão o suscitado.

Acesso ao Sumário

Isto porque a competência para as ações em que se discutem interesses de incapazes é definida pelo local do seu domicílio, em obediência ao princípio do juízo imediato previsto para os menores incapazes no art. 50 do NCPC e art. 147, incisos I e II, do ECA, que aqui se aplica por analogia, uma vez que se encontra umbilicalmente atrelado ao princípio do melhor interesse do incapaz, e que, no caso, é o da Comarca de Cotia, onde a interditanda encontra-se internada.

Por esse fundamento, mostrou-se correta a remessa dos autos ao Juízo suscitante, como determinado pelo Juízo suscitado, pelo fato daquele primeiro estar mais próximo da interditanda e poder, dessa forma, prestar uma tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao caso e que, exatamente por isso, tais princípios sobrepõem-se às regras gerais de competência do Código de Processo Civil.

Assim, ainda que o Juízo suscitado já tivesse proferido decisões anteriores na ação de interdição, há flexibilização, nesse caso, da regra da *perpetuatio jurisdictionis* na hipótese, a qual cede passo àqueles princípios do juízo imediato e do melhor interesse da incapaz, em virtude da mudança de seu domicílio ocorrida após o ajuizamento da ação.

Não convence nem mesmo eventual alegação de que o Juízo suscitado não poderia declinar de ofício de sua competência, posto que na ação de interdição NÃO estão sendo discutidos meros direitos patrimoniais de pessoa maior e capaz, ou seja, meros direitos disponíveis, o que envolveria regra de competência territorial e, portanto, de natureza relativa; mas, isto sim, direitos indisponíveis de pessoa incapaz, cuja regra de competência prevista no art. 50 do NCPC e no art. 147, I, do ECA, que aqui se aplica por analogia, possui natureza jurídica de norma cogente e, portanto, absoluta, e que, por isso, pode ser declinada de ofício, não admitindo sequer prorrogação.

Esse o entendimento que tem prevalecido perante a jurisprudência pátria, como demonstram as ementas de Acórdão proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritas:

> *CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PROTEÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. ART. 147, I, DO ECA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO. 1 – A Segunda Seção entende que a regra de competência insculpida no art. 147, I, do ECA, que visa a proteger o interesse da criança, é absoluta, ou seja, deve ser declarada de ofício, não sendo admissível sua prorrogação. 2 – Em discussões como a que ora se trava, prepondera o interesse do menor hipossuficiente, devendo prevalecer o foro do alimentando e de sua representante legal como o competente tanto para a ação de alimentos como para aquelas que lhe sucedam ou que lhe sejam conexas. 3 – Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Arneiroz, o suscitante.* (CC 102.849/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado

Acesso ao Sumário

em 27/05/2009, DJe 03/06/2009).

PROCESSO CIVIL. REGRAS PROCESSUAIS. GERAIS E ESPECIAIS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA. ADOÇÃO E GUARDA. PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO JUÍZO IMEDIATO. 1. A determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas. 2. O princípio do juízo imediato estabelece que a competência para apreciar e julgar medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA é determinada pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária. 3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta. Isso porque a necessidade de assegurar ao infante a convivência familiar e comunitária, bem como de lhe ofertar a prestação jurisdicional de forma prioritária, conferem caráter imperativo à determinação da competência. 4. O princípio do juízo imediato, previsto no art. 147, I e II, do ECA, desde que firmemente atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepõe-se às regras gerais de competência do CPC. 5. A regra da 'perpetuatio jurisdictionis', estabelecida no art. 87 do CPC, cede lugar à solução que oferece tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao infante, permitindo, desse modo, a modificação da competência no curso do processo, sempre consideradas as peculiaridades da lide. 6. A aplicação do art. 87 do CPC, em contraposição ao art. 147, I e II, do ECA, somente é possível se – consideradas as especificidades de cada lide e sempre tendo como baliza o princípio do melhor interesse da criança – ocorrer mudança de domicílio da criança e de seus responsáveis depois de iniciada a ação e consequentemente configurada a relação processual. 7. Conflito negativo de competência conhecido para estabelecer como competente o Juízo suscitado. (CC 111.130/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 01/02/2011).

Acesso ao Sumário

Do exposto, reconheço a competência do Juízo suscitante para apreciação da ação de interdição de M.A.S., proposta pela sobrinha, M.A.C., que, por isso, deverá prosseguir no julgamento da causa.

3. Ante o exposto, **declara-se competente o Juízo suscitante**, da 1ª Vara Cível da Comarca de Cotia.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2166794-84.2017.8.26.0000, da Comarca de Registro, em que é impetrante V.S.L. e paciente N.P.C. (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 que declara voto. Acórdão com o 2º Juiz.". **(Voto nº 45.456)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), vencedores, e DORA APARECIDA MARTINS, vencida.

São Paulo, 4 de dezembro de 2017.

ADEMIR BENEDITO, Relator Designado

Ementa: *Habeas corpus* – Ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 – Impetração contra decisão que decretou a internação provisória da adolescente – Alegação de ilegalidade da decisão – Circunstâncias que apontam a existência de indícios suficientes de autoria – Intervenção que garante a segurança da menor e a manutenção da ordem pública – Inteligência dos artigos 108, parágrafo único, e 174, parte final, da Lei 8.069/90 – Constrangimento ilegal inocorrente – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Valdinei da Silva Lima, advogado, em favor do adolescente N.P.C. contra suposto constrangimento ilegal imposto pelo MM. Juízo da Vara da Infância e Juventude de Registro, que decretou a medida socioeducativa de internação provisória em procedimento que apura a prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Em apertada síntese, a Defesa aponta que a privação de liberdade de

um adolescente é medida excepcional. Argumenta, ainda, que não houve fundamentação idônea. Finalmente, aduz que a ausência das taxativas hipóteses autorizadoras da internação (incisos do artigo 122 do ECA), ainda que provisória, viola o disposto na Súmula 492 do STJ e torna ilegal a privação da liberdade sofrida pela jovem (fls. 01/17).

Deferida a liminar (fls. 22/25), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 49/53).

É o relatório.

Segundo consta, a adolescente foi representada pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 01/03 dos autos originários).

A natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, 05 grandes porções de cocaína, bem como a presença de imputáveis, revelam envolvimento preocupante da adolescente com o meio delituoso e, consequentemente, indicam a necessidade da firme atuação estatal a fim de afastá-la de lá de imediato, garantindo sua segurança pessoal e resguardando-se a manutenção da ordem pública.

Além disso, há indícios suficientes de autoria e de materialidade, tanto é que a representação oferecida pelo Promotor de Justiça foi recebida (fls. 31).

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação provisória imposta buscou retirar de imediato a menor do ambiente delitivo, possibilitando sua reestruturação em local adequado, onde poderá iniciar acompanhamento, recebendo orientação psicológica, pedagógica e profissionalizante.

Cumpridos, portanto, todos os requisitos estabelecidos nos artigos 108, parágrafo único, e 174, ambos da Lei 8.069/90, dispositivos que regulam a custódia cautelar do adolescente.

Inexiste, ademais, 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,

Acesso ao Sumário

1 "O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente".

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).

Em que pese a ausência de notícia do cometimento de atos infracionais no passado, a jurisprudência desta corte autoriza excepcionalmente a internação de adolescentes primários quando as suas condições pessoais indicam no sentido da necessidade de retirá-lo do meio deletério e oferecer-lhe acompanhamento sistemático.

De toda forma, tal avaliação é impossível de ser feita nos estreitos limites do *habeas corpus*, mas a observação revela que a internação provisória de adolescente primário representado por tráfico em nada afronta os princípios previstos na legislação de amparo ao menor.

Não se pode perder de vista, tampouco, a natureza cautelar da internação provisória, não podendo ser confundida com a medida socioeducativa aplicada em sentença, momento em que os pressupostos autorizadores serão discutidos a fundo.

Assim, presentes os pressupostos legais que recomendam a decretação da internação provisória da paciente, não se reconhece o apontado constrangimento ilegal.

Do exposto, denega-se a ordem.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 5.030)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor da adolescente **N.P.C.** contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pela MMª. Juíza Bárbara Donadio Antunes Chinen, da 3ª Vara Judicial da comarca de Registro.

A paciente foi representada pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da lei 11.343/06 (fls. 3/5). A representação foi recebida pela juíza, sendo imposta a medida de internação provisória à jovem (fls. 32/37).

Sustenta o impetrante que a decisão merece reforma, notadamente porque desprovida de fundamentação idônea, em afronta ao artigo 108, do ECA. Assevera que a gravidade em abstrato, por si só, não configura razão idônea para a manutenção da internação provisória, devendo ser aplicada somente quando evidenciada sua necessidade. Aduz que, no caso, relativo a ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça, não se admite a aplicação da medida mais gravosa e que há de se observar que a internação decretada atenta contra os

Acesso ao Sumário

princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sustenta não estar configurada nenhuma das hipóteses do art. 122, do ECA, ressaltando, ainda, violação à Súmula 492 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Requer o deferimento liminar da ordem para que a paciente seja colocada em liberdade, com entrega a seus genitores. No mérito, pede pela concessão da ordem para permitir à paciente aguardar em liberdade o regular processamento do procedimento a que se encontra sujeito (fls. 01/16).

A liminar foi deferida (fls. 22/25) e a autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 29).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 49/53).

É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, entendo que a decisão que decretou a internação provisória à paciente, pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06), merecia ser reformada.

O impetrante destaca que a adolescente 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.

In casu, não se vislumbra a necessidade de internação provisória da paciente.

O artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a internação antes da sentença, é categórico, em seu parágrafo único, ao estabelecer que a decisão deverá ser fundamentada e basear-se na necessidade imperiosa da medida.

Respeitado o entendimento do nobre magistrado *a quo*, a decisão proferida não aponta circunstâncias a justificar o cabimento da internação provisória que, assim como qualquer modalidade de restrição da liberdade, é medida excepcional.

Observa-se dos autos que a adolescente frequenta a escola, tem respaldo dos genitores, não aparenta estar inserida no meio delitivo e não demonstra reiterar a prática de ato infracional como meio de vida.

Ademais, tem-se que o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo rol é taxativo, e 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.

Vale registrar que não há nos autos a demonstração de outras circunstâncias a justificar a necessidade da internação provisória, sendo certo que prática do ato infracional em tela, por si só, não induz à aplicação da medida de internação, como disposto na Súmula 492, do STJ.

E ainda que se esteja discutindo apenas o cabimento da internação provisória, não se pode desconsiderar o caráter excepcional da medida de internação, reforçado pela norma contida no § 2º do art. 122 da Lei nº 8069/90, que é tema pacífico no Colendo Superior Tribunal de Justiça e também no Colendo Supremo Tribunal Federal (AgRg no *HABEAS CORPUS* Nº 291.864/SP, 5ª Turma, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 03/08/2015; HC nº 128171/SP, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 18/09/2015).

Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. ARTIGOS 108 E 122 DA LEI N. 8.069/1990. HIPÓTESES TAXATIVAS. ENUNCIADO N. 492 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, aplicando por analogia o enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de não conhecer de mandamus impetrado contra decisão indeferitória de liminar na origem, excetuados os casos nos quais, de plano, é possível identificar flagrante ilegalidade ou teratologia do referido decisum.

2. Aplica-se à internação provisória o disposto nos arts. 108 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que autorizam a imposição da medida socioeducativa de internação desde que fundamentada, haja indícios de autoria e materialidade, bem como quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa, reiteração no cometimento de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

Na hipótese, constata-se a insuficiência de fundamentação da decisão que impôs a medida de internação, com base apenas na ilegalidade do ato infracional, praticado sem violência ou grave ameaça, ao menor que, pelo que consta nos autos, não se encontra em situação que se subsuma a nenhuma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicando-se à espécie a Súmula n. 492/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, ratificando a liminar, afastar a imposição de medida socioeducativa de internação, determinando que outra seja fixada pelo Juízo de primeiro

Acesso ao Sumário

grau, como entender de direito". (gn)

(HC 324.157/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DECRETADA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPERIOSIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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 n. 492/STJ).

3. A gravidade abstrata da infração, assim como a mera probabilidade de reiteração infracional, sem fundamento concreto, não servem para embasar a decretação da internação provisória, medida de natureza excepcional que só pode ser adotada, quando presentes os requisitos legais previstos nos arts. 108 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não configurados na espécie.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente permaneça em liberdade até o julgamento de mérito do procedimento judicial apuratório do ato infracional." (gn)

(HC 320.991/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015)

Cabe ainda considerar que a internação provisória da adolescente corresponde à prisão cautelar aplicada aos adultos. Assim, *a custódia processual só é devida quando estiver em consonância com o art. 312 do Código de Processo Penal, que regula os critérios para fixação da prisão cautelar (...)*[2], o que não se observa necessária no caso concreto.

Dispõe o art. 312, do Código de Processo Penal:

"A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria."

Tais particularidades demonstram aptidão da paciente para aguardar em

Acesso ao Sumário

2 SHECAIRA, Sérgio Salomão: Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 175.

liberdade o processamento do feito.

Ante o exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, **CONCEDIA A ORDEM**, nos termos acima explicitados, ratificando a liminar anteriormente deferida.

DORA A. MARTINS, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2183431-13.2017.8.26.0000, da Comarca de Borborema, em que é impetrante G.P.R. e paciente T.D.S.E. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.795)**

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, 4 de dezembro de 2017.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Jovem inserido em internação pela prática de ato infracional equiparado aos artigos 217-A e 226, I, ambos do Código Penal – Recurso no qual se postula, em síntese, efeito suspensivo à sentença – Descabimento – Medida adequada à conduta perpetrada e que deverá ser imediatamente iniciada – Socialização do menor – Exigência legal – *Writ* denegado, com observação.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* interposto contra a r. sentença que julgou procedente representação e aplicou ao jovem T.D.S.E. internação por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 217-A, c.c. o artigo 226, I, todos do Código Penal.

Aduz a douta defesa, em apertada síntese, fazer jus o menor ao apelo em liberdade (fls. 1/14).

Acesso ao Sumário

Indeferida a liminar (fls. 90/91) sobreveio aos autos informação da d. defesa no sentido de que o jovem havia sofrido agressões dentro da Fundação CASA (fls. 96/98).

Incontinenti, requisitou este Relator, e por quatro vezes, ao MM. Juízo de Primeira Instância, esclarecimentos (fls. 100/101, 110/111 e 121/122), cumprindo aqui ressaltar destes: *'Diz o ofício da Fundação CASA que o paciente foi separado pelos agentes de apoio socioeducativo e encaminhado para o setor de enfermagem para atendimento. O ofício registra que não ficou constatada nenhuma lesão ao paciente. Ademais, diz o ofício que o adolescente foi colocado em medida de convivência protetora, a fim de preservar sua identidade física e psicológica, sendo que T.D.S.E., vem desenvolvendo suas atividades separadas do convívio dos demais adolescentes internos, recebendo constantemente atendimento da equipe de referência.'; e, ainda: 'Este Juízo expedirá ofício semanal para a Fundação CASA requerendo informações atualizadas sobre a situação do adolescente'* (fls. 105/108, 114/119 e 127/132).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 135/142).

É o relatório.

De início, com relação à revogação do inciso VI do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 12.010/09, tem-se entendido que a concessão obrigatória do duplo efeito alcança os recursos relativos à adoção, posto que se fosse extensivo a atos infracionais, indubitavelmente o aparelho estatal estaria obstaculizando o processo socializador preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, sobre o tema, o Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo – FOPEJISP – publicou o Enunciado nº 6: *'A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade'*.

Ou seja, a conclusão que melhor se amolda à interpretação sistemática da legislação aplicável é a de que quando há aplicação de medida socioeducativa, eventual insurgência deverá ser recebida, em princípio, tão somente no efeito devolutivo.

Destarte, incide a regra geral da Lei nº 8.069/90, ou seja, o recurso é processado no efeito devolutivo, vez que exige a natureza da medida socioeducativa intervenção rápida do Estado a fim de se garantir a necessária

Acesso ao Sumário

proteção integral do menor em vistas de sua socialização.

Em outras palavras, inexiste determinação legal do trânsito em julgado da sentença para o início do cumprimento de medida socioeducativa.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *'HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EFEITO SUSPENSIVO. APELAÇÃO. IMEDIATA EXECUÇÃO DA MEDIDA. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. A partir do julgamento do HC 346.380, relatado pelo Ministro Rogério Schietti (julgado em 13/4/2016), a 3ª Seção deste Superior Tribunal passou a adotar o entendimento de que a não concessão de efeito suspensivo à apelação interposta em face de sentença que aplique medida socioeducativa não viola o direito fundamental de presunção de não culpabilidade. 2. Entendeu a Turma que, diante do caráter ressocializador e protetivo das medidas socioeducativas, condicionar a execução da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação ministerial é medida que contrasta com o princípio da proteção integral e do superior interesse, norteadores da atividade do magistrado no âmbito do direito menorista. 3. Não podendo ser cumprida de imediato a sentença monocrática, as medidas socioeducativas perderiam por completo seu caráter preventivo, pedagógico, disciplinador e protetor, pois somente poderiam ser aplicadas depois de confirmadas pela instância ad quem, alguns ou vários meses depois (HC 188.197/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011). 4. Quanto a aplicação da atenuante da confissão espontânea – art. 65, inciso III, "d" do Código Penal –, de modo a reduzir a sanção imposta ao paciente, incabível o acolhimento da pretensão ante a ausência de previsão legal, pois inexiste "dosimetria em aplicação de medida socioeducativa, tampouco previsão legal para atenuação da medida em face da confissão do adolescente, não há se falar em aplicação de medida mais branda, unicamente, por tal motivo. Ainda mais quando existe farta fundamentação concreta que demonstra a adequação da medida aplicada" (HC n. 301135/SP, 6ª Turma, Min. Relator Rogério Schietti Cruz, DJe 1º/12/2014). 5. Ordem não conhecida.'* (*Habeas Corpus* nº 338.209/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016).

Cumpre consignar, ademais, que a segregação visa proporcionar a reabilitação, a reeducação e a socialização do jovem infrator, impondo-lhe freios e responsabilidades.

Bem observou a Douta Procuradoria Geral de Justiça: *'Este Tribunal de Justiça vem decidindo de que somente com a aplicação imediata das medidas socioeducativas é que se poderá garantir efetividade ao trabalho a ser*

Acesso ao Sumário

desenvolvido junto ao adolescente, visando à melhoria de sua condição pessoal e o enfrentamento das atuais necessidades deste infrator'.

Outrossim, o jovem será periodicamente avaliado, podendo ter revertida a medida, isso se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao convívio social.

Considero prequestionadas as normas invocadas, cumprindo ressaltar que o julgador não está obrigado a mencionar todos os dispositivos constitucionais e legais elencados.

Por fim, observo que, em especial na hipótese ora *sub judice*, dadas as circunstâncias já elencadas, caberá ao MM. Juízo responsável pela execução atentar ao cumprimento da medida aplicada, *ex vi legis*, de modo a propiciar a devida finalidade desta bem como proteger, como é de direito e de rigor, a integridade física do menor.

Do exposto, **denega-se** a ordem, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2219122-88.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente S.S.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 39.402)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE – HABEAS CORPUS – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL – IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE IMPÔS AO PACIENTE A MEDIDA DE INTERNAÇÃO-SANÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA

SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – ORDEM DENEGADA.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensora Pública, em favor do adolescente S.S.S., contra suposto constrangimento ilegal imposto pelo MM. Juiz Maurício José Caliguere, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que, em razão do descumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada ao menor pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, determinou a internação-sanção do adolescente por 45 dias.

Sustenta a ilegalidade da decisão porque ausentes os requisitos necessários à decretação da internação-sanção, uma vez que não há descumprimento injustificado e reiterado.

Requer, assim, a concessão da liminar para revogar a internação-sanção, desinternando o paciente, e, no mérito, a cassação definitiva da decisão (fls. 01/08).

Indeferida a liminar (fls. 21/22), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 27/29).

É o relatório.

2. Segundo consta, o paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao delito de roubo majorado pelo concurso de agentes.

Por esta prática, o adolescente recebeu a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses.

Diante da notícia de seu descumprimento injustificado cumulada com o desconhecimento de seu paradeiro atual (fls. 11/12), foi designada audiência de justificação.

A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV, garante a todos o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos e meios a eles inerentes.

Por sua vez, o artigo 111, inciso V, do ECA, estabelece como garantia processual ao menor infrator o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente.

Ainda, como requisito para a decretação da internação-sanção foi exigida a realização de prévia audiência, conforme disposto no § 4º do artigo 43, da Lei 12.594/12.

No caso em questão, foram observados os preceitos e garantias legais,

Acesso ao Sumário

pois o paciente foi ouvido em audiência sobre os motivos do descumprimento da medida de liberdade assistida (fls. 17/19).

Todavia, como o jovem não apresentou justificativa plausível para o descumprimento, não restou alternativa senão a decretação da internação-sanção, instrumento coercitivo previsto no artigo 122, III, da Lei 8.069/90.

Além disso, o Juiz bem destacou que: ***"Infelizmente, o educando descumpre de forma reiterada e injustificada a medida socioeducativa a ele imposta, à medida que se encontra em descumprimento da liberdade assistida desde outubro de 2016, não tendo sido possível sua localização em razão de não ter fornecido seu novo endereço."*** (fls. 18/19).

A decisão também frisou que o jovem estava foragido, só foi apresentado porque aprendido pela suposta prática de novo ato infracional, além de não ter apresentado justificativa pelo descumprimento e até mesmo mentido para se furtar à responsabilização estatal imposta, o que caracteriza o descumprimento previsto como causa a justificar a internação na modalidade do inciso III, do ECA.

Dessa forma, a decisão combatida não padece da ilegalidade apontada, pois observado o contraditório e a ampla defesa, além dos princípios protetivos e ressocializadores da legislação de amparo ao menor.

3. Do exposto, **denega-se a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2244762-93.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente V.M.R.

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 25.976)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas corpus* – Infância e juventude – Aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade

– Descumprimento – Expedição de mandado de busca e apreensão – Pedido de extinção da medida indeferido – Constrangimento ilegal não caracterizado – Manutenção da medida necessária e adequada no caso concreto – Julgamento *extra petita* – Inocorrência – Ordem denegada.

VOTO

A Defensora Pública Cláudia Abramo Ariano impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **V.M.R.**, por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude – DEIJ, comarca de São Paulo.

Sustenta, em síntese, que o paciente, atualmente com 18 anos de idade, foi responsabilizado ao cumprimento da medida socioeducativa de *semiliberdade* pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, ocorrido em (...).

Alega, contudo, a desnecessidade da medida, em razão da perda da atualidade e por não ter o paciente se envolvido em qualquer outro ato ilícito.

Aduz, ainda, que a D. Autoridade apontada como coatora indeferiu o pedido das partes pela extinção da semiliberdade, em decisão *extra petita*, o que caracteriza constrangimento ilegal.

Menciona, ademais, que houve afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ressalta que o Ministério Público tem o poder de iniciar o processo e, portanto, também tem o poder de requerer a revogação ou extinção de medida socioeducativa, ficando o Juiz impedido de decidir além do pleito ministerial, podendo, no máximo, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 181, § 2º, do ECA, e do artigo 28, do Código de Processo Penal.

Requer, em sede liminar e no mérito, a cassação da decisão que manteve a medida de semiliberdade ao paciente, determinando sua extinção.

A liminar foi indeferida pelo eminente Desembargador Salles Abreu, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 111/113).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 118/120, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A presente ordem de *habeas corpus* deve ser denegada.

O paciente foi responsabilizado ao cumprimento de semiliberdade, iniciando sua execução no dia 28/01/2016. Todavia, em 08/03/2016, o paciente

Acesso ao Sumário

se evadiu da CASA de Semiliberdade (fls. 52) e não mais retornou.

Assim, a r. decisão ora hostilizada (fls. 70/71) determinou a expedição de mandado de busca e apreensão para que o paciente fosse localizado para prestar seus esclarecimentos em Juízo, uma vez que ainda pode se beneficiar do processo de reeducação.

Além disso, as decisões de fls. 89 e 104 trouxeram as razões pelas quais a D. Autoridade apontada coatora entendeu necessária a renovação do mandado de busca e apreensão e a manutenção da medida socioeducativa de semiliberdade ao paciente.

Ressalto que o paciente cumpriu pouco mais de um mês de medida e empreendeu fuga, externando absoluto descaso e desrespeito com o Judiciário e com seu processo de ressocialização.

Foi responsabilizado por fatos graves (ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes), porquanto surpreendido, juntamente com outros dois adolescentes, na posse de **02 (dois) tijolos de maconha, 100 (cem) porções de cocaína e 17 (dezessete) frascos de lança-perfume, além de R$ 1.524,00 (um mil, quinhentos e vinte e quatro reais) e uma metralhadora artesanal municiada**.

Destarte, não se pode afirmar de modo algum que o paciente está ressocializado, não havendo motivo para a extinção da medida socioeducativa, nos termos do artigo 46, da Lei do SINASE.

No mais, a maioridade não é causa de extinção das medidas socioeducativas, nos termos do artigo 2º, § único, artigo 120, § 2º, e artigo 121, § 5º, todos do ECA, e da Súmula 83, deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Como é cediço, as medidas socioeducativas possuem também objetivos pedagógicos, cuja finalidade principal é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, para que possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

A medida de semiliberdade, especificamente, é baseada na responsabilidade e disciplina do infrator, enveredando o paciente para sentido diametralmente oposto durante o período de sua execução.

Anoto, por derradeiro, que não há que se falar em julgamento *extra petita*, por violação ao disposto no artigo 181, § 2º, ECA, tendo em vista que não se trata de hipótese de remissão.

Ausente, portanto, qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado, neste instante processual, por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2240794-55.2017.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente A.S.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 41529)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Infância e Juventude. Medida socioeducativa de internação. Execução provisória. Natureza das medidas socioeducativas que reclama intervenção estatal rápida e imediata, necessária à ressocialização, especialmente sob a perspectiva pedagógica, em que o tempo é fator preponderante. Recebimento da apelação com efeito suspensivo que importaria afronta ao princípio da atualidade, que também rege a execução das medidas socioeducativas. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor do adolescente A.S.S., sob a alegação de que está sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Diadema.

Sustenta o impetrante que o paciente foi representado pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, de modo que a internação provisória fora decretada no início do procedimento, tendo sido revogada, posteriormente, por excesso de prazo na conclusão do feito. Ao sentenciar o processo, a autoridade apontada como coatora julgou procedente a representação, aplicando ao menor a medida socioeducativa consistente em internação, tendo sido determinado seu imediato cumprimento (sentença copiada a fls. 158/162). Salienta, assim, que a apelação interposta deve ser recebida em

Acesso ao Sumário

ambos os efeitos, já que ausentes os requisitos necessários à manutenção da internação do paciente. Pugna pela concessão da liminar e final concessão da ordem.

Processado sem liminar, nos termos da decisão de fls. 172, sobreveio parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pela denegação da ordem (fls. 177/189).

É o relatório.

A denegação da ordem é de rigor.

Com efeito, ressalva inicial há de ser feita, no sentido de ser o *habeas corpus* ação constitucional que visa a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção e, em razão de sua natureza jurídica, sua utilização supõe evidente ilegalidade, bem como a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de locomoção.

Bem assim que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem restringindo as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* às situações excepcionais em que flagrante o constrangimento ilegal, não mais admitindo sua utilização em substituição a recurso.

Nesse cenário, o *habeas corpus* não se afigura medida cabível para questionamento da sentença que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação sem prazo determinado, sujeita a recursos previstos na legislação.

In casu, porém, verifica-se que a impetração cinge-se à discussão acerca dos efeitos em que recebida a apelação já interposta, ao entendimento de que incabível a execução provisória do julgado.

Deveras, ausente regramento expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto aos efeitos do recurso, por força da revogação do artigo 198, inciso VI, aplicar-se-ia o sistema recursal do Novo Código de Processo Civil, cujo art. 1.012 dispõe sobre o duplo efeito da apelação.

Não se pode perder de vista, entretanto, que predomina o entendimento de que o recebimento da apelação interposta pelo adolescente ao qual foi imposta medida socioeducativa privativa de liberdade com efeito suspensivo discrepa do intuito protetor implementado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o cumprimento da medida socioeducativa somente após o trânsito em julgado da sentença esvaziaria seu caráter preventivo, pedagógico e disciplinador.

Acesso ao Sumário

Assim, condicionar o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação significa estabelecer barreira ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção do adolescente em situação de risco, com a exposição ao mesmo condicionante que o conduziu à prática infracional.

Nesse cenário, impõe-se a imediata execução da medida socioeducativa

imposta na sentença, em atenção ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Ademais, o recebimento da apelação em seu duplo efeito ensejaria a efetiva execução da medida socioeducativa algum tempo depois da prática do ato infracional, situação que representaria afronta ao princípio da atualidade que deve reger as medidas socioeducativas.

Some-se a isso que a medida foi aplicada também em razão das condições pessoais do paciente que, contando com anteriores envolvimentos em atos infracionais, não estuda, trabalha, é usuário de "maconha" e não conta com respaldo familiar capaz de contribuir com o processo de ressocialização (Relatório de Diagnóstico Polidimensional a fls. 90/96). Daí porque necessita de atendimento sistemático integral e imediato, em ordem a orientá-lo a repensar seus atos e comportamentos, bem como a incorporar valores socialmente positivos.

Em suma, em tema de ato infracional, o recurso de apelação deve ser recebido e processado no efeito meramente devolutivo, não exigindo a Lei nº 8.069/90 o trânsito em julgado da sentença para que possa ser cumprida a medida socioeducativa imposta ao representado, dado que a natureza das medidas socioeducativas reclama intervenção rápida do Estado e necessária à ressocialização, especialmente sob a perspectiva pedagógica, em que o tempo é fator preponderante.

A respeito do assunto, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"A despeito de haver a Lei 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos – e inobstante a nova redação conferida ao caput do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 – é importante ressaltar que continua a viger o disposto no artigo 215 do ECA, o qual prevê que 'o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte'. Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista" (HC 346.380-SP, 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, m.v., Rel. p/ Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, em 13/4/16, DJe de 13/5/16).

No mesmo sentido os julgados dessa Colenda Câmara Especial:

"Habeas Corpus. Infância e juventude. Ato infracional equiparado ao crime de receptação. Aplicação de medida socioeducativa de liberdade

Acesso ao Sumário

assistida. Pleito de recebimento da apelação também em seu efeito suspensivo. Inadmissibilidade. Hipótese de recebimento do apelo somente no efeito devolutivo, pouco importando que os pacientes tenham respondido ao processo em liberdade, tendo em vista que o princípio da inocência não pode ser interpretado de forma absoluta, sob pena de afronta aos objetivos primordiais da legislação de menores, que tem por norte a proteção integral. Pacientes, ademais, que não correm risco de ter suas liberdades restritas. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada." (TJSP/HC 2196650-98.2014.8.26.0000, Relator: Pinheiro Franco, Câmara Especial, data do julgamento: 9/12/2014).

"Habeas Corpus. Ato infracional. Conduta tipificada no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou aos adolescentes a medida socioeducativa de internação – Adolescentes que responderam o processo em liberdade – Apelação recebida no efeito devolutivo – Possibilidade – Cumprimento imediato da sentença que está de acordo com os preceitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Denega-se a ordem" (TJSP/HC 2173732-03.2014.8.26.0000, Relator: Ricardo Anafe, Câmara Especial, data do julgamento: 01/12/2014).

A decisão hostilizada não encerra, portanto, qualquer ilegalidade ou teratologia.

Pelo exposto, **denego a ordem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2244896-23.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.S.P.O. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41680)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de janeiro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Infância e Juventude. Medida socioeducativa de semiliberdade. Prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. Ausência de unidade de internação adequada na comarca de residência do adolescente infrator. Possibilidade de internação em unidade na comarca mais próxima. Inaplicabilidade à espécie do art. 49, II, da lei nº 12.594/12. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor do adolescente M.S.P.O., sob a alegação de estar ele sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital.

Sustenta a impetrante, em suma, que o paciente está cumprindo medida socioeducativa em razão de ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, e que, embora seus familiares residam em outra comarca, a medida está sendo cumprida nesta capital, em afronta ao disposto no artigo 49, inciso II, do SINASE. Pugna pela concessão de liminar para imediata desinternação do paciente, bem como pela concessão definitiva da ordem, determinando-se a substituição da medida socioeducativa por outra em meio aberto.

Processado sem liminar (fls. 87/88), sobreveio parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 94/96).

É o relatório.

A denegação da ordem é de rigor.

O adolescente foi representado pelo Ministério Público, sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de semiliberdade, por prazo indeterminado, em razão da prática de ato infracional equiparado a crime previsto no art. 155, § 4º, IV do Código Penal.

A medida socioeducativa de semiliberdade está sendo cumprida em unidade da Fundação CASA localizada nesta Capital, comarca diversa daquela em que residem os familiares do menor, motivo pelo qual impetrado o presente *Habeas Corpus*.

Em que pese ser desejável a presença de familiares durante o processo de ressocialização do adolescente, a interpretação literal do art. 49, inciso II, da Lei nº 12.594/12 (Sinase), que possibilitaria a liberação do menor, simplesmente em

Acesso ao Sumário

razão da inexistência de vaga em sua comarca de origem, ensejaria ofensa ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, caput, da Constituição Federal).

Assim sendo, não se vislumbra constrangimento ilegal pelo simples fato de o paciente não cumprir a medida no município em que residem seus familiares, mesmo porque a Fundação CASA, por intermédio da Portaria Normativa nº 285/2016, de 11 de fevereiro de 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."*.

A respeito do assunto já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ART. 122, II, DO ECA. PACIENTE INTERNADA EM COMARCA DIVERSA DAQUELA DE SUA MORADIA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento. 2. É relativo o direito da adolescente de ser internada em instituição situada na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável, eis que o teor do inciso VI do artigo 124 do aludido Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a possibilidade da internação ocorrer em local próximo ao referido domicílio. In casu, não há unidade apropriada para medida de internação na Comarca de moradia dos pais da paciente, sendo, portanto, possível o cumprimento da providência na localidade mais próxima. Esclareça-se que, embora o ato infracional não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, não se pode desmerecer o fato da medida de internação ter sido imposta em razão do art. 122, II, do aludido Estatuto. 3. Habeas corpus não conhecido"* (*Habeas Corpus* nº 337.830/SP, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 17/11/15, DJe 30/11/15).

Acesso ao Sumário

Nessas circunstâncias, impõe-se a manutenção da medida de semiliberdade, de modo a propiciar efetivo acompanhamento e orientação do adolescente e de sua família, para que se alcance a desejada ressocialização com segurança. Releva ainda notar o que está noticiado a fls. 95 dos autos principais, o que implica conclusão de que, em princípio, a medida judicial é consentânea com o propósito previsto em lei. O cumprimento em meio aberto aparentemente

não levará a resultados práticos, visando à reinserção do paciente no meio social.

Pelo exposto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2150318-05.2016.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

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 22.819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), 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, 23 de novembro de 2017.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo Interno – Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário que versa matéria já decidida pelo STF em regime de repercussão geral (CPC, art. 1.030, inciso I, alínea "a") – Hipótese que se amolda ao tema de número 917 – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, o Prefeito do Município de Jundiaí interpôs agravo interno, sob a alegação de que as razões do recurso não se limitam à questão submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Após contraminuta (fls. 8/28), a Procuradoria Geral de Justiça propôs que

fosse negado provimento ao recurso (fls. 35/38).

É o relatório.

Admissível o pronto julgamento do recurso, com o permissivo do art. 2º, I, do Assento Regimental nº 397/11 e jurisprudência da Egrégia Câmara Especial de Presidentes (cf. ARs nºs 0024030-28.2009, 0008383-28.2007, 007543-79.2008 e 0005588-02.2009), alinhada à orientação do Excelso Pretório (cf. AI 789.302/SP, 788.333/SP e 640.737/SP).

No mais, mostra-se adequada a solução monocrática, em que pese o elaborado recurso.

Com efeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE nº 878.911, reconhecendo a existência de repercussão geral, a ensejar a edição do tema de número 917, fixou a tese de que *não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal)*.

O caso *sub examine* amoldou-se a esse tema e o acórdão recorrido convergiu ao tratamento jurídico dispensado quando do julgamento do *leading case* (30/09/2016).

Bem de ver que, em suas razões de agravo, o Prefeito do Município de Jundiaí não apresentou novos argumentos, além dos já considerados no momento da prolação da decisão recorrida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2103614-31.2016.8.26.0000/50003, da Comarca de Catanduva, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados OSVALDO SANCHES PERES (JUSTIÇA GRATUITA), CARMEM SANCHES PERES, MARIA CARMEM SANCHES PERES VIDAL e MARIA LUCIANE SANCHES PERES PORTO.

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 em recurso especial e negaram provimento ao agravo interno em recurso extraordinário. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45900)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA)

Acesso ao Sumário

(Presidente), SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE) e RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 28 de novembro de 2017.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO – Ausência de alegação do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia – Agravo interno em recurso especial não conhecido.

AGRAVO INTERNO – Legitimidade ativa em liquidação individual de ação civil pública – Exame sobre a necessidade de autorização das associações para a representação de seus associados – Impertinência – Limites subjetivos da sentença condenatória transitada em julgado proferida nos autos de ação civil pública ajuizada por associação – Caráter infraconstitucional da matéria – Ausência de repercussão geral (STF, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 901.963/SC, transitado em julgado em 04/11/2015) – Decisão mantida – Agravo interno desprovido.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por **Banco do Brasil S/A** contra as decisões proferidas por esta Presidência da Seção de Direito Privado que: (a) negou seguimento ao recurso especial sob o fundamento de que o posicionamento adotado pela douta Câmara Julgadora coincide com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no **recurso especial n. 1.391.198/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos**; e (b) negou seguimento ao recurso extraordinário nos termos do artigo 1.030, inciso I, alínea *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 n. 901.963/SC e 796.473/RS**.

Nas razões de agravo em recurso especial (**fls. 385/378**), o agravante sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa e ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Nas razões do agravo em recurso extraordinário (**fls. 385/392**), o agravante alega a necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, em consonância com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos **recursos extraordinários n. 573.232/SC e 885.658/SP**.

Houve apresentação de contraminuta às fls. 3/5.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que os agravos internos interpostos contra as decisões proferidas pela Presidência da Seção de Direito Privado, que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário à luz do regime dos recursos repetitivos, estão sujeitos 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.

In casu, o agravante não alegou o desacerto da aplicação do precedente repetitivo adotado pela decisão hostilizada quanto ao tema da legitimidade ativa (tema 724).

Por outro lado, 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. (...)".

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.

Acesso ao Sumário

In casu, o colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **recurso extraordinário com agravo n. 901.963/SC**, ao tratar da matéria, posicionou-se no sentido de que a controvérsia, diante do dispositivo genérico da sentença proferida no processo de conhecimento de ação civil pública análoga, não tem relação, propriamente, com a necessidade de autorização das associações para a representação de seus associados em juízo. Na verdade, trata dos limites subjetivos da coisa julgada, matéria de natureza infraconstitucional cuja repercussão geral já foi rejeitada. Confira-se **fls. 379/382**.

Registre-se, ainda, que a Suprema Corte procedeu a recente *distinguishing* na aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no **RE n. 573.232/SC** (rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, rel. p/ acórdão Min. MARCO AURELIO, DJe de 19/09/2014), merecendo o mesmo tratamento o entendimento firmado no **RE 612.043/PR** (rel. Min. MARCO AURÉLIO) por força dos idênticos contornos das ações. Tal distinção foi feita no julgamento do **ARE n. 901.963/SC** (rel. min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 16/09/2015) pela absoluta falta de identidade entre a questão referente à necessidade de autorização das associações para representação de seus associados em Juízo (tema 0082) e aquela afeta aos limites subjetivos de sentença proferida em ação civil pública (tema 0848), neste caso, sem dimensão constitucional.

Finalmente, o **RE n. 885.658/SP** (rel. min. GILMAR MENDES, DJe de 10/09/2015) foi julgado, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sem efeito repetitivo.

Nesses termos, inafastável a aplicação do artigo 1.030, inciso I, alíneas *a* e *b*, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, não se conhece do agravo interno em recurso especial e nega-se provimento ao agravo interno em recurso extraordinário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0042343-37.2009.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda Pública do Estado de São Paulo e agravados Luiz de Carvalho e outros.

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 51.260)**

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, 28 de novembro de 2017.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento aos recursos extraordinário e especial.

– URV – Conversão – Prescrição de fundo de direito.

– Matérias idênticas ao *leading case* julgado pelo STF e ao rito dos recursos repetitivos com julgamento definitivo de mérito pelo STJ.

– A matéria referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 561.836/RN.

– A aplicação compulsória da Lei nº 8.880/94 a Estados e Municípios, inclusive aos respectivos regimes vencimentais, com afastamento da chamada prescrição de fundo de direito, reconhecida a feito de trato sucessivo da relação material, é idêntica à matéria tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.101.726/SP.

– Reestruturação de carreira – Questão não aventada nas instâncias ordinárias e em recurso excepcional – Preclusão consumativa – Não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno desfiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. No julgamento do agravo interno, cumpre a eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

Manutenção da decisão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformada com decisão desta Presidência que, em cumprimento ao inciso I do art. 1.040 do CPC-15, negou seguimento a recursos extraordinário e especial, a Fazenda do Estado de São Paulo interpõe agravo interno.

Alega a agravante, em síntese, quanto ao recurso especial, que teria sido de rigor a devolução dos autos à Câmara Julgadora para que se procedesse à adequação do acórdão recorrido ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema proferido no recurso especial nº 1.047.686. No que se refere ao recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal decidiu que eventuais perdas apuradas em decorrência da conversão dos vencimentos em URV devem cessar no momento em que a carreira do servidor passar por uma reestruturação remuneratória, bem como quanto ao fato de não constar do acórdão recorrido a tese firmada na Corte Suprema de que eventuais diferenças apuradas na fase de liquidação deveriam cessar quando sobreviesse a reestruturação remuneratória da carreira.

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 artigo 33-A do Regimento Interno deste eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Registre-se, a decisão agravada proferida em cumprimento à alínea ao inciso I, do art. 1.040, do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 561.836-RN, Tema nº 5, STF, DJe de 10-02-2014, no qual se fixou as seguintes teses:

I – Ao editar a Lei 8.880/1994, a União legislou sobre o sistema monetário e exerceu a sua competência prevista no art. 22, VI, da Constituição de 1988. Assim, qualquer lei, seja ela estadual ou municipal, que discipline a conversão da moeda Cruzeiro Real em URV no que tange à remuneração de seus servidores de uma forma incompatível com a prevista na Lei nº 8.880/94 será inconstitucional, mormente quando acarretar redução de vencimentos;

II – O término da incorporação, na remuneração do servidor, do percentual devido em razão da ilegalidade na conversão de Cruzeiros Reais em URV deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória.

Assim também, pela harmonia com o julgamento definitivo do mérito do Resp. nº 1.101.726/SP, Tema nº 15, STJ, DJ de 14.08.2009, que entendeu ser obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, observada a

Acesso ao Sumário

prescrição quinquenal e que reajustes determinados por lei superveniente não podem ser compensados e, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento aos recursos extraordinário e especial interpostos."

A matéria aqui tratada, referente ao direito, ou não, à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à examinada pela Suprema Corte em gestão por temas de Repercussão Geral no *leading case* RE n. 561.836/RN, Tema n. 5: "URV", em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria, asseverando, *verbis*:

"1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro Real em URV. Direito aos 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, e a sua incorporação. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Art. 22, inciso VI, da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da lei estadual nº 6.612/94 que regula o tema da conversão do Cruzeiro Real em URV. 2) O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal como ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República. 3) Consectariamente, o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes. 4) A limitação temporal do direito à incorporação dos 11,98% ou do índice decorrente do processo de liquidação deve adstringir-se ao *decisum* na ADI nº 2.323-MC/DF E NA ADI nº 2.321/DF. 5) O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma restruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público. 6) A irredutibilidade estipendial recomenda que se, em decorrência da reestruturação da carreira do servidor, a supressão da parcela dos 11,98%, ou em outro percentual obtido na liquidação, verifica-se com a redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI) em montante necessário para que não haja uma ofensa ao princípio, cujo valor será absorvido pelos aumentos subsequentes. 7) A reestruturação dos cargos no âmbito do Poder Judiciário Federal decorreu do advento da

Acesso ao Sumário

Lei nº 10.475/2002, diploma legal cuja vigência deve servir de termo *ad quem* para o pagamento e incorporação dos 11,98% no âmbito do referido Poder. 8) Inconstitucionalidade."

Não aproveita à recorrente argumentar que, no caso em exame, a carreira do servidor experimentou reestruturação que atrairia a incidência do mesmo *leading case* em ordem a fixar o limite temporal para a incorporação de eventual percentual decorrente da não observância da conversão do padrão remuneratório em URV.

Isso porque referida tese – que não atina a fato ou a direito superveniente – somente veio aos autos ao tempo do manejo deste agravo interno, não sendo suscitada em instância ordinária, tampouco nas razões de recurso extraordinário.

Ora, a competência desta eg. Câmara Especial de Presidentes circunscreve-se ao exame da correção da decisão agravada à luz das razões articuladas no recurso excepcional inadmitido. É dizer, não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno desfiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o o fenômeno da preclusão consumativa, da qual já se ocupou a Suprema Corte no julgamento de matéria em tudo assemelhada, por acórdão cujas razões, *mutatis mutandis*, aproveitam ao caso em testilha:

> *"(...) Ocorre que a matéria alegada na impugnação à execução, qual seja, a compensação de perdas salariais reconhecidas a servidor público, foi alegada em momento inoportuno. O Estado de Minas Gerais apenas veio rediscutir a matéria em sede de Execução, ao passo que deveria ter se manifestado a questão no processo de conhecimento. Com efeito, diante do relatado, verifica-se* ***ocorrência de preclusão consumativa na hipótese*** *dos autos. Primeiramente, insta salientar, que as Leis 15.293/2004 e 15.784/2005* ***que determinaram o plano de reestruturação dos servidores da Educação, foram editadas antes do oferecimento da contestação.*** *Sendo assim, o Estado de Minas Gerais deveria ter se manifestado sobre a possível compensação no primeiro momento em que teve oportunidade de manifestar nos autos. Analisando o caso sob exame, verifica-se que após a edição das referidas leis, o Estado se manifestou nos autos diversas vezes, contudo, não levantou a matéria em nenhuma dessas oportunidades.(...) ARE 726.343/MG; Rel. (a) Min. (a) Carmen Lúcia; DJe 06.02.2013"* (grifei)

E especialmente quanto à impossibilidade de ampliar-se, em sede de agravo interno, o espectro das razões do recurso excepcional já apresentado, confira-se acórdão do eg. Superior Tribunal de Justiça, de cujo teor pode ser recrutado o seguinte fragmento:

"III. Na forma da jurisprudência desta Corte, ***'é vedado, em sede de***

Acesso ao Sumário

agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.' *(Agint no AREsp 885651/SP; rel. Min. Assusete Magalhães; DJe 26.04.17)"* (grifei)

Da compaginação disso, constata-se que a decisão da eg. Turma Julgadora fez-se convergente ao entendimento estratificado no âmbito da Suprema Corte em regime de recursos seriais, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do inciso I do art. 1.040 do Código de Processo Civil, nada há que modificar, portanto, nesta sede.

Noutra espiral, não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que decisão da eg. Turma Julgadora afeiçoa-se à jurisprudência do col. STJ estratificada pelo julgamento do Resp. n. 1.101.726/SP, Tema n. 15, sob a técnica de casos seriais, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, considerando que, nos termos do artigo 22, VI, da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre o sistema monetário. Divergência jurisprudencial notória. 3. Os servidores cujos vencimentos eram pagos antes do último dia do mês têm direito à conversão dos vencimentos de acordo com a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.880/94, adotando-se a URV da data do efetivo pagamento nos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994. 4. Reajustes determinados por lei superveniente à Lei nº 8.880/94 não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas."

No que atina à questão da prescrição, dela ocupou-se explicitamente o aludido precedente, como se pode recrutar dos seguintes fragmentos:

> **"No mesmo sentido, cumpre trazer à baila julgados deste Superior Tribunal de Justiça:**
>
> **"AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LEI N. 8.880/1994. APLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS. ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APRECIAÇÃO EQUITATIVA."** (Grifo nosso) (Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009).

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. URV. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 85/STJ. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO". (Grifo nosso) (Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 29/09/2008).

"ADMINISTRATIVO, CONVERSÃO, URV, PRESCRIÇÃO, TRATO SUCESSIVO, SÚMULA N. 85 DESTA CORTE. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONVERSÃO DA MOEDA. LEI Nº 8.880/94. APLICABILIDADE A TODOS OS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS, DISTRITAIS, ESTADUAIS OU MUNICIPAIS, PRECEDENTES. PERDA SALARIAL DEMONSTRADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 07 DESTA CORTE". (Grifo nosso) (AgRg no Ag 955.012/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 24/03/2008).

Por fim, à fl. 13, no encerramento do voto relator – *verbis*:

"Diante do exposto, conheço do recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional e dou-lhe provimento, para reconhecer o direito do recorrente ao pagamento das diferenças resultantes da conversão de seus vencimentos em URV na data do efetivo pagamento, nos termos da Lei nº 8.880/94, com a apuração em regular liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela e de juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação, observada a prescrição quinquenal." (Grifo nosso).

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar cariz protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0038572-57.2012.8.26.0114/50001, da Comarca de Campinas, em que é agravante ALEX HENRIQUE CELESTINO.

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 43766)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 6 de dezembro de 2017.

SALLES ABREU, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso especial. Conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal. Mercancia de CD'S e DVD'S "piratas". Atipicidade da conduta em face do princípio da adequação social. Inaplicabilidade. Reconhecido o caráter multitudinário da matéria e julgamento definitivo do mérito do recurso repetitivo. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão proferida às fls. 201 pela Presidência da Seção de Direito Criminal que, com fundamento no Tema 593 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, julgou prejudicado o recurso especial com fulcro no artigo 1030, inciso I, alínea "b", do Estatuto Processual Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 208/210).

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 especial, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

Acesso ao Sumário

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos da legislação mencionada e estando os acórdãos recorridos de acordo com o entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na mencionada decisão de fls. 201, ora atacada.

Assim, o agravo interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões.

Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

Com efeito, verifica-se que a Defesa consignou às fls. 174/177, que:

> [...] Compulsando os autos, verifica-se que a defesa se preocupou em prequestionar a ofensa ao princípio da adequação social desde o primeiro momento em que se posicionou nos autos, ou seja, desde a resposta à acusação.
>
> [...] Ao sentir da defesa do recorrente o fato em testilha é atípico.
>
> A conduta de expor à venda CD's e DVD's falsificados não é crime em sentido material. Esse tipo de falsificação é um problema global que deve ser enfrentado em conjunto com o lado social da questão.
>
> Não é plausível que o Direito Penal trate de forma seletiva essa conduta criminosa, ao passo que se verifica na prática que somente pequenos ambulantes são presos em flagrante e posteriormente processados pelo crime em questão. De outro lado, o próprio Estado incentiva diretamente essa conduta quando autoriza o funcionamento dos chamados "Shoppings Populares", local onde há inúmeros ambulantes vendendo CD's e DVD's piratas a céu aberto, muitas vezes em localidades vizinhas a sedes policiais (Delegacias de Polícia e Batalhões da Polícia Militar).
>
> A conduta do recorrente é algo de há muito aceita e tolerada pela sociedade, de modo que não é justo ser ele seletivamente escolhido para responder por uma infração penal, sem sentido meramente formal, que não causa sensação de repúdio pela sociedade visto ser aceita e tolerada, inclusive pelas autoridades locais.

Já os acórdãos de fls. 143/151 e 159/170, ao examinar a matéria, registraram que:

> [...] O pleito de aplicação da denominada "teoria da adequação social" ou do princípio da insignificância, "in casu", são ambas as hipóteses impossíveis, pois ficou cabalmente demonstrado que o apelante vendia os CDs e os DVDs falsificados, consciente de sua origem espúria (conforme as palavras dos Policiais Militares fls. 100, e do próprio recorrente Alex

Acesso ao Sumário

em Juízo fls. 102; mídia digital, fls. 103). Assim sendo, não há falar-se em erro de proibição, porque o apelante sabia que os produtos eram falsificados, com a observação de que é frequente na mídia impressa, falada e televisada notícias da apreensão de produtos pirateados (CDs e DVDs) e que a conduta tipifica infração penal, sem esquecer que a ninguém é dado desconhecer a lei.

Ressalte-se que a "teoria da adequação social" ou o princípio da insignificância não podem ser aplicados em casos de contrafação de CDs e DVDs, mesmo quando se trate de pequenos vendedores, pois estes fazem parte de uma engrenagem que move a grande indústria de falsificações, que movimenta fortunas, gera desemprego, fechamento de empresas, diminuição da arrecadação de impostos. Mesmo aqueles que trabalham com a pirataria e dela tiram o sustento estão no subemprego, sem direitos trabalhistas ou previdenciários, subjugados pelos grandes falsificadores.

A pirataria de CDs e DVDs representa números significativos na economia nacional, e a proteção dos direitos autorais encontra expresso amparo na Carta da República. Inadmissível, portanto, a aplicação da "teoria da adequação social" ou do princípio da insignificância, já que o delito em foco tem nítida relevância jurídico-penal.

Verifica-se, portanto, que os acórdãos consideraram típica a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S e DVD'S "piratas", na mesma linha do *decisum* proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.193.196/MG (Tema 593).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0014962-83.2011.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravadas Sonia Aparecida dos Santos e outras.

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 38.066)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO

Acesso ao Sumário

CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento a recurso especial – URV – Conversão – Prescrição do fundo de direito. Matéria idêntica a precedente do col. STJ fixado em regime de casos repetitivos.

– A aplicação compulsória da Lei nº 8.880/94 a Estados e Municípios, inclusive aos respectivos regimes vencimentais, com afastamento da chamada prescrição de fundo de direito, reconhecida a feito de trato sucessivo da relação material, é idêntica à matéria tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.101.726/SP.

Manutenção da decisão.

VOTO

Trata-se de agravo interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 253/268), contra decisão desta Presidência que, negou seguimento ao recurso especial, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, pela identidade da matéria decidida no acórdão, em conformidade com a orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. nº 1.101.726/SP.

Alega a agravante, em síntese, que é necessário o encaminhamento à Turma Julgadora para a respectiva adequação ao REsp nº 1.047.686, que lhe é favorável, razão pela qual, não pode prevalecer a decisão agravada.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, *verbis*:

"Assim, também, pela harmonia com o julgamento definitivo do mérito do Resp. nº 1.101.726/SP, Tema nº 15, STJ, DJ de 14.08.2009, que entendeu ser obrigatória a observância, pelos estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, observada a prescrição quinquenal e que

reajustes determinados por lei superveniente não podem ser compensados e, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento aos recursos extraordinário e especial interpostos."

Não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que decisão da Eg. Turma Julgadora harmoniza-se à jurisprudência do Col. STJ estratificada pelo julgamento do Resp. n. 1.101.726/SP, Tema nº 15, sob a técnica de casos seriais, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, considerando que, nos termos do artigo 22, VI, da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre o sistema monetário. Divergência jurisprudencial notória. 3. Os servidores cujos vencimentos eram pagos antes do último dia do mês têm direito à conversão dos vencimentos de acordo com a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.880/94, adotando-se a URV da data do efetivo pagamento nos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994. 4. Reajustes determinados por lei superveniente à Lei nº 8.880/94 não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas."

No que atina à prescrição, à fl. 13, no encerramento do voto relator, o aludido precedente refere-se, explicitamente – ***verbis*:**

"Diante do exposto, conheço do recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional e dou-lhe provimento, para reconhecer o direito do recorrente ao pagamento das diferenças resultantes da conversão de seus vencimentos em URV na data do efetivo pagamento, nos termos da Lei nº 8.880/94, com a apuração em regular liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela e de juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação, observada a prescrição quinquenal." (Grifo nosso).

Não é preciso dizer-se mais. No mesmo sentido:

Rel. Ministro **PAULO GALLOTTI**, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009; Rel. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 29/09/2008; AgRg no Ag 955.012/MG, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 24/03/2008.

Acesso ao Sumário

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008819-06.2016.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante WALDYR MAX JÚNIOR, é apelado OFICAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE ASSIS-SP.

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 29.850)**

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, 21 de novembro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – Garantia prestada por terceiro – Possibilidade – Inteligência do art. 60, § 3º, do Decreto 167/67, que faz referência ao art. 60, § 2º, do mesmo Decreto – Harmonização do entendimento deste E. CSM com os entendimentos do E. STJ e das Ínclitas Câmaras de Direito Privado desta Corte – Dúvida inversa improcedente – Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Assis, que manteve a recusa a registro de cédula de crédito rural, a teor de que não seriam válidas garantias prestadas por terceiros. Alega o apelante, em síntese, que há jurisprudência consolidada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é válida garantia prestada por terceiros em cédula rural, estando superado o entendimento deste Colendo Conselho Superior da Magistratura em sentido contrário.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Dispõe o art. 60, § 3º, do Decreto-Lei 167/67:

"Art. 60. Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.

§ 1º O endossatário ou o portador de Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural não tem direito de regresso contra o primeiro endossante e seus avalistas.

§ 2º É nulo o aval dado em Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.

§ 3º Também são nulas quaisquer outras garantias, reais ou pessoais, salvo quando prestadas pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente, por esta ou por outras pessoas jurídicas."

Como anotado em precedente de minha relatoria (Apelação n. 1000758-10.2016.8.26.0128), prevalecia, no âmbito deste Egrégio Conselho Superior da Magistratura, o entendimento de que a nulidade versada no § 3º seria alusiva às garantias prestadas em cédula de crédito rural, nota promissória e duplicata rural, modalidades elencadas no *caput*. E era este, também, o posicionamento do E. STJ, que, todavia, reviu-o a partir de 2014, passando a decidir que o § 3º trata de nulidades de garantias prestadas apenas nas hipóteses do § 2º (nota promissória rural e duplicata rural).

É que a redação da norma em análise inicia com o advérbio "também" (*"Também são nulas..."*), parecendo remeter às nulidades tratadas no § 2º.

Esta Altiva Corte Bandeirante seguiu a esteira do E. STJ e igualmente mudou o entendimento originário. Prevalece, agora, neste Ínclito TJSP, a orientação de que garantias reais ou pessoais somente serão nulas quando dadas em nota promissória rural, ou duplicata rural, escapando da nulidade, portanto o aval prestado em cédula de crédito rural, modalidade elencada no *caput*, mas não no § 2º do art. 60 referido.

Acesso ao Sumário

"Cabe observar, inicialmente, quanto à alegação de nulidade do aval prestado pelos apelantes na cédula rural hipotecária que embasa a ação em tela, que este relator, em casos anteriores ao presente, acompanhava entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é ilegal a garantia prestada por terceiros em cédula rural hipotecária emitida por pessoa física, em mencionado título, tendo em vista disposto no § 3º do art. 60 do Decreto-Lei 167/67, entendimento este proferido no julgamento do REsp n.º 1.353.244-MS, da Relatoria do Min. Sidnei Sanches, proferido aos 28/5/2013.

Ocorre, porém, que posteriormente a este precedente, a jurisprudência de

referida Corte Superior orientou-se, quase que em uníssono, no sentido de que a nulidade das garantias reais ou pessoais prevista no parágrafo 3º de citado dispositivo legal diz respeito unicamente à Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural, às quais se reporta o § 2º deste mesmo artigo, ao qual, por sua vez, aquele refere-se diretamente. Este entendimento não se aplica, portanto, à garantia aqui versada, por referir-se à cédula rural hipotecária.

Veja-se a propósito os seguintes precedentes de referida Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL PIGNORATÍCIA. TÍTULO CAMBIAL EMITIDO POR PESSOA FÍSICA. AVAL PRESTADO POR TERCEIRO. VALIDADE. DECRETO-LEI 167/1967, ART. 60, § 3º. REDAÇÃO DA LEI 6.754/1979. TEMA PACIFICADO. PRECEDENTES. 1. "A interpretação sistemática do art. 60 do Decreto-lei nº 167/67 permite inferir que o significado da expressão 'também são nulas outras garantias, reais ou pessoais', disposta no seu § 3º, refere-se diretamente ao § 2º, ou seja, não se dirige às cédulas de crédito rural, mas apenas às notas e duplicatas rurais" (3ª Turma, REsp 1.483.853/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, unânime, DJe de 18.11.2014). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no REsp 1479588/MS Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, Julgado em 6 de agosto de 2015, DJe de 13 de agosto de 2015).

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL EMITIDA POR PESSOA FÍSICA. GARANTIA DE AVAL PRESTADA POR TERCEIRO. ART. 60, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 167/1967. VALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.483.853/MS. TERCEIRA TURMA. 1. As mudanças no Decreto-lei nº 167/67 não tiveram como alvo as cédulas de crédito rural. Por isso elas nem sequer foram mencionadas nas proposições que culminaram com a aprovação da Lei nº 6.754/79, que alterou o Decreto-lei referido. 2. A interpretação sistemática do art. 60 do Decreto-lei nº 167/67 permite inferir que o significado da expressão também são nulas outras garantias, reais ou pessoais, disposta no seu § 3º, refere-se diretamente ao § 2º, ou seja, não se dirige às cédulas de crédito rural, mas apenas às notas e duplicatas rurais. 3. Vedar a possibilidade de oferecimento de crédito rural direto mediante a constituição de garantia de natureza pessoal (aval) significa obstruir o acesso a ele pelo pequeno produtor ou só o permitir em linhas de crédito menos vantajosas. 4. Os mutuários não apresentaram argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, que se apoiou em novo

Acesso ao Sumário

posicionamento deste órgão fracionário. Incidência da Súmula nº 83 do STJ. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp 607608/MS Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, julgado em 18 de junho de 2015, DJe 1º de julho de 2015).

Em face disso, não há mais razão para manter-se o entendimento anteriormente adotado, porquanto não mais prevalece perante o E. Superior Tribunal de Justiça e que se vier a ser mantido, obrigará a parte vencida a socorrer-se perante esse Tribunal, onde, com certeza, obterá sucesso." (Apelação n.º 0000075-36.2015.8.26.0415, Rel. Des. Thiago de Siqueira, j. 3/3/17)

"AÇÃO DECLARATÓRIA – NULIDADE DE AVAL – CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E ADITIVOS – ART. 60, § 3º, DO DECRETO-LEI Nº 167/67 – APLICABILIDADE APENAS ÀS NOTAS PROMISSÓRIAS E DUPLICATAS RURAIS (PARÁGRAFO SEGUNDO) – PREVISÃO ADVINDA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 6.754/79 – ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PEDIDO – IMPROCEDÊNCIA – SENTENÇA – REFORMA." (Apelação n.º 0964131-76.2012.8.26.0506, Rel. Des. Antonio Luiz Tavares de Almeida, j. 2/2/17)

À vista da uníssona interpretação apresentada pelo E. STJ e, principalmente por este C. TJSP, razoável que também a orientação deste E. CSM seja mantida na mesma direção, como forma de evitar descompasso com entendimento uniforme das Ínclitas Câmaras de Direito Privado.

Válida, pois, a garantia real ou pessoal prestada por terceiro em cédula de crédito rural emitida por pessoa física.

Ante o exposto, meu voto é pela improcedência da dúvida inversa, dando-se provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005929-10.2015.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que são apelantes RAPHAEL JOSÉ LEMOS RODRIGUES, JULIANA APARECIDA LEMOS RODRIGUES DE SOUSA, ANA CAROLINA LEMOS RODRIGUES e MARCIO CARLOS RODRIGUES, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ITU.

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 29.854)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO (VICE-PRESIDENTE), PAULO DIMAS MASCARETTI (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA), XAVIER DE AQUINO (DECANO), LUIZ ANTONIO DE GODOY (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), RICARDO DIP (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e SALLES ABREU (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 27 de novembro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – INDISPONIBILIDADE DE BENS – Decreto de indisponibilidade em Ação Civil Pública – Escritura pública de usufruto, em que figuram, como coproprietárias, duas pessoas cujos bens estão indisponíveis por ordem judicial – Impossibilidade – A indisponibilidade abarca tanto bens já de propriedade do devedor ao tempo que decretada, quanto bens que vierem a ser adquiridos durante a vigência da ordem – Item 404.3 do Capítulo XX das NSCGJ – Registro do usufruto corretamente negado.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença da MM. Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis de Itu, que julgou procedente dúvida, para o fim de manter a recusa a registro de escritura pública de usufruto de imóvel que tem, como coproprietárias, duas pessoas cujos bens estão indisponíveis por ordem judicial.

Os apelantes afirmam, em síntese, que a escritura pública foi lavrada quatro anos depois da ordem de indisponibilidade, que abarcaria, apenas, bens que já fossem de propriedade dos devedores ao tempo em que prolatada. A indisponibilidade não atingiria bens posteriores à decisão de indisponibilidade. Sustentaram, ainda, que o mesmo magistrado que decretou a indisponibilidade teria, posteriormente, excluído da restrição parte dos imóveis das devedoras, de modo que, com mais razão, deveriam estar igualmente a salvo da indisponibilidade os bens adquiridos posteriormente.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Por determinação judicial exarada na Ação Civil Pública registrada sob nº 286.01.2010.008041-8/000000-000, da 2ª Vara Cível da Comarca de Itu, decretou-se a indisponibilidade dos bens de Juliana Aparecida Lemos Rodrigues e Ana Carolina Lemos Rodrigues. O comunicado de indisponibilidade data de 29/12/10.

Em 28/5/15, apresentou-se a registro escritura pública de instituição de usufruto sobre bem imóvel que tem, como coproprietárias, Juliana Aparecida Lemos Rodrigues e Ana Carolina Lemos Rodrigues, cujos bens estão indisponíveis pela ordem judicial retromencionada. Assim, a Sra. Registradora obstou o ato cartorial e, de pronto, averbou na respectiva matrícula, em 1º/6/15, a indisponibilidade aludida.

Cumpriu, com isso, o quanto determina o item 404.3 do Capítulo XX das NSCGJ:

> "404.3. Em caso de aquisição de imóvel por pessoa cujos bens foram atingidos por indisponibilidade, deverá o oficial, imediatamente após o lançamento do registro aquisitivo na matrícula, promover a averbação da indisponibilidade, independentemente de prévia consulta ao adquirente."

A regra aludida, mais que atestar o acerto do procedimento da Sra. Oficiala, evidencia que a ordem de indisponibilidade afeta a integralidade do patrimônio do devedor, abarcando não apenas os bens de que seja proprietário ao tempo da determinação, mas também aqueles que vier a adquirir enquanto a decisão seguir vigendo, independentemente de expressa previsão da decisão neste sentido. Deveras, o texto da norma explicitamente trata da averbação de indisponibilidade na matrícula dos imóveis adquiridos posteriormente à ordem de indisponibilidade.

De outro bordo, bem pode o MM. Juiz que decretou a indisponibilidade afastar da restrição bens determinados, buscando reduzir efeitos que, gravosos ao devedor, afigurem-se inúteis ao fim maior da ordem. Esta a intelecção que pautou o ilustre Magistrado signatário da r. decisão de fls. 14/15, ao excluir da restrição imóveis inicialmente abarcados pela indisponibilidade.

Acesso ao Sumário

Poderá, por óbvio, adotar idêntica conduta quanto ao imóvel de fls. 7/8. Enquanto não o fizer, todavia, e de modo expresso, segue o prédio inserido dentre aqueles afetados pela ordem restritiva.

Por fim, a indisponibilidade incide não apenas sobre a propriedade, como sobre a nua propriedade e o domínio útil individualmente considerados. A ideia do bloqueio é obstar que o devedor dissipe seu patrimônio. Neste passo, a cessão do domínio útil acarretaria inegável diminuição no valor de mercado do imóvel, havendo de ser obstada.

Desta feita bem postada a recusa, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015407-59.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que são apelantes VALDEMAR ARMENINI e CÉLIA REGINA FRANCHINI ARMENINI, é apelado 2ª OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DA COMARCA DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u. Vencidos em parte, quanto aos fundamentos, os Desembargadores Xavier de Aquino, Salles Abreu e Ricardo Dip. Declarará voto o Desembargador Salles Abreu.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.839)**

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, 28 de novembro de 2017.

PEREIRA CALÇAS Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura pública de transferência de imóvel rural – Necessidade de especialização da reserva legal, que há de ser aprovada e, em seguida, averbada – Liminar em ADIN suspendeu vigência e eficácia da Lei Estadual Paulista 15.684/2015, instituidora do Programa de Regularização Ambiental (PRA), inviabilizando a aprovação da reserva legal – Irrelevância – Manutenção da necessidade de observância dos requisitos essenciais para a especialização da reserva legal, bem como para respectiva averbação – Necessidade, ademais, de georreferenciar o imóvel, para que, só então, faça-se o registro da transferência – Princípio da especialidade objetiva – Itens 125.1.3 e 125.2.1 do Capítulo XX das NSCGJ – Art. 176, §§ 3º e 4º, da Lei 6015/73 – Art. 10, IV, do Decreto 4449/02 – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 2º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Araraquara, que julgou procedente dúvida inversa suscitada para o fim de manter a recusa a registro de escritura pública de transferência de imóvel rural, por falta de averbação de reserva legal e de georreferenciamento do bem.

Os apelantes afirmam, em síntese, estar impossibilitados de obter a aprovação da proposta de especialização da reserva legal, por conta de liminar concedida em ADIN, suspendendo vigência e eficácia da Lei Estadual 15.684/2015, norma que lastrearia o projeto. Discorreram sobre a necessidade de se permitir o registro sem que a especialização da reserva legal estivesse averbada.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Pretendem os recorrentes o registro de escritura pública de transferência de bem imóvel por cisão parcial de sociedade. Para tanto, exigiu o Sr. Registrador de Araraquara a averbação, perante o Cartório de Registro de Imóveis de Capão Bonito, da proposta da servidão ambiental apresentada, bem como o georreferenciamento do imóvel.

Para dar cumprimento à primeira das exigências, os apelantes apresentaram, perante o Cartório de Registro de Imóveis de Capão Bonito, escritura pública de instituição de servidão ambiental. Foi-lhes, então, solicitada a apresentação da anuência do órgão ambiental, que, não obstante, estaria condicionada aos termos da Lei Estadual 15.684/2015, instituidora do Programa de Regularização Ambiental. E, por decisão liminar do Egrégio Órgão Especial deste Colendo Tribunal, concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, encontram-se suspensas vigência e eficácia da norma referida (fls. 124/125).

Em síntese, os apelantes não lograram obter a aprovação, pelo órgão competente, da proposta de servidão ambiental apresentada, que, pois, não pode ser averbada perante o CRI de Capão Bonito, inviabilizando, por conseguinte, o registro da escritura de transferência perante o 2º Cartório de Registro de Imóveis de Araraquara.

Acesso ao Sumário

É contra a recusa ao registro do título de transferência do imóvel rural que se voltam os apelantes. Não obstante, as exigências formuladas pelo Sr. Registrador de Araraquara são, mesmo, de rigor.

Com efeito, extrai-se do item 125.1.3 do Capítulo XX das NSCGJ:

> 125.1.3. **Na hipótese de compensação de Reserva Legal, a notícia deverá ser averbada** na matrícula de todos os imóveis envolvidos após a homologação ou aprovação do órgão ambiental através do Sistema Paulista de Cadastro Ambiental Rural – SICAR-SP.

Pelos explícitos termos da regra referida, não há como escapar da necessidade de prévia averbação da compensação de reserva legal, para que, só então, a transferência do bem adentre ao fólio real. Eventuais dificuldades experimentadas pelos proprietários para tornar conforme à lei a proposta de reserva ambiental não esvazia a norma.

Tampouco há como suplantar a ordem judicial de suspensão de vigência e eficácia da Lei Estadual que conduziria à averbação. Assim é que ao proprietário do imóvel cabe aguardar a solução acerca da constitucionalidade debatida. E, de qualquer modo, a dificuldade advinda da exigência de consentimento do órgão ambiental, para averbação da reserva legal, não partiu do Registrador de Araraquara, mas do Registrador de Capão Bonito, a quem, portanto, haveria de ser oposta a matéria.

De outro bordo, igualmente irretocável a exigência de georreferenciamento do bem, expressamente prevista pelo art. 176, §§ 3º e 4º, da Lei 6015/76:

> § 3º Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea *a* do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.
>
> § 4º A identificação de que trata o § 3º tornar-se-á obrigatória para efetivação de registro, em qualquer situação de transferência de imóvel rural, nos prazos fixados por ato do Poder Executivo.

O prazo aludido no retromencionado § 4º está descrito no art. 10, IV, do Decreto 4449/02, observando-se que o imóvel em voga tem pouco mais de 300 hectares:

> "Art. 10. A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 176 da Lei nº 6.015, de 1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e em qualquer situação de transferência de imóvel rural, na forma do art. 9º, somente após transcorridos os seguintes prazos:
>
> IV – dez anos, para os imóveis com área de duzentos e cinquenta a menos de quinhentos hectares;"

O § 2º do artigo compilado ainda reforça a absoluta impossibilidade de registro da transferência do imóvel pelos Registradores, à míngua de georreferenciamento:

> "§ 2º Após os prazos assinalados nos incisos I a IV do caput, fica

defeso ao oficial do registro de imóveis a prática dos seguintes atos registrais envolvendo as áreas rurais de que tratam aqueles incisos, até que seja feita a identificação do imóvel na forma prevista neste Decreto:

II – transferência de área total;"

Também impositivo, pois, o georreferenciamento para a hipótese em questão, como, aliás, sedimentou este Egrégio Conselho Superior, em acórdão que tive a oportunidade de relatar:

"Registro de Imóveis – Escritura pública de venda e compra – Georreferenciamento – Necessidade – Exigência ratificada – Princípio da especialidade objetiva – Juízo negativo de qualificação registral prestigiado pelos arts. 176, § 4.º, da Lei nº 6.015, de 1973, 9.º, *caput*, e 10, IV e § 2.º, II, do Decreto 4449/02 – Dúvida inversa procedente – Sentença confirmada – Recurso desprovido.

A identificação do bem adquirido, na matrícula, está em desconformidade com o georreferenciamento pelo sistema geodésico brasileiro, método descritivo introduzido pela Lei nº 10.267/2001 – regulamentada pelo Decreto nº 4.449/2002, parcialmente modificado pelos Decretos nº 5.570/2005 e n. 7.620/2011 –, que, inegavelmente, representa um aperfeiçoamento do princípio da especialidade objetiva, devido à técnica cartográfica empregada, com potência para individuar o imóvel de modo a separá-lo de qualquer outro na superfície terrestre.

Ocorre que, conforme o § 4.º do art. 176 da Lei nº 6.015/1973, 'a identificação de que trata o § 3.º tornar-se-á obrigatória para efetivação de registro, em qualquer situação de transferência de imóvel rural, nos prazos fixados por ato do Poder Executivo.' (grifei)

Nem se argumente que o ato registral pretendido independe de especialização objetiva do bem imóvel pelo novo sistema descritivo, imposta, no caso dos autos, tendo em vista a dimensão de área constante da matrícula, correspondente a 265,07 hectares – a prevalecer, enquanto inocorrente a retificação, em cotejo com eventual realidade extrarregistral diversa –, e o comando emergente do art. 10, IV, do Decreto nº 4.449/2002, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 7.620/2011, *in verbis*:

Art. 10. A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 176 da Lei nº 6.015, de 1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e em qualquer situação de transferência de imóvel rural, na forma do art. 9º, somente após transcorridos os seguintes prazos:

...

IV – dez anos, para os imóveis com área de duzentos e cinquenta a menos de quinhentos hectares" (Apelação n 0001745-94.2015.8.26.0614, Rel. Des. Pereira Calças, j. 18/10/16)

Acesso ao Sumário

Por fim, conforme decidido nos autos 2013.00100877 e 0017103-79.2016.8.26.0577, a especialização da reserva legal é essencial para averbação do registro feito perante o CAR. E não é possível especializar a reserva legal se nem mesmo a descrição do imóvel possui alguma precisão. Daí porque o item 125.2.1, do Cap. XX, das NSCGJ, passou a ter a seguinte redação:

> 125.2.1. Nas retificações de registro, bem como nas demais hipóteses previstas no item 125.2, o Oficial deverá, à vista do número de Inscrição no CAR/SICAR, verificar se foi feita a especialização da reserva legal florestal, qualificando negativamente o título em caso contrário. A reserva legal florestal será averbada, gratuitamente, na respectiva matrícula do bem imóvel, em momento posterior, quando homologada pela autoridade ambiental através do Sistema Paulista de Cadastro Ambiental Rural – SICAR-SP.

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 43.823)

Divirjo do entendimento do E. Corregedor Geral no que diz respeito à necessidade do interessado aguardar a solução da questão da constitucionalidade da norma estadual reguladora do Programa de Regularização Ambiental – PRA, antes do registrado da transmissão da propriedade rural e da servidão ambiental como forma de compensação da Reserva Legal, entendendo pela possibilidade de registro da transmissão da propriedade rural sem a regularização imediata desta servidão ambiental, em cumprimento ao comando da Lei nº 12.651/2012.

E este é o ponto a se decidir na presente dúvida, considerando o conteúdo da apelação interposta, qual seja, a exigibilidade da aprovação da proposta de especialização da reserva legal, havendo suspensão da eficácia da legislação estadual reguladora, por conta da suspensão dos efeitos da Lei Estadual nº 15.684/2015, em liminar concedida em ADIN 2100850-72.2016.8.26.0000, em processamento pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É certo que a transmissão da propriedade rural está sujeita ao cumprimento da legislação ambiental, em obediência ao princípio da legalidade. No caso particular, observa-se a necessidade de atendimento do comando legal do art. 12, da Lei nº 12.651/2012, qual seja, a manutenção de Reserva Legal de cobertura vegetal nativa.

O registro da Reserva Legal deve ser feito junto ao órgão ambiental (CAR), havendo mitigação da exigência do registro imobiliário para sua plena

Acesso ao Sumário

eficácia administrativa. Dispõe o art. 18, da Lei nº 12.651/2012:

*"**Art. 18**. A **área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR** de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.*

*§ 1º **A inscrição da Reserva Legal no CAR será feita mediante a apresentação de planta e memorial descritivo**, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração, conforme ato do Chefe do Poder Executivo.*

§ 2º Na posse, a área de Reserva Legal é assegurada por termo de compromisso firmado pelo possuidor com o órgão competente do Sisnama, com força de título executivo extrajudicial, que explicite, no mínimo, a localização da área de Reserva Legal e as obrigações assumidas pelo possuidor por força do previsto nesta Lei.

§ 3º A transferência da posse implica a sub-rogação das obrigações assumidas no termo de compromisso de que trata o § 2º.

§ 4º O registro da Reserva legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato."

Ocorre que a mesma Lei Federal nº 12.651/2012, ao estabelecer a Reserva Legal e seus patamares de acordo com a localização e qualidade do imóvel rural, previu formas específicas para seu atendimento, seja com a especificação da reserva no próprio imóvel, seja com a realização de compensações ambientais, no caso, através da instituição de servidão ambiental, nos termos da Lei nº 6.938/1981.

Assim, tem-se que a concretização de tal reserva legal ambiental pode dar-se pela especificação de parte do imóvel rural em si, ou através da compensação de Reserva Legal (art. 66, III, da Lei nº 12.651/2012), indicando-se, para a realização da compensação os seguintes requisitos legais:

*"**Art. 66.**(...)*

*§ 5º A compensação de que trata o inciso III do caput deverá ser **precedida pela inscrição da propriedade no CAR** e poderá ser feita mediante:*

I – aquisição de Cota de Reserva Ambiental – CRA;

II – arrendamento de área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal;

III – doação ao poder público de área localizada no interior de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária;

IV – cadastramento de outra área equivalente e excedente à

Acesso ao Sumário

Reserva Legal, em imóvel de mesma titularidade ou adquirida em imóvel de terceiro, com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, desde que localizada no mesmo bioma.

§ 6º As áreas a serem utilizadas para compensação na forma do § 5º deverão:

I – ser equivalentes em extensão à área da Reserva legal a ser compensada;

II – estar localizadas no mesmo bioma da área de Reserva Legal a ser compensada;

III – se fora do Estado, estar localizada em áreas identificadas como prioritárias pela União ou pelos Estados."

A materialização de tal compensação ambiental pode se dar, como no caso concreto, através da averbação de servidão ambiental imposta a outro imóvel com as mesmas características de bioma, quando sua própria Reserva Legal ultrapasse o mínimo legal exigido, procedendo-se na forma do art. 9º-A, da Lei nº 6.938/1981, *verbis*:

*"**Art. 9º-A.** O proprietário ou possuidor de imóvel, pessoa natural ou jurídica, pode, por instrumento público ou particular ou por termo administrativo firmado perante o órgão integrante do Sisnama, limitar o uso de toda a sua propriedade ou de parte dela para preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes, instituindo servidão ambiental.*

(...)

***§ 5º** Na hipótese de compensação de Reserva Legal, a servidão ambiental deve ser averbada na matrícula de todos os imóveis envolvidos."*

Aliado a isto, tem-se a atribuição de competência, pela Lei Federal, a órgão estadual a aprovação da localização da Reserva Legal, após a inclusão do imóvel no CAR, conforme o art. 29 do Código Florestal (art. 14, § 1º, Lei nº 12.651/2012):

*"**Art. 14.** A localização da área de Reserva legal no imóvel rural deverá levar em consideração os seguintes estudos e critérios:*

(...)

***§ 1º** O órgão estadual integrante do Sisnama ou instituição por ele habilitada deverá aprovar a localização da Reserva legal após a inclusão do imóvel no CAR, conforme o art. 29 desta Lei."*

*"**Art. 29.** É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente – SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao*

Acesso ao Sumário

desmatamento.

§ 1º A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual, que, nos termos do regulamento, exigirá do proprietário ou possuidor rural:

I – identificação do proprietário ou possuidor rural;

II – comprovação da propriedade ou posse;

*III – identificação do imóvel por meio de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, **também da localização da Reserva Legal**."*

O que se tem, assim, é a necessidade do registro da Reserva Legal em si ou da compensação ambiental via CAR e, em regra, a necessidade de aprovação do órgão ambiental estadual a respeito da observância dos requisitos do Código Florestal (identidade de área e de bioma) para se autorizar a compensação ambiental pretendida.

A própria norma de serviço prevista no item 124.1.3[1], das NSCGJ prevê a necessidade da averbação da compensação ambiental ser realizada a partir da aprovação do órgão ambiental estadual, o que pressupõe que este órgão exista e seja apto a emitir tal posicionamento.

Ocorre que a norma estadual que regulou o procedimento de aprovação do projeto de compensação fora suspenso, como dito, pela decisão liminar na ADIN nº 2100850-72.2016.8.26.0000, em trâmite pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, não há hoje como se cumprir, à integralidade, os requisitos específicos da legislação, especialmente no que diz respeito à homologação do projeto de recomposição da Reserva Legal, através da instituição da servidão ambiental no imóvel localizado em Capão Bonito.

Há, tão somente, a possibilidade de apresentação e cadastro do projeto no CAR, com a responsabilidade técnica de engenheiro certificada em ART, sujeitando-se à fiscalização e regularização quando estiverem em funcionamento os órgãos estaduais competentes para tal.

Acesso ao Sumário

É que, em linhas gerais, não se poderia pensar na absoluta restrição à transmissão da propriedade imobiliária rural por conta da ausência de aprovação ou homologação do plano de adequação da Reserva Legal devidamente inscrito no CAR, **por ausência de regulação local da norma geral federal**. Seria, a um só tempo, atribuir integralmente ao particular os ônus da falta de meios próprios para a realização da lei, bem como sujeitar os interessados a um regime de

1 NSCGJ, Cap. XX, item 125.1.3: Na hipótese de compensação de Reserva Legal, a notícia deverá ser averbada na matrícula de todos os imóveis envolvidos após a homologação ou aprovação do órgão ambiental **através do Sistema Paulista de Cadastro Ambiental Rural – SICAR-SP**. (grifei)

clandestinidade registral, o que não se admite.

Note-se que, no caso, o apelante cumpre todos os requisitos possíveis e atribuíveis ao particular, com a realização do CAR, apresentação do memorial descritivo do projeto e a emissão de ART pelo engenheiro responsável. Exigir do particular a aprovação do projeto por um órgão público que **atualmente não existe**, pois ineficaz em decorrência da suspensão liminar da eficácia da Lei Estadual nº 15.684/2015, seria o mesmo que exigir-se o cumprimento de obrigação absolutamente impossível.

Percebe-se, em síntese conclusiva que: a) é necessário se cadastrar a Reserva Legal no CAR, cabendo tal cadastro, preferencialmente, a órgãos estaduais e municipais; b) a realização da verificação dos requisitos da compensação ambiental deverá ser feita a partir do CAR, realizada por órgão estadual competente a tal; c) inexistindo órgão estadual em funcionamento para a análise do pedido de compensação ambiental, deve se considerar suficiente o CAR e o projeto apresentado pelo interessado, junto ao mesmo cadastro, assinado por engenheiro responsável pelas especificidades técnicas do projeto, sob pena de se sujeitar a propriedade privada a um regime de clandestinidade registral; d) regularizada a criação e o funcionamento do órgão estadual competente para a verificação, aprovação e homologação do projeto de compensação, caberá ao mesmo realizar a fiscalização ambiental e, eventualmente, exigir a regularização do mesmo, com eventual alteração da servidão ambiental registrada.

A solução, embora não definitiva, tutela de forma mínima o direito de propriedade do particular, ao mesmo tempo que acata os princípios e regramentos mínimos exigidos pela legislação ambiental, o que se observa pela apresentação de projeto de compensação ambiental acompanhado de ART emitido pelo engenheiro responsável.

Não seria admissível, neste ponto, sujeitar o particular a permanecer sem o registro da propriedade por tempo indeterminado em função única e exclusiva da ausência de órgão estadual com atribuição para a fiscalização prévia ambiental, o que seria a consequência da solução dada pela sentença apelada e pelo foto do E. Relator.

Até porque incluem-se nas competências dos órgãos de fiscalização e controle dos projetos de compensação ambiental da Reserva Legal, também o acompanhamento do cumprimento de tais licenciamentos ambientais em sentido amplo, o que permitiria ao órgão estadual, uma vez criado e em funcionamento, proceder à apuração da regularidade da compensação, exigindo eventual complementação em caso de irregularidade.

Com a solução não haveria prejuízo de ordem definitiva à tutela do meio ambiente, ao mesmo tempo em que não se restringiria de forma absoluta da transmissão da propriedade rural, até que se regularize a criação

Acesso ao Sumário

e o funcionamento dos órgãos estaduais responsáveis pela aprovação prévia e fiscalização da medida compensatória.

Anote-se a eficácia da presente decisão em relação a ambos os Oficiais Registradores que negaram o ingresso do título no fólio real, pois ineficaz a decisão se apenas cumpria pelo Oficial do 2º CRI de Araraquara. Inclui-se a eficácia da decisão, de natureza judicial-administrativa, ao Oficial de Registro de Imóveis de Capão Bonito.

No que diz respeito ao georreferenciamento do bem, previsto no art. 176, §§ 3º e 4º, da Lei nº 6.015/1976, acompanho integralmente o voto do E. Corregedor Geral de Justiça.

Por estes fundamentos, **MANTENHO A RECUSA AO REGISTRO**, mas afasto o óbice ao registro decorrente da falta de aprovação do projeto de compensação ambiental junto ao órgão estadual competente, limitando os requisitos materiais para o ingresso no fólio real ao registro, junto ao CAR, do projeto de compensação firmado por engenheiro responsável, com o respectivo ART, sujeitando-se a fiscalização e adequação futura. Mantida, no mais, a exigência do georreferenciamento.

SALLES ABREU, Desembargador Presidente da Seção de Direito Criminal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002012-92.2014.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante FREDDY FREITAS CALHEIROS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto n.º 29.884)**

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, 19 de dezembro de 2017.

PEREIRA CALÇAS, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Formal de Partilha – Divergência no nome da falecida – Afronta aos princípios da continuidade e da especialidade

subjetiva – Dúvida procedente – Apelação desprovida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Freddy Freitas Calheiros contra a sentença de fls. 69/71, que manteve a recusa ao registro de formal de partilha extraído dos autos do arrolamento de bens deixados por Marlene Vieira de Freitas, processo nº 554.01.2007.009360-7, que tramitou perante a 1ª Vara de Família e das Sucessões da Comarca de Santo André.

O apelante afirma, em síntese, que deve ser afastado o óbice ao registro do formal de partilha, pois está claro que a inventariada "Marlene Vieira de Freitas" também se chamava "Marlene Baumgartner Tsudida de Gois" e que, com o registro, não serão violados os princípios da continuidade e da especialidade subjetiva.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Consoante se verifica de fls. 14, a inventariada, Marlene Vieira de Freitas, figura como proprietária do imóvel inscrito sob a matrícula 44.917 do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Caraguatatuba. No formal de partilha apresentado, consta que o nome da falecida era "Marlene Baumgartner Tsudida de Gois".

Embora inexista dúvida de que "Marlene Vieira de Freitas" e "Marlene Baumgartner Tsudida de Gois" fossem a mesma pessoa, não está clara a origem do sobrenome "Baumgartner", pois o nome do marido da falecida é "Geraldo Maikon Tsuida de Gois" (fls. 13).

Acreditando que não tenha existido razão para a inclusão do sobrenome "Baumgartner" e que a sua inclusão decorra de erro, deve o interessado promover a necessária retificação da transcrição realizada junto ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdição e Tutelas do 1º Subdistrito da Sede da Comarca de Santo André.

E é justamente porque não está clara a origem do sobrenome "Baumgartner" e porque há divergência entre o nome constante do título e o nome constante da matrícula que não se pode admitir o registro do formal de partilha, pena de afronta aos princípios da continuidade e especialidade subjetiva.

Conforme os magistérios de Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência

Acesso ao Sumário

do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subseqüente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (Registro de Imóveis, 4ª edição, Ed. Forense, 1998, pág. 253).

Em idêntico sentido o entendimento de Narciso Orlandi Neto:

"Existe uma inteiração dos princípios da especialidade e da continuidade na formação da corrente filiatória. Quando se exige a observância da continuidade dos registros, exige-se que ela diga respeito a um determinado imóvel. O titular inscrito, e só ele, transmite um direito sobre um bem específico, perfeitamente individualizado, inconfundível, sobre o qual, de acordo com o registro, exerce o direto transmitido. É por este corolário dos princípios da continuidade e da especialidade, reunidos, que o § 2º do art. 225 da Lei nº 6.015/73 dispõe: 'Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior'." (Retificação do registro de imóveis, Ed. Juarez de Oliveira, 2ª ed., 1999, p. 67/68)

Em suma, é por essas razões que deve ser mantido o óbice ao registro do formal de partilha.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

SILVIA ROCHA (Desembargadora)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem cumprimento todas as autoridades presentes, antes anunciadas.

Excelentíssimos senhoras e senhores desembargadores e juízes.

Senhoras e senhores,

Vou falar de... RESPEITO.

Certa vez perguntei, a amiga que pretendia prestar concurso público para carreira jurídica, porque ela não se inscrevia para o da magistratura e a resposta foi certeira: - porque não existem juízas, não aprovam mulheres. – Pois, então, serei a primeira, respondi, desafiando, como se faz quando se tem dezenove anos.

Não fui a primeira, outras, valorosas, me precederam. Fui, poucos anos depois, a décima mulher a ingressar na magistratura do Estado de São Paulo. Havia, então, 1200 juízes.

Pela escolha, À época incomum e improvável, ouvi muito sobre ser ingênua ou, paradoxalmente, arrogante. Houve críticas severas e outras engraçadas, como: - mas você não tem cara de juiz! Até hoje me pergunto qual é a cara de juiz e, olhando daqui, dou-me conta de que não há uma, mas muitas caras.

Ouvi uma isolada voz de apoio no Tribunal, a da jovem funcionária que, ao receber meus documentos, no momento da inscrição para o concurso, disse-me: A senhora vai passar!

Deu certo! Pensando nela, cujo nome nunca soube, e na sua bondade, rendo, já agora, minha homenagem aos bons funcionários deste Tribunal.

Esta é a minha pequena história, mas não é só a minha. Conto-a, despretensiosa e sem personalismo, porque todos nós, em maior ou menor grau, num momento ou noutro da vida, temos que tentar o que, única e exclusivamente em virtude do quê e de como somos, pode ser muito difícil.

Quero falar de respeito e o diferencio de tolerância, virtude admirável, que envolve complacência, condescendência em relação a algo que não se deseja ou

Acesso ao Sumário

não se pode impedir e propicia a aceitação de desconforto.

Respeito de que falo, porém, é mais. Implica deferência e consideração, admite e reconhece talento, esforço e trabalho. Conduz a convívio que fortalece as pessoas, as instituições, os poderes e a nação. Pressupõe boa vontade, convicção e merecimento.

Veio do Latim *respectus*, de *respicere*, pronuncia-se *respíquere*, e significa olhar outra vez, olhar com consideração, com atenção, com reverência.

Respeita-se porque se reconhece que o outro, seja ele como for, tem direito de ser como é e o de ter o que merece.

Respeita-se algo, porque tem valor em si.

É preciso boa vontade e respeito para entender o mundo no qual estamos vivendo e suas necessidades.

O mundo passa por interregno entre aquele concreto e aparentemente estável, que a maioria de nós conheceu, e outro no qual está se transformando, o denominado mundo líquido (Zigmund Bauman).

Muitos dos meios que aprendemos para lidar com a realidade e seus conflitos não são mais úteis. Mudaram as instituições, os sistemas políticos, o modo organizar a vida, as relações interpessoais e todas as formas de sobrevivência.

O novo, porém, ainda está sendo criado, não se definiu e gera crises, estranhamento e reações, que, por sua vez, também estão mudando e vêm e vão rápido: o que é notícia hoje não o será mais amanhã. É a chamada cultura do imediatismo, das informações breves, ligeiras, superficiais e nem sempre verdadeiras.

O primeiro instrumento para lidarmos com a transformação é a educação, mãe do respeito. Aprender novamente e sempre.

Da época de Confúcio, diz ditado chinês que, se você tem planos para um ano, semeie milho ou arroz; se planeja para dez anos, plante uma árvore; se tem planos para uma vida inteira, eduque as pessoas.

Eduquemo-nos, respeitemo-nos, pois, para observar as mudanças, para compreendê-las, para encontrar soluções.

Abuso sempre houve, mas sobre ele se calou e por muito tempo. Cada vez menos é assim. A comunicação fácil e a divulgação rápida não mais permitem que fatos sejam e permaneçam camuflados nem que suas vítimas, individuais ou coletivas, tenham de se habituar e conviver com o desconforto, a dissimulação e a desproteção.

Isso é respeito à realidade.

O exercício da judicatura impõe aprendizado diuturno e não prescinde de atenção, concentração, consistência e de noção de consequência. Exige ainda ética, como valor perene.

Daí que todo sistema jurídico que não prevê a ética como princípio tende a tornar o Estado menos democrático.

A Constituição da República prevê valores inerentes à ética em várias de suas disposições. As normas atinentes aos direitos individuais e coletivos, abrangendo os sociais e os políticos, ordenam a preservação da igualdade, da liberdade, da dignidade e da segurança. Estamos fadados a observá-las no exercício da função jurisdicional, que tem de ser técnico e honesto, mas precisa ser também criador, sem sofismas.

Isso é respeito à função judicante.

A Constituição determina (artigo 37) que a administração dos Poderes do Estado obedeça ao princípio da moralidade, reafirmando que sua atuação, também a do Judiciário, deve ser pautada pela retidão, pela boa-fé e pelo cuidado com a dignidade do ser humano.

Isso é o respeito à ética.

A justiça não pode, pois, ser pensada isoladamente, sem ter como base os princípios constitucionais, assim como o poder não há de ser exercido com desrespeito a eles.

Justiça é atributo divino, comunicável aos homens. A Deus, portanto, cabe julgar, mas os homens passaram a ter de fazê-lo para solucionar seus litígios, de maneira pacífica e civilizada, tarefa de que foi incumbido, nos Estados modernos, o Judiciário.

Julgar, porém, não faz dos juízes deuses. Permanecem homens, com limites, dificuldades e imperfeições, das quais precisam ter ciência, para conquistar humildade. Só com tal virtude, o magistrado, que o estudo e o exercício cotidiano da jurisdição aprimoram, compreenderá e avaliará as mazelas e conflitos alheios, perceberá desigualdades, desequilíbrios, a força dos sofrimentos, descobrirá onde está a desproteção e afastará o iníquo e a violência.

Só quem conhecer a si e admitir a sua dimensão humana, compreenderá as causas e consequências do erro alheio, expressará o justo no caso concreto, segundo a lei, sem arrogância, mas com serenidade, sobriedade, eficiência e presteza.

Sem medo dos desafios, por maiores que sejam, cabe aos magistrados – de todo o grau – enfrentá-los sem esmorecer, porque a tanto se habilitaram, e cabe a este Tribunal fornecer apoio, orientação e direção para que todos tenham meios de combater as inevitáveis dificuldades e encontrar as melhores soluções.

É preciso compreender que, a par das idiossincrasias de cada um, não se admitem mais preconceito, casuísmo, manipulação, demagogia e ausência de interesse na solução efetiva dos litígios e necessidades postas à apreciação.

Os muitos milhões de processos que o Judiciário de São Paulo tem de

Acesso ao Sumário

apreciar acabaram por sacrificar a antes aplaudida erudição, que se reservou à academia, mas nem por isso se julgará sem cuidado e sem pertinência. A consciência sabe o certo e o devido.

Isso é respeito à função de julgar, é respeito a quem pede julgamento e é respeito a quem espera por julgamento.

Não se admitem, por outro lado, práticas predatórias e nocivas, como o ajuizamento massificado de demandas que retratam litígios artificiais, sem preocupação com a seriedade em que inspira a nobreza da advocacia, sem a qual não se promove a avaliação do justo.

Isso é respeito à função de advogar.

Do mesmo modo, sem a atuação firme, mas cuidadosa, do Ministério Público, não se obtém o arrefecimento da violência, não se impedem acusações infundadas nem se cuida do interesse público.

Isso é respeito à função de proteger.

O Judiciário não esmola respeito e o que lhe é devido não há de ser negado.

A despeito de todas as dificuldades, os desembargadores, juízes e funcionários do Poder Judiciário de São Paulo esforçam-se, a maioria além de seu limite, para superar deficiências e exercer seu papel pacificador de conflitos individuais e sociais.

O respeito ao Poder Judiciário e às suas decisões a todos interessa, exceto aos mal-intencionados ou à nação em degradação.

Enfraquecer o Judiciário é caminho certo para aniquilar a segurança jurídica, incentivar a violência, exacerbar os conflitos e incitar o desrespeito a toda autoridade constituída e à ordem posta. Não é esse o nosso caminho e nem o nosso destino.

Por isso é que se impõe o cuidado com as necessidades materiais do Poder Judiciário e com as prerrogativas de seus membros e por isso a Constituição assegura sua autonomia administrativa e financeira e garantias institucionais aos seus órgãos, de modo a lhes preservar a independência, a imparcialidade e prover o cumprimento da função essencial ao Estado de Direito.

Acesso ao Sumário

Para que o Executivo opere eficiente e diligentemente e para que a produção legislativa alcance os objetivos constitucionalmente definidos, tem o Judiciário de se manifestar inúmeras vezes e de modo definitivo, e não poderia ser diferente. É o sistema que mantém a liberdade, a democracia e impede o autoritarismo.

Imponho-me respeito a quem me ouve e aviso que estou chegando ao fim.

Estamos reunidos na sessão de abertura do Ano Judiciário de 2018 e da cerimônia de posse do Conselho Superior da Magistratura deste Tribunal de Justiça.

As comemorações anuais renovam nossas esperanças, nossas forças e a coragem para prosseguir construindo a partir do que já foi feito com sucesso ou para refazer o que não deu certo ou o que as mudanças de concepções, ideias e do progresso intelectual e moral determinam.

Não há, porém, efetivo reinício de trabalho, porque o Tribunal de Justiça de São Paulo, predestinado, pela determinação e bravura de quem lhe dá o nome, também ao seu Estado, nunca para de trabalhar: há sempre magistrados e funcionários convocados à atuação indispensável e impostergável.

Este Tribunal elegeu no último dezembro os novos membros dos seus órgãos de direção e cúpula.

Saúdo o Presidente, Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, a quem agradeço a honra do convite para falar em nome do Tribunal. Sei que foi por inegável amizade, mas também por respeito, que é mútuo.

Saúdo o Vice-Presidente, Des. Artur Marques da Silva Filho; o Corregedor Geral da Justiça, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco; o Presidente da Seção de Direito Privado, Des. Gastão Toledo de Campos Mello Filho, e o Presidente da Seção de Direito Criminal, Des. Fernando Antonio Torres Garcia.

Conhecendo-os há muito, afirmo a honradez e capacidade de cada um e o faço sem esconder, mais uma vez, a amizade que nos une e da qual muito me orgulho.

A todos, declaro meu profundo respeito e desejo o trabalho apaixonado. Não a paixão que se ilude, que não compreende que tudo e todos passam e que se entretém com o superficial, mas a paixão que trata com amoroso cuidado do que é importante , que luta para preservar o bom e que se sabe que a transformação é inevitável.

A história, assim também a do nosso Tribunal, revela que somos lembrados pelas nossas obras: os dramas pessoais apaziguados, a violência impedida e sanada, os direitos garantidos, os limites fixados, pelo bem que se fez e pelo mal que se evitou.

Que não esqueçamos que o diferente, mais que tolerância e benevolência, exige respeito.

Que os ideais sejam atingidos, porque neles não há utopia, apenas preservação dos valores pelos quais prometemos velar, quando decidimos ser Juízes.

Que nosso Presidente e o novo Conselho Superior da Magistratura conduzam o Tribunal de São Paulo e as mulheres e homens que o integram com segurança e determinação, para bem servir à Justiça.

No início, contei minha pequena história para arrematar agora e dizer que, hoje, mulher e homem, na judicatura, não se distinguem.

Acesso ao Sumário

Aquela gentil funcionária, menos jovem trinta anos depois, mas com o mesmo carinho, com o mesmo generoso e inesquecível sorriso, estará dizendo ao homem e à mulher, em geral jovens, que, com todas as caras, entregam-lhe documentos para o concurso, o indistinto e estimulante – vai passar!

Isso era e é instintivo respeito.

Respeito é bom e eu gosto. Nós respeitamos e gostamos de ser respeitados.

Tudo parece tão óbvio que talvez nem precisasse dizer, mas é bom que se diga.

Feliz e profícuo novo ano judiciário a todos.

Que assim seja, com respeito!

MARCOS DA COSTA (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, a quem me sirvo para dirigir a saudação a toda a Magistratura de São Paulo,

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski e Senhor Ministro Alexandre de Moraes, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em nome de Vossas Excelências peço vênia para saudar todos os membros dos Tribunais Superiores de nosso país,

Senhor Governador do Estado de São Paulo, Dr. Geraldo Alckmin, e Senhor Prefeito, João Doria, em nome de Vossas Excelências saúdo todos os membros do Poder Executivo Estadual e Municipal,

Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá e Senhor Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Deputado Estadual Cauê Macris, permita-me saudar todos os membros do Poder Legislativo por intermédio de Vossa Excelência,

Senhor Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, saúdo em nome de Vossa Excelência todos os membros do Ministério Público paulista,

Autoridades Civis e Militares,

Acesso ao Sumário

Meus Colegas, Advogadas e Advogados de São Paulo,

Minhas Senhoras, Meus Senhores,

A abertura do Ano Judiciário se mostra como um momento propício para expressar sentimentos de júbilo pelo trabalho efetivo realizado por todos os que militam em prol da Justiça no ano que se encerrou; de renovação de esperanças diante do novo comando desta Egrégia Corte, que inicia agora a sua gestão; mas também uma oportunidade para promover algumas reflexões que se impõem diante dos desafios destes tempos pautados por séria crise política, cujos desdobramentos se apresentam em aspectos múltiplos da vida de nossas instituições.

Inicio, assim, minha breve saudação, dirigindo-me ao nobre Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, pessoa de índole profundamente vocacionada à Magistratura, cumprimentando-o por sua gestão, marcada pela operosidade, serenidade e diálogo permanente para com os todos os Operadores da Justiça.

Quero saudar também os novos membros que compõem o Conselho Superior da Magistratura, na pessoa do nobre Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, a quem cumprimento de maneira efusiva, com a alegria de poder testemunhar o eficiente trabalho que desenvolveu como Corregedor-Geral. Com sua disposição e firme presença nas Comarcas do Estado, buscou valorizar as boas práticas que dignificam a Magistratura.

Senhor Presidente,

Senhores Desembargadores,

Ingressamos 2018 com a certeza de que este será um ano marcante para a nossa Justiça, tendo o Judiciário como o verdadeiro e legítimo espaço para julgamentos justos, realizados sob a exclusiva convicção e saber de seus doutos magistrados, e não um ano de julgamentos midiáticos, que promovam declarações antecipadas de culpas, firmadas por mídias massivas ou especulações em redes sociais.

Temos confiança em nosso Judiciário, pautando suas decisões a partir do respeito ao devido processo legal, ao sagrado direito de defesa e recursos a ele inerentes e à presunção de inocência.

Confiamos que o Poder Judiciário será marcado, em 2018, pelo respeito a todos, ciente da importância das sagradas missões que todos os quadros exercem – Magistrados, Membros do Ministério Público e Advogados, reconhecidos estes em sua missão pela própria Constituição brasileira como profissionais essenciais à administração da Justiça, cuja presença se faz obrigatória em todas as fases e em todos os espaços onde se pretenda promover a solução de litígios, incluindo fases pré-processuais e de conciliação. Todos empenhando seu papel em prol da satisfação do desejo do jurisdicionado por Justiça.

Acesso ao Sumário

Tratamos de um Judiciário respeitado pelos demais Poderes, com suas decisões sendo atendidas, inclusive no que diz respeito ao pagamento de Precatórios que, por sua vez, e a partir do depósito dos recursos de cada credor promovido pelo Poder Executivo, mereça prioridade de liberação por este Egrégio Tribunal, a fazer com que aqueles que por anos lutaram por seu direito, vejam finalmente a Justiça sendo efetivamente realizada.

Propugnamos, enfim, por um Judiciário solidamente amparado em valores democráticos, com foco no atendimento às demandas e aos interesses de nossa sociedade, que enxerga nele a verdadeira trincheira de defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Senhoras e Senhores,

Não há como deixar de reconhecer que o Brasil atravessa uma quadra das mais críticas de sua história. Chegamos a um momento de grandes definições. Ou o país caminha em direção ao seu futuro – o que pressupõe a realização de um conjunto de mudanças em sua feição institucional –, ou continuará amarrado às raízes do passado. Não há meio-termo.

De um lado, emergem as demandas de uma sociedade que clama por avanços; clama por uma feição política regrada por compromissos de seus representantes perante os eleitores; clama por melhores serviços públicos, sob a coordenação de gestores qualificados, escolhidos por critérios de mérito, e não por indicação política; clama pelo império da ordem e do respeito, pelo valor da transparência da Administração Pública, por estruturas e processos administrativos eficientes; clama por igualdade de direitos e oportunidades para os conjuntos sediados em todos os espaços da pirâmide social; clama por decência, dignidade, zelo e ética; clama, enfim, por um país mais justo, mais integrado ao espírito do tempo e menos atrelado ao modus operandi da velha política.

Desse quadro perverso que hoje se impõe como barreira ao encontro do nosso futuro resulta certa inversão de posições: a mistificação ocupa o lugar do fato; a mentira toma o lugar da verdade; a ambição desmesurada deflagra o uso de meios maquiavélicos; o espaço público transforma-se em propriedades administradas por amigos dos donos do poder; o mandato público, que pertence ao povo – o verdadeiro mandatário –, é tomado por muitos como espaço particular; a meritocracia é substituída por nepotismo. Infelizmente ainda impera o patrimonialismo na vida pública brasileira.

Senhoras e Senhores,

O Brasil caminha numa trajetória que não admite retorno. O que está em jogo é um desejo geral de avanço cívico, de renovação, de mudança, de práticas e atitudes de progresso, contra tentativas de uns e outros em manterem o status quo de salvaguardar privilégios de grupos e setores que se incrustam nas entranhas do Estado para sugar suas riquezas.

Acesso ao Sumário

Sob essa teia de mazelas, deixamos aqui o nosso alerta: que o eleitor não se deixe enganar por falsas promessas; que consiga distinguir na massa de candidatos aqueles que efetivamente desfraldarão a bandeira da ética e do compromisso com as legítimas demandas sociais; que saiba ser ele o verdadeiro protagonista das reformas pelas quais a sociedade clama.

Precisamos realizar a mais democrática, a mais transparente, a mais ética campanha de nossos tempos contemporâneos. Reclamamos por debates de ideias e de propósitos. Não deixaremos que as falsas notícias que inundam as redes sociais influenciem o nosso voto. Não podemos e não devemos incentivar "salvadores da Pátria", demagogos, figuras que certamente expressarão mensagens oportunistas para iludir massas incautas.

A democracia pressupõe o respeito à pluralidade, o debate entre grupos contrários, a liberdade de expressão, a defesa de ideias – mesmo as extravagantes –, mas a meta de elevação dos padrões da representação política pressupõe que os cidadãos, sob a régua do dever, atentem para os aproveitadores de ocasião, os enganadores de plantão.

A Advocacia, que opera na vanguarda de defesa da Cidadania, estará mais uma vez sustentando a bandeira dos valores éticos da política.

Hoje – como ontem –, Advogadas e Advogados estarão à frente da vanguarda social, esclarecendo, orientando, ilustrando e defendendo a cartilha do voto sem cabresto e voltado para compromissos dos candidatos.

Senhor Presidente,

Senhoras e Senhores,

Em palavras finais, quero deixar a minha mensagem de crença:

crença na condição de grandeza a que deve ser elevada o nosso país;

crença na capacidade do nosso povo de saber escolher representantes competentes e ávidos para nos oferecer um futuro venturoso;

crença na vitória do bom senso e da verdade sobre a demagogia;

crença no resgate dos valores morais que alicerçam o caráter do povo brasileiro;

crença no aperfeiçoamento da nossa Democracia, com a inclusão e adoção de padrões éticos na política e reformas na estrutura do próprio regime, esse presidencialismo que se designa de coalizão;

crença na juventude, semente do amanhã;

crença na missão da Advocacia – que saberá honrar a tarefa constitucional que a resguarda;

crença no resgate e na consolidação dos valores da República;

crença que a Justiça imperará em nosso país.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

GIANPAOLO POGGIO SMANIO (Procurador-Geral de Justiça)

Discurso proferido em nome do Ministério Público de São Paulo, por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Meus amigos,

A posse do novo Presidente do Tribunal de Justiça, o excelentíssimo desembargador Manoel Pereira Calças, enseja o encontro da comunidade jurídica paulista, da qual o Ministério Público orgulha-se de integrar. Compete a todos nós que escolhemos o Direito como forma de expressão do nosso respeito pela sociedade continuar zelando para que a Justiça seja distribuída à coletividade de nosso Estado. Vejo no desembargador todas as credenciais para fazer com que o maior e mais importante Tribunal de Justiça do nosso país continue a ser aquilo que sempre foi: um porto seguro para quem, vendo os seus direitos desrespeitados, necessita de resposta adequada do Judiciário.

Para que isto ocorra, a magistratura e a advocacia podem contar com a cooperação do Ministério Público. Somos cerca de 2.000 procuradores e promotores de justiça espalhados por todos os quadrantes de São Paulo, das maiores cidades às comarcas mais humildes. Em todas elas, meus amigos, o mesmo norte: zelar pela manutenção da democracia, da ordem jurídica e dos direitos sociais, segundo determina a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Neste ano, a Constituição Cidadã alcança a sua terceira década. A Carta Magna trouxe ao país inúmeros avanços. Entre eles, a atual formatação do Ministério Público, que presta relevantes serviços a toda a sociedade. É nosso propósito fazer com que a opinião pública continue tendo a nossa instituição na mais alta conta, assim como tem na mais alta conta este egrégio Tribunal de Justiça. Esta reputação é fruto do profissionalismo e da dedicação de seus juízes, alguns deles egressos de nossa instituição para dar a sua contribuição a esta corte por intermédio do quinto constitucional. A convivência que temos com a magistratura paulista nos permite observá-la de um ponto de vista privilegiado, sem correr o menor risco de fazer uma avaliação que não reflita a realidade. E a realidade, meus amigos, é que a Magistratura de São Paulo está à altura dos desafios que se apresentam ao nosso país na atual conjuntura.

Tenham a certeza de que acontece o mesmo com a classe que tenho a honra de representar. O Ministério Público de São Paulo não recuará não recuará um milímetro sequer, posso afiançar, na sua luta pela preservação do império da

Acesso ao Sumário

lei. Eventuais críticas nos servem para aperfeiçoar a nossa instituição. Ataques injustos, como têm ocorrido recentemente, convertem-se em maior estímulo para uma atuação técnica e determinada contra os transgressores da norma legal.

Contar na presidência do Tribunal com uma personalidade de estirpe do desembargador Manoel Pereira Calças é um alento para todos nós que temos a justiça como um ideal. Hipoteco a vossa excelência, doutor Calças, toda ajuda que eu posso dar. Conte com o Ministério Público em sua jornada. O seu êxito é o nosso êxito e o nosso êxito será o êxito de toda a sociedade paulista, a que temos a honra de servir.

Muito obrigado!

CAUÊ MACRIS (Deputado Estadual)

Discurso proferido em nome da Assembleia Legislativa de São Paulo, por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Bom dia a todas.

Bom dia a todos.

Quero iniciar a minha fala saudando do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, o Presidente do Tribunal de Justiça do nosso Estado de São Paulo. Quero saudar também o Desembargado Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Ex-Presidente do Tribunal de Justiça que desenvolveu um grande trabalho.

(Cumprimento às autoridades presentes).

Muito me honra nesta cerimônia representar o nosso Poder Legislativo do Estado. Nós temos uma convicção: São Paulo trabalha em perfeita harmonia e também respeitando a independência entre nossos Poderes e Instituições. Falo isso porque o Brasil vive um momento difícil e delicado, em que as Instituições acabam de acotovelando, tendo problemas institucionais gravíssimos. A nossa jovem Democracia, ela tem sido ameaçada constantemente pelo crescimento de correntes totalitárias.

Nesse momento, Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, gostaria de destacar uma entrevista recente de Vossa Excelência. Nela, o senhor dizia que o juiz não pode "jogar para a torcida", que ele não pode julgar de acordo com as expectativas da sociedade, O juiz, ele precisa ter independência e autonomia.

Essas palavras foram muito importantes. Nós lembramos o que dizia

Platão: "o Juiz não é nomeado para fazer favores com a Justiça, mas, sim, para julgar seguindo as leis". E é exatamente por isso, Doutor Pereira Calças, que temos que fazer uma reflexão. Uma reflexão de o por quê o juiz ter tido a postura que tem, defendendo a sociedade e a nossa Democracia. A nossa Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, fez uma declaração brilhante recentemente, dizendo que "sem liberdade não há Democracia". Também gostaria de acrescentar a essa declaração e dizer que nós não temos Democracia sem Justiça.

Essa reflexão é para que continuemos vigilantes, defendendo o trabalho institucional do Poder Judiciário. Nós, do Poder legislativo de são Paulo, temos um grande respeito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que pode contar sempre com esse respeito e também com o apoio sempre que necessário – assim como nós tivemos até então e tenho certeza que continuaremos tendo. Parabéns a todos os empossados na tarde de hoje.

GERALDO ALCKMIN (Governador do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Bom dia a todos.

(Cumprimento às autoridades).

É uma grande alegria vir ao Tribunal de Justiça na posse do Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Esta é uma solenidade cuja repetição não esmaece a relevância. Ficamos muito felizes em poder participar.

Acesso ao Sumário

Quero agradecer ao Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti pelo excelente trabalho que desempenhou ao longo de seu mandato na Presidência de nosso Tribunal.

É preciso destacar as boas parcerias. Montesquieu defende a tripartição dos Poderes, mas, se eles são independentes, também devem ser harmônicos na busca do bem comum.

Por isso quero cumprimentar o Tribunal pelas tele audiências criminais, mais de 45 mil executadas.

Também o nosso Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas (Cratod). Hoje vivemos o drama da dependência química: o Brasil infelizmente

se tornou o maior consumidor de cocaína do mundo, entre outras drogas. Para fazer frente a esse problema, o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria, têm atuado junto ao Governo Estadual na concretização de 3,5 mil internações, procurando dar a mão e ajudar os dependentes químicos.

Também destaco as obras nos fóruns: foram 96 obras novas, entre ampliações e melhorias na acessibilidade. Foram muito importantes para facilitar o acesso à Justiça.

Cito também as Audiências de Custódia. Uma vez fui a uma reunião de Governadores em Rio Branco (AC), e havia lá uma crítica sobre o fato de uma parte dos presos ser liberada. E eu tenho o exemplo de São Paulo: a audiência de custódia está consolidada, isso é fato. Atingimos no ano passado o menor índice de criminalidade: 8,02 assassinatos por 100 mil habitantes/ano. Como comparação, tínhamos no Estado de São Paulo, 17 anos atrás, 35 homicídios por 100 mil habitantes/ano. No ano passado fechamos com 8,02. Dez mil vidas foram salvas. Os latrocínios também caíram 22%. Na realidade, a Audiência de Custódia torna mais célere a Justiça, aproxima o Magistrado da pessoa presa em flagrante e permite um extraordinário trabalho.

Quero aqui também destacar o Acessa SUS. Todos nós temos que ajudar a diminuir a demanda, o excesso de judicialização. Muitas dessas ações são em torno de medicamentos, insumos. Por isso criamos o projeto – em parceria com o Tribunal de Justiça, a Secretaria Estadual de Saúde e o Ministério Público – que, com o auxílio de médicos e farmacêuticos, ajudam a evitar a judicialização e a garantir os dispositivos constitucionais de acesso à saúde. Enfim, boas parcerias que tivemos ao longo desse tempo.

Quero aqui destacar que essa não é a primeira crise, nem, certamente, será a última. Nesses tempos difíceis no mundo inteiro, crise de representatividade, aumento de questionamentos, só temos um caminho: fortalecer as Instituições. Fora da lei é o caos. Nós temos que fortalecer as Instituições e, no tempo de mudança e da velocidade da mudança, que é característica do nosso tempo, procurar, todos nós, buscar novos avanços, reformas e inovação (que, aliás, o Tribunal de Justiça tem feito sempre na vanguarda do Poder Judiciário da Federação brasileira).

Digo que o nosso Tribunal não poderia estar em melhores mãos, pois o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças não chegou à Presidência por obra do acaso. Foram quatro décadas como Juiz em uma carreira respeitada e brilhante. O Professor tem a coragem para fazer as mudanças e tem a liderança para exercer esse grande trabalho, neste que é, talvez, o maior Tribunal de Justiça do mundo – o que é também uma prova de confiança da sociedade ao buscar o Poder Judiciário para resolver seus litígios.

Muito bom trabalho, Desembargador Pereira Calças!

Acesso ao Sumário

ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Bom dia a todos.

Permito-me cumprimentar todas as autoridades e personalidades presentes na ilustre pessoa do eminente Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Meus queridos colegas, Desembargadores e Juízes do Estado de São Paulo e de outros Estados brasileiros, dignos integrantes do Ministério Público e da Advocacia, minhas Senhoras e meus Senhores,

Hoje é um dia de júbilo para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e para a sociedade paulista não só porque se inaugura um novo Ano Judiciário, mas também porque se dá posse a sua nova cúpula dirigente neste magnífico palácio concebido por um dos maiores gênios da arquitetura brasileira, Ramos de Azevedo.

Trata-se, aparentemente, de um acontecimento prosaico, corriqueiro, que se repete de tempos em tempos nas ocasiões aprazadas pelo menos desde 1891, data em que a Corte foi instituída como órgão de Poder Independente de um dos mais importantes entes da Federação.

Esta cerimônia, apesar da singeleza que se reveste, apresenta-se repleta de significado. É que ela se realiza em um momento em que o País passa por uma crise moral e política sem precedentes, na qual valores e princípios arduamente cultivados pela cidadania há séculos como suporte de uma vida minimamente civilizada estão sendo desafiados e colocados em cheque.

Porém, nesta crise, que é basicamente uma crise de confiança nas pessoas e nas Instituições, na qual sobejam problemas e escasseiam lideranças, a Maior Corte da Justiça do País dá um exemplo virtuoso de que é possível promover uma transição de Poder pacífica e ordeira dentro da democracia, escolhendo os seus melhores quadros para comandá-la no biênio vindouro.

Eu teria muito a dizer dos dirigentes recém-eleitos, mas gostaria de destacar apenas, dada a exiguidade do tempo, que todos são magistrados de carreira com longa experiência, dedicados de corpo e alma, com uma devoção quase religiosa à nobilíssima função judicante. Refiro-me ao Presidente do Tribunal, Pereira Calças, ao Vice-Presidente Artur Marques, ao Corregedor-Geral da Justiça Pinheiro Franco e aos Presidentes das Seções de Direito Público, Privado e Criminal, respectivamente, Evaristo dos Santos, Gastão Campos Mello e Fernando Torres Garcia, todos merecedores do nosso mais profundo respeito e

Acesso ao Sumário

admiração.

Especificamente, quanto ao Presidente da Corte, meu amigo de longa data, Manoel de Queiroz Pereira Calças, que comandará a Justiça Bandeirante pelos próximos dois anos, posso acrescentar que se cuida de um Juiz que ingressou na Magistratura há mais de quatro décadas, um jovem de apenas 25 anos de idade. Exerceu a Corregedoria Geral da Justiça com rara competência, além de ser admirado Professor da velha e sempre nova Academia do Largo São Francisco, onde compartilhamos as agruras e as alegrias do Magistério universitário.

Com fácil trânsito nos Tribunais Superiores, Pereira Calças cultiva estreito relacionamento com diversos dos seus membros, a exemplo de João Noronha, aqui presente, o eminente amigo Paulo Dias Moura, que também nos honra com a sua participação, e especialmente, também, com os seus conterrâneos de São Paulo, Ministros do Supremo, o eminente Celso de Mello, Dias Toffoli e aqui presente o mais novo integrante e já brilhante Magistrado Alexandre de Moraes.

Dedicado à bela família que construiu, é marido de Dona Amélia, pai do Thomaz e Ruth, avô de Gabriel e Lucas. Com esses predicados, tem tudo para ser um grande líder. Um líder, que juntamente com os demais empossados, está à altura do difícil quadro histórico pelo qual passamos e apto a dar continuidade à profícua gestão de Paulo Dimas de Bellis Mascaretti – companheiro de muitas lutas em prol do nosso Judiciário, a quem estendo as minhas homenagens. Sucesso e felicidade a todos.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Abertura do Ano Judiciário e a posse solene do Conselho Superior da Magistratura (CSM), biênio 2018/2019 (Cerimônia realizada em 05.02.2018).

Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes do Pleno, órgão de cúpula do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Excelentíssimos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal: Enrique Ricardo Lewandowski, Alexandre de Moraes e Sydney Sanches.

Excelentíssimos Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, Dr. Arnaldo Hossepian e Henrique Ávila. Excelentíssimos Senhores Ministros do Superior Tribunal de Justiça: João Otávio de Noronha, Corregedor Nacional da Justiça e Paulo Dias de Moura Ribeiro. Na pessoa de Vossas Excelências eu saúdo todos os Desembargadores Federais e Juízes Federais.

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, do Tribunal Superior do Trabalho, em cuja pessoa saúdo todos os Desembargadores Federais do Trabalho e Juízes do Trabalho que nos honram com suas prestigiosas presenças; os ilustres magistrados presentes e toda a magistratura nacional.

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, Dr. Geraldo Alckmin, em cuja pessoa saúdo todos os representantes do Poder Executivo federal e estadual, os senhores Secretários de Estado, bem como a Polícia Militar e a Polícia Civil.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembleia Legislativa, Deputado Cauê Macris. Na pessoa de Vossa Excelência saúdo todos os representantes do Poder Legislativo estadual e municipal, especialmente os deputados estaduais cujos nomes foram declinados pelo cerimonial.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, aqui representado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá. Minha saudação a todos os deputados federais.

Excelentíssimo General de Exército João Camilo Pires de Campos, Comandante do Comando Militar do Sudeste, estimado amigo e Tenente Brigadeiro do Ar Paulo João Cury, Comandante do Comando Geral de Apoio. Nas pessoas de Vossas Excelências faço minha saudação a todos os componentes das Forças Armadas.

Excelentíssimo Senhor Prefeito de São Paulo, João Dória. Em sua pessoa saúdo todos os prefeitos presentes. Saúdo também aos eminentes Secretários Municipais.

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça do estado de São Paulo Dr. Gianpaolo Poggio Smanio. Minha saudação a todos os membros do Ministério Público Federal e Estadual.

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do estado de São Paulo, Dr. Elival da Silva Ramos.

Excelentíssimo Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo Dr. Marcos da Costa. Minha saudação a todos os advogados presentes nesta sessão solene e a todos os advogados paulistas. Saúdo o Presidente do IASP e da AASP.

Excelentíssimos Senhores Reitores da Universidade de São Paulo, da Nove de Julho, da Universidade Estadual Paulista, Senhores Diretores da Instituição Toledo de Ensino, da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, da Escola Paulista da Magistratura, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, todas as instituições nas quais tenho a honra de integrar o corpo docente. Na pessoa de Vossas Excelências saúdo todos os professores presentes nesta solenidade.

Autoridades civis e eclesiásticas.

Senhores Servidores.

Senhores e Senhoras.

Perante todos os presentes nesta posse solene no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, eleito pelos eminentes Desembargadores desta Corte de Justiça, juntamente com os ilustres componentes do Conselho Superior da Magistratura, Desembargadores Artur Marques, Pinheiro Franco, Xavier de Aquino, Campos Mello, Evaristo dos Santos e Fernando Torres Garcia, ratifico o juramento que todos os magistrados de nosso País formalizam em suas respectivas posses: prometo cumprir fielmente a Constituição, as leis vigentes e os deveres do cargo.

Nesta data e neste augusto e magnífico salão dos Passos Perdidos, Sacrário da justiça Bandeirante, repetimos o ritual que pela vez primeira aqui foi realizado aos 3 de fevereiro de 1874, quando tomou posse como o primeiro presidente do Tribunal da Relação da Província de São Paulo e Paraná, o Desembargador Tristão de Alencar Araripe, cearense da Vila de Icó, bacharel pelas Arcadas de São Francisco, Turma de 1845, o qual, após ser Ministro do Supremo Tribunal de Justiça a partir de 1886, foi nomeado em 1890 para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, organizado após o advento da República. Depois de servir na Suprema Corte, Alencar Araripe foi Ministro da Justiça do Governo Deodoro da Fonseca e faleceu aos 87 anos, em 1908, tendo atuado a serviço da Justiça e da Política de nossa terra, sob os regimes imperial e republicano.

Não posso deixar de repetir parte de sua oração feita em seu discurso de posse na Presidência do Tribunal da Relação de São Paulo, quando o juiz é nascido no Ceará declara o seu amor à terra de Piratininga:

"Senhores, a terra que deu berço a Amador Bueno, tipo de cavalheirosa lealdade; a José Bonifácio, expressão de nosso patriotismo; a Diogo Feijó, modelo de valor cívico; a Rodrigues dos Santos, gênio da tribuna parlamentar; a terra de tantas glórias nacionais reclamava a satisfação do tributo que se lhe devia. A iniciação de três grandes fatos sociais constituem a benemerência da terra paulista: a emancipação da consciência e a emancipação do trabalho.

Nesta província soltou o príncipe regente o brado da independência nacional; nesta província começou o jornalismo a crítica da superstição religiosa; nesta província deu-se o exemplo de eficácia da iniciativa individual.

Três liberdades surgiram nesta briosa terra: a liberdade política, a liberdade religiosa e a liberdade industrial. A província de São Paulo, exibindo o êxito do trabalho do cidadão em comum esforço, revelou ao Brasil o segredo de sua grandeza".

Ao me referir à posse do Primeiro Presidente desta Corte de Justiça e

rememorar excertos de sua bela oração, nada mais fiz do que atender a um conhecido conselho de Carnelutti. Ensinou o festejado jurista italiano: "A vida do homem flui do passado para o futuro, por isso, necessita ele de ver adiante de si, e, para que possa perceber o que virá, é preciso conhecer o que passou".

Após mais de quatro décadas de exercício diuturno da judicatura forjada com o amor e a paixão próprias do vocacionado, atuei com dedicação, dignidade, ética, comprometimento e independência, cultivei a altivez do soldado e a humildade e simplicidade do franciscano, a operosidade do trabalhador incansável e a austeridade e honradez dos filósofos estoicos, tendo percorrido com calma e sem atropelos todos os degraus da longa carreira de magistrado, cultuando a toga mantida imaculada ao solucionar os mais diversos tipos de conflitos e desentendimentos brotados da alma humana, procurando dar a cada um o que é seu com a aplicação do direito teleologicamente interpretado mediante a exegese histórica, sistemática e principiológica, com o objetivo de distribuir justiça. Sempre cultivei a assiduidade, a pontualidade, a produtividade e a urbanidade, sem tergiversar com a autoridade e a soberania que ornamentam o Poder Judiciário. Como foi ressaltado pela eminente Desembargadora Silvia Rocha, emblematicamente indicada para falar na instalação do Ano Judiciário de 2018, o Poder Judiciário tem que ser respeitado e a harmonia dos poderes do Estado exige que o sistema de freios e contrapesos seja observado com rigor e sem flexibilizações ou concessões injustificadas. No biênio anterior exerci a Corregedoria Geral da Justiça, função honrosa, complexa, mas gratificante. Com a indispensável colaboração de uma excelente equipe composta por magistrados competentes, cultos, dedicados e talentosos, auxiliado por servidores engajados, experientes e eficientes, dediquei-me com afinco à difícil tarefa de orientar e supervisionar o trabalho de 2.180 magistrados de primeiro grau, que exercem a jurisdição em 10 regiões administrativas, 319 comarcas, 1500 varas, com o trabalho de cerca de 43.000 servidores concursados, além de terceirizados, estagiários e conciliadores, que perfazem mais de 70.000 colaboradores. Com a experiência haurida como juiz estadual na jurisdição civil, criminal, infância, família e sucessões, que, cumulativamente, por largos anos exerci no interior do Estado de São Paulo a competência própria da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, somada ao exercício de cargos diretivos de primeiro grau, atividade correcional nos cartórios judiciais e extrajudiciais, atuação como Juiz Convocado no Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, como Juiz Substituto de Segundo Grau no Tribunal de Justiça e, finalmente, como Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, espero estar à altura das exigências para o exercício da Presidência de nossa Corte da Justiça.

Acesso ao Sumário

Tenho consciência dos problemas complexos que deverão ser enfrentados nesta gestão que ora se inicia.

Nosso País enfrenta dificuldades de grande envergadura e complexidade na seara política, econômica, social e moral. Malgrado os enormes problemas estruturais que afligem nossa nação e que trazem a todos insegurança e incertezas quanto ao futuro de nosso País, impõe-se o reconhecimento de que, hodiernamente, a maior e mais densa preocupação do povo brasileiro, repousa na contumaz, sistemática e estarrecedora violação dos princípios morais e éticos praticada por grande parcela de nossos governantes. A corrupção apurada nas investigações policiais, denunciadas pelo Ministério Público e julgados pelo Judiciário assume proporções gigantescas e os valores saqueados dos cofres públicos e, portanto, do povo brasileiro, representam cifras inimagináveis. Diante da gravidade da situação delineada em todos os quadrantes do Brasil, constata-se, com esperança e fé, de que há uma evidente aspiração coletiva para que se logre alcançar a regeneração da conduta ética dos governantes e dos governados. A ética a ser observada nas três esferas de poder – judiciário, executivo e legislativo – passa a constituir a pedra angular e perene, que imantada pelo patriotismo e pelo civismo, precisa ser impressa a ferro e fogo no coração e na mente de nossa juventude que no futuro irá herdar a administração dos destinos da nossa Pátria. É preciso resgatar o brio da nação, restaurar as forças vivas do espírito da nacionalidade, ressuscitar o ardor cívico de nosso povo, curar a anervia moral de agentes públicos e privados, empresários e empregados, administradores e administrados, para que possamos reconstruir nosso País.

A reconstrução ética e moral da nação impõe, como pressuposto, que cultuemos nosso passado, reverenciemos nossas tradições, veneremos no altar do civismo e do espírito público os valores imprescindíveis e imperecíveis para lograrmos a reconstrução do espírito e do orgulho nacional. Nesta senda, impõe-se o estudo da vida dos grandes personagens de nossa história, para que o exemplo de pessoas que dignificaram os valores morais indispensáveis à construção de uma grande nação sejam recuperados.

Há algum tempo, relendo Cícero, o maior tribuno de Roma, ao descrever o lento declínio da velha República, não pude deixar de vislumbrar a constatação de grande similitude com o quadro nacional e universal que hoje vislumbramos. Acompanhem Marco Tulio Cícero: "Não havia mais ordem no Fórum, nem concórdia no senado, nem regras nos julgamentos, nem respeito aos superiores, nem limites à jurisdição dos magistrados. E as mãos, que antes lavravam as searas e as vinhas, só se calejavam em aplaudir os comediantes e os circenses". Era como se vê, e como vemos hodiernamente, o reinado da desordem, a dissolução dos costumes, o luxo e prazeres ilimitados de alguns e, em contrapartida, a fome e a desesperança da maioria da população, facilmente manipulada por falsos messias e salvadores da pátria.

Impõe-se a restauração da moralidade e da legalidade, única política a ser aplicada em nossa República para se enfrentar com eficiência, a corrupção

instalada em todas as esferas de poder e em todos os níveis de nossa República federativa.

Nós, juízes, intérpretes constitucionais das leis e da própria Carta da República, temos que cumprir nosso juramento institucional de forma plena e independente, mercê de que amparados pelas garantias previstas em cláusulas pétreas insculpidas no artigo 95 da Lei Magna: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, lograremos cumprir, com zelo, patriotismo, civismo e profissionalismo, nossa sagrada missão constitucional. É preciso dizer, em alto e bom som, que as três clássicas prerrogativas constitucionais da magistratura nacional, não foram instituídas e sacralizadas com o escopo de amparar a pessoa do juiz, mas sim, para proteger e garantir aos cidadãos que, ao invocarem a garantia da tutela jurisdicional, que o exercício da função será prestado de forma livre, independente, desassombrada e sem o temor da interferência ou da pressão de forças econômicas ou políticas esgrimadas pelos poderosos de plantão, que são os inimigos da liberdade, da democracia, do Estado de Direito e do bem estar social e da pátria.

A interpretação das leis, missão maior que a Constituição Federal outorga aos juízes, porém, não pode ser realizada de acordo com a ideologia de cada juiz, não pode ser utilizada de acordo com a ideologia de cada juiz, não pode ter preferências político-partidárias, haja vista a proibição expressa do art. 95, parágrafo único, inciso III, da Carta da República. Evidentemente, não se defende a neutralidade do magistrado. Porém, a hermenêutica das leis não pode ser promovida sob a ótica de nenhum dos dogmas ou valores religiosos cultuados pelo magistrado, haja vista o laicismo do Estado. Impende ressaltar ainda que aos magistrados, mesmo sob o espeque do artigo 37 da Carta Federal que ordena à Administração Pública a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não compete aos julgadores invocar tais postulados constitucionais para imiscuir-se na seara reservada legalmente ao administrador público e aplicar, em indevida e abusiva invasão de competência, os critérios da oportunidade e conveniência, cujo uso discricionário é da exclusiva alçada da Administração Pública. Não pode também o juiz, na tarefa exegética, substituir-se ao legislador, julgando o caso concreto como se fosse o parlamentar. O Juiz é escravo da lei e, ao aplica-la, se for possível nos limites de sua competência constitucional, deve procurar fazer justiça. Por isso já se disse que a pior das ditaduras é a ditadura do Poder Judiciário.

Acesso ao Sumário

É importante destacar a todos os presentes: no cumprimento do mandato que me foi outorgado pelo Pleno do Tribunal da Justiça de São Paulo, que pretendo exercer a representação e a gestão desta Corte, exclusivamente, à luz dos princípios da Constituição Federal e das Leis de nosso País. Daí porque, assumo solenemente perante todos os que nos dão a honra de sua presença na

abertura do Ano Judiciário de 2018, o compromisso de defender e lutar com todo o arsenal jurídico, de forma intransigente, corajosa e destemida a regra constitucional inscrita no artigo 99 da nossa Carta da República: a autonomia administrativa e financeira deste Tribunal.

Não olvidarei em momento algum que o Brasil é uma República Federativa e constitui-se em Estado Democrático de Direito, adotados como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Por outro lado, como ressaltou a Desembargadora Silvia Rocha, porta-voz da Corte nesta Sessão Solene, "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Por isso, antes dos agradecimentos finais, relembro neste ritual de compromissos, alguns de nossos maiores:

Duque de Caxias, a mais importante personalidade do Brasil-Império: "Minha espada não tem partidos!" Ao ser interpelado e provocado: "Ontem do lado do povo, hoje, contra ele, respondeu com altivez o Patrono do Exército Brasileiro: "Com a Lei, pela Lei e dentro da Lei, porque fora da Lei não há salvação".

José Bonifácio, o Patriarca da Independência: "A maior corrupção se acha onde a maior pobreza está ao lado da maior riqueza".

Agora passo aos agradecimentos, sob pena de severa e inescusável ingratidão.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus.

Agradeço ao meu saudoso pai, Professor Manoel Pereira Calças Filho e à minha mãe, Professora Maria Abbadia de Queiroz, que hoje, por problemas de saúde, não pôde estar aqui participando deste momento tão importante de minha vida de magistrado, pelo exemplo de vida, desprendimento, retidão de caráter, amor à Família e aos valores cristãos e às lições de civismo que eu e meus irmãos deles recebemos, notadamente o amor ao estudo e ao trabalho. Peço a benção a ambos.

Agradeço ao meu saudoso sogro Laerte Junqueira de Andrade e à minha saudosa sogra Dona Maria Rita de Almeida Junqueira de Andrade, exemplos de dignidade, integridade moral e guardiões das mais caras tradições familiares e cristãs.

Aos meus queridos e saudosos avós, Manoel Pereira Calças, Maria Augusta Lopes, Dr. José Queiroz e Dolorita Leal de Queiroz, que nos ensinaram pela pedagogia do exemplo e nos transmitiram o amor à família, ao trabalho, aos estudos, à tradição e os mais altos valores da moral, da ética e da fé cristã.

Agradeço à minha esposa, Maria Amélia de Almeida Junqueira de Andrade, pelo amor ilimitado e por seu absoluto desprendimento matriarcal, por sua

firmeza e inteligência na condução de nossa família. Mulher forte, competente, firme e desassombrada. Ela está ao meu lado desde que prestei o concurso à magistratura paulista em 1975. Sem ela, sem seu apoio, sem sua dedicação, seu amor infinito, eu não estaria aqui hoje e agora assumindo mais esta missão. Maria Amélia é o esteio de todos nós. A meus filhos, Ruth Maria e Thomaz, justo orgulho, que se dedicam exclusivamente às letras jurídicas, ao magistério do direito e à vida acadêmica. Agradeço à minha nora Gisela e ao meu genro Mateus, pelo carinho e respeito. Aos meus netos, Gabriel e Lucas, razão de ser da felicidade dos avós. Não posso deixar de agradecer aos nossos funcionários e colaboradores pessoais que nos ajudam em nosso lar, em nossa atividade rural e agropastoril, no transporte e nossa segurança familiar.

Agradeço aos meus tios e tias, irmãos, cunhados, aos meus professores, a todos os servidores do Poder Judiciário, que por todas as comarcas e tribunais em que judiquei, foram o amparo amigo, dedicado, fraterno e competente. A todos meus amigos que aqui se encontram, muitos vindos de longe, com sacrifícios imensos, para suas atividades profissionais e pessoais, aos meus queridos alunos de todos os tempos, aos advogados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, especialmente aos juízes que compuseram minha equipe na Corregedoria Geral da Justiça e aos Juízes que atualmente me auxiliam na Presidência desta Corte. Aos policiais militares e policiais civis que cuidam da segurança de todos nós. Não posso deixar de mencionar os Desembargadores que exerceram as Corregedorias Gerais da Justiça dos Estados e Distrito Federal, com quem convivi por dois anos no Colégio Permanente De Corregedores Gerais Estaduais, com os quais estabeleci sólidos laços de amizade, respeito, admiração e carinho. Aos servidores que cuidaram da preparação desta solenidade.

Quero agradecer aos Desembargadores que presidiram este Tribunal e que hoje prestigiam esta solenidade. Desembargadores: Nigro Conceição, Celso Limongi, Ivan Sartori, Renato Nalini e Paulo Dimas Mascaretti.

Um agradecimento especial ao Senhor João de Deus, que veio de Abadiania nos trazer a prece especial da Casa de Dom Inácio. A presença de Paulo Bomfim, o nosso Príncipe dos Poetas também é motivo de júbilo para todos nós.

Por fim, o agradecimento a todos os Desembargadores do Pleno desta Corte que me confiaram a honrosa missão de dirigir, com a participação de todos, os destinos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Um forte abraço a todos os Juízes do Estado de São Paulo.

Muito obrigado. Tenho dito.

Acesso ao Sumário

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da posse solene dos Desembargadores Carlos Vieira Von Adamek e Ramon Mateo Júnior (Cerimônia realizada em 23.02.2018).

Excelentíssimo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Artur Marques da Silva Filho Vice-Presidente, Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, DD. Corregedor Geral da Justiça, em cujos nomes saúdo todas as autoridades e personalidades presentes, já mencionadas pelo cerimonial.

Prezados colegas magistrados, membros do Ministério Público, senhores advogados, servidores, amigos e familiares dos empossados.

Vivemos hoje neste Palácio da Justiça mais uma tarde memorável.

Na natural renovação dos quadros da magistratura em 2º grau, recebemos aqui dois novos desembargadores: Carlos Vieira Von Adamek e Ramon Mateo Júnior.

Na infância, os eminentes colegas possivelmente não ouviram falar em colar do mérito judiciário e do seu significado. E quando ingressaram na Faculdade de Direito, certamente não se preocuparam em demasia com a ascensão que poderiam alcançar na vida profissional; conhecendo a personalidade deles, posso dizer que apenas decidiram que iriam viver com dignidade, coragem, entusiasmo e compostura, iluminados pelas lições de vida de seus pais.

É certo que, Carlos cursou a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, após experiência como estagiário e advogado no escritório de seu pai Otto Carlos Von Adamek, assumiu, em janeiro de 1989, sua verdadeira vocação, no cargo de Juiz Substituto da 20ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Itú.

Ramon Mateo Júnior cursou a Universidade Católica de Santos e, após passagem como escriturário na Prefeitura de Praia Grande e profícua atuação como escrevente judiciário na Comarca de Santos, alçou o cargo de Juiz Substituto da 1ª Circunscrição Judiciária, com sede na Comarca de Santos, tomando posse em outubro de 1989.

Carlos, como juiz titular, passou pelo então Foro Distrital de São Miguel Arcanjo, pela Comarca de Lençóis Paulista e pela 3ª Vara Cível da Comarca de Limeira, sendo então removido para o cargo de Juiz Auxiliar da Comarca da capital; na então chamada entrância especial, foi titular da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara da Comarca de São Paulo e da Vara do Juizado Especial

Acesso ao Sumário

Cível e Criminal da Comarca de Barueri; posteriormente foi removido para o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau; e engrandeceu o nosso Tribunal de Justiça, a partir dos relevantes serviços prestados em Brasília como Juiz colaborador do Conselho Nacional de Justiça, Juiz Auxiliar e Magistrado Instrutor no Gabinete do Ministro Dias Toffoli do STF e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral e Secretário Geral da mesma Corte Superior; atualmente, sem prejuízo da jurisdição nesta Corte, atua como Magistrado Instrutor do STJ, no gabinete do Ministro Luiz Felipe Salomão e também como Juiz Auxiliar do Corregedor Nacional de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha.

Ramon, como titular, esteve no Foro Distrital de Pirapozinho, na 1ª Vara da Comarca de Andradina e na 2ª Vara Cível da Comarca de Santos; em entrância especial atuou como juiz da 1ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista, removendo-se para o cargo de Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Santos; posteriormente foi removido para o cargo de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, exercendo suas funções na Seção de Direito Privado.

Em suma, Carlos ostenta, a esta altura, 29 anos de magistratura e Ramon 28 anos.

E neste momento, essa simples referência a tantos anos na carreira, com enormes exigências, dispensa outras referências biográficas dos dois empossados, pois ser juiz em São Paulo, integrar a nossa magistratura bandeirante, já representa um galardão, uma distinção excepcional, a autorizar que se ostente, com justo orgulho, o colar do mérito judiciário.

Mas não há como desconsiderar que, sem prejuízo da intensa atividade jurisdicional, Carlos Adamek obteve habilitação específica em Direito Privado e Direito Processual Civil na USP e concluiu especialização também em Direito Processual Civil na Escola Paulista da Magistratura, realizando ainda inúmeros outros cursos extracurriculares no Brasil e no exterior; se dedica também ao magistério e a produção bibliográfica. De igual modo, Ramon também buscou titulação acadêmica, possuindo mestrado em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos e especialização em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura; se dedica também ao magistério e ostenta igualmente relevante produção bibliográfica.

Mostra-se evidente o preparo funcional e acadêmico dos eminentes empossados.

Li certa feita que ser um vencedor não é superar outro, mas conseguir realizar os seus talentos no nível mais alto de sua existência.

Pois bem.

Ingressar na magistratura, galgar os diversos degraus da carreira e alcançar

Acesso ao Sumário

o cargo mais elevado representa efetivamente uma grande vitória.

Hoje estamos aqui diante de dois vencedores, de extremo talento.

E essa valiosa conquista decorre certamente de uma trajetória forjada a partir de um sonho, de uma inspiração, de muita transpiração, lágrimas, uma fé inabalável, um ideal e trabalho árduo.

Certamente ambos os empossados vêm escrevendo páginas marcantes na história da nossa justiça usando seu melhor estilo, mostrando que mais do que força intelectual, nossos magistrados ostentam um quociente espiritual que não conhece acomodação, reunindo então condições para vencer todos os destinos e acasos que podem esmaecer a causa da justiça, com a qual estão inteiramente comprometidos.

Na verdade, diante das incontáveis tentativas que se apresentam para fragilizar a magistratura no meio social, o gesto, o olhar, o passo de cada juiz fazem a diferença, evidenciando que não aceitamos o debate exacerbado, irracional, que não compactuamos com a desintegração social, com a mobilização para a pauta da negação e o aniquilamento das instituições que opõem óbice aos que pregam a ânsia da vida sem uma finalidade ética.

E não podemos ter receio de defender os nossos direitos funcionais; nossos juízes vivem tão somente da sua remuneração, em regime de dedicação exclusiva; e ainda bem que subsistem apenas em função da sua remuneração.

Como dito, gesto, olhar, passo, serão então decisivos na postura de cada magistrado.

Cada gesto deve ter foco na coragem, no enfrentamento dos malfeitos, no acolhimento das pessoas que confiam na Justiça e na indicação da prevalência de princípios e valores edificantes.

O olhar há de ser sempre sereno, sonhador e sem temor, de modo a encher de esperança aqueles que têm fé no poder transformador das ações das pessoas comprometidas com uma missão institucional em prestígio da cidadania.

E cada passo deve revelar determinação, firmeza, rumo certo, evidenciando que nosso juiz jamais irá claudicar diante de forças destruidoras.

Nessa linha, confio firmemente no gesto, olhar e passo dos nossos Desembargadores Carlos Adamek e Ramon Mateo.

Creio que a cada dia um livro em branco é colocado em nossas mãos e precisamos nos reinventar, nos desafiar a ser melhores, mantendo a alma pura e um espírito guerreiro. De palavra em palavra podemos mudar o horizonte.

O nosso querido poeta Paulo Bomfim escreveu certa feita o poema denominado “Aquele Menino”, que nos convida a continuar voando silenciosamente nas asas de nossos sonhos e de nossos ideais, sempre com ternura.

Diz o poeta:

"Eu sou aquele menino
Que o tempo foi devorando,
Travessura entardecida,
Pés inquietos silenciando
Na rotina dos sapatos,
Mãos afagando lembranças,
Olhos fitos no horizonte
À espera de outras manhãs.
- Ai paletós, ai gravatas,
Ai cansadas cerimônias,
Ai rituais de espera morte!
Quem me devolve o menino
Sem estes passos solenes,
Sem pensamentos grisalhos
Sem o sorriso cansado!
Que varandas me convidam
A ser criança de novo"

Assim, como ensina o poeta, é preciso continuar sendo aquele menino, desafiador, sonhador, que apenas cresceu por distração, e que pode aprender, desaprender e aprender de novo. E cada dia deve ser mesmo uma promessa de recomeço e a oportunidade da transformação em dádiva de cada desafio da vida.

Nesse passo, os eminentes desembargadores ora empossados certamente recebem sua promoção não como uma recompensa pelo muito que fizeram até aqui; mas como um estímulo pelo muito que ainda resta a fazer.

Resta então homenagear os familiares dos colegas empossados.

A energia que nos move é o sorriso sincero e o aconchego daqueles que nos amam verdadeiramente. Por outro lado, o sucesso não tem sentido na solidão. É ótimo compartilhá-lo com os entes queridos.

Acesso ao Sumário

Na verdade, a felicidade maior num momento como esse é repercutir o sentimento de orgulho, de satisfação, que nós projetamos em nossos pais, em nossos filhos, em nossas esposas e em nossos amigos pelo caminho percorrido e pelo sucesso alcançado. Interessa-nos muito deixar como legado, para esses entes queridos, um nome honrado, um exemplo de trabalho profícuo, honesto e digno.

Quero então homenagear neste momento os pais do Carlos (Otto Carlos Vieira Von Adamek e Gabriele Edith Von Adamek), sua esposa, bem como os filhos.

Cumpre também homenagear os pais do Ramon (Ramon Mateo e Ada Pérsico Mateo), a esposa e os filhos.

Nossa saudação ainda aos demais familiares e aos amigos presentes.

Agradeço, por fim, com grande emoção, a lembrança de meu nome para proferir esta saudação.

Tenho dito que grandes são os dias em que a amizade alardeia as suas pompas. Nesta Casa ouvi certa feita que Deus nos deu amigos e flores; mas a amizade é ainda mais bela que as flores porque os jardins estão sujeitos às estações, ao passo que a amizade, quando sincera, vence os tempos e arrasta todas as adversidades.

Que esta reunião seja então um tributo ao ideal, à causa da justiça, ao amor dedicado aos entes queridos e à amizade.

Muito obrigado pela atenção.

CARLOS VIEIRA VON ADAMEK (Desembargador)

Discurso por ocasião da sua posse solene (Cerimônia realizada em 23.02.2018).

Cumprimento a todos nas pessoas do nosso Presidente Pereira Calças; do nosso Vice-Presidente, futuro Presidente do Supremo, Ministro Dias Toffoli; do nosso Ministro Torquato Jardim; do nosso Vice-Governador Márcio França; e do Ministro João Otávio de Noronha.

É uma honra estar aqui rodeado de tantos amigos. O Conselho Superior da Magistratura, colegas de Tribunais, do Ministério Público, da Advocacia... Realmente estou emocionado pelo número de amigos que aqui vejo presente.

Quero dizer que, há quase 30 anos, quando deixei o escritório de meu pai a contragosto dele, diga-se, não pensei em fazer outra coisa a não ser ir para o lado da Justiça. Deixei o escritório e vim para a Magistratura, após passar pelo concurso aqui da minha terra natal. Não imaginava, naquela época, que poderia chegar a esse honroso lugar.

Então hoje é a realização de um sonho. Quero dizer da minha honra de integrar esse Tribunal e dar a minha pequena parcela de colaboração na distribuição de Justiça, que é o que fazemos aqui todos os dias.

Não preparei um discurso formal, mas tenho algumas palavras a dizer porque os tempos são confusos. Estamos vivendo momentos de destruição da Magistratura. Não sei realmente a quem isso interessa, mas não é à Democracia,

com certeza. Todos os dias vemos ataques, matérias direcionadas contra pseudobenefícios indevidos que os juízes viriam auferindo, sem que se faça um contraponto de dizer realmente que tipo de Justiça nós queremos.

Certamente, nenhum de nós quando ingressou na carreira pensou que ficaria milionário, mas nós entramos para ter um padrão de vida digno. Acho que aquilo que o Juiz recebe hoje, pela responsabilidade que tem, é um bom salário, mas ainda está faltando um pouco de dignidade porque estamos em defasagem com nossos reajustes, sem reposições há mais de cinco anos.

E nos atacam porque ora recebemos auxílio-moradia. Diria que nenhum de nós gostaria de receber auxílio de nada; queremos receber é salário, nosso subsídio somente.

Colocam como descabido quando recebemos algum vencimento maior no final do mês porque fomos indenizados por férias não gozadas. Ora, na iniciativa privada patrão que não dá férias em dois anos paga em dobro também. Nós não recebemos nada em dobro, só recebemos aquilo que temos direito. Se trabalhamos nas férias, é porque, se não o fizermos, a Justiça será acusada de ser morosa porque os juízes estão gozando de férias.

Eu realmente gostaria de saber o que se espera do Judiciário. Se é um Judiciário fraco, mal remunerado e covarde, ou se querem reconhecer, pelo menos, os direitos e as igualdades. Tenho certeza que aqueles que nos atacam, na iniciativa privada, têm remuneração até superior a que temos.

Então, senhor Presidente, tenho certeza que estamos caminhando, estamos sensibilizando, como Vossa Excelência bem enfatizou em seu discurso de posse. E tenho certeza que nosso futuro Presidente Dias Toffoli encontrará esse contraponto, vai nos direcionar a dias melhores, pelo menos no que tange a mostrar o quanto vale o Juiz.

Mas, o dia é de festa! Finalizo com agradecimentos. Agradecer primeiro a Deus, que nos permitiu estar aqui hoje. Agradecer aos meus pais, o meu saudoso Doutor Otto que há alguns dias nos deixou e minha mãe Gabriele. Agradecer aos meus irmãos, tios, primos, especialmente aos meus sogros aqui presentes, e aos meus filhos Daniele e Rafael e à minha esposa Patrícia, que nesses 30 anos teve que abdicar de muita coisa, foi negligenciada, foi companheira, às vezes, de ninguém porque ou eu estava viajando ou trabalhando enfurnado no escritório. A eles eu agradeço e vejo que podemos não ter muito, mas tenho duas coisas na vida e isso me basta: tenho família e amigos.

Obrigado!

Acesso ao Sumário

RAMON MATEO JÚNIOR (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua posse solene (Cerimônia realizada em 23.02.2018).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel Pereira Calças, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Senhoras e Senhores!

Ao atingir, nesta solenidade, o ápice da carreira de magistrado, elevo meu pensamento, em primeiro lugar a Deus para agradecer a Sua Presença em cada momento da minha vida, levantando-me todas as vezes que a vaidade, o egoísmo e a indiferença com próximo me fizeram cair. Em seguida quero agradecer à minha família; aos meus pais, que não estão mais fisicamente presentes e aos meus irmãos, por todo o apoio que sempre me deram, por certo sem eles não teria concluído o Curso da Faculdade Católica de Direito de Santos; aos meus filhos que estão aqui presentes, Felipe Mateo e esposa, Priscila e o marido e Ramon Mateo, pela compreensão quanto aos momentos roubados do nosso convívio, em decorrência do exercício da judicatura ao longo da vida, hoje meu filho Felipe Mateo, que para meu orgulho é magistrado, provavelmente entenderá os motivos pelos quais o pai ficava sábados e domingos envolvido com os processos, mormente naquela época, Senhor Presidente, quando todos autos eram físicos não tínhamos tantos recursos da informática nem assistentes, por certo, em futuro não muito distante, meu caçula entenderá também, haja vista que hoje e acadêmico de Direito na PUC/SP; quero agradecer à minha esposa Fatima Paula, pelo companheirismo e toda dedicação que sempre me entregou. Igualmente não poderia deixar de agradecer a toda a minha equipe de trabalho, pelo esforço diário para que possamos fazer frente ao volume de recursos que nos chegam toda semana, bem como, agradeço a todos os funcionários que ao longo da minha carreira sempre me dedicaram lealdade e confiança; aos meus amigos por todo apoio que sempre deram. Saudamos em especial o Padre Javier Mateo, por toda orientação ética e espiritual. Enfim, chegamos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com a certeza de que se voltasse à minha juventude, eu enfrentaria tudo novamente para ser Magistrado!

Em outubro de 1989, nesta mesma sala eu e mais 29 aprovados do 157º Concurso de Ingresso na Magistratura tomávamos posse no cargo Juiz Substituto, alguns dos meus colegas de concurso estão aqui prestigiando esta solenidade e com certeza se lembram daquele dia; hoje passados 28 anos, aqui retorno, para tomar posse como Desembargador e podemos dizer aos colegas de concurso que a nossa vez chegou! A caminhada foi longa e com muitas dificuldades. Recordo-

Acesso ao Sumário

me das palavras do meu examinador, o saudoso Des. Francis Davis, que na entrevista pessoal me advertia, "*a carreira de juiz de direito não é um caminho somente de flores, existem muitas dificuldades que precisamos enfrentar*, *são as pedras do nosso caminho*". Verdadeiras palavras, haja vista que muitos foram os desafios enfrentados.

Atualmente, por exemplo, quando vivenciamos mais uma grande crise ética e política, encontramos outro caminho de pedras; os processos de investigação do mensalão e corrupção em empresas estatais provocaram, mais uma vez, o acionamento do Poder Judiciário, para cumprir sua missão constitucional e ao fazermos com zelo e denodo, Senhoras e Senhores, ganhamos inimigos, mormente na esfera politica e nos meios de comunicação, inimigos da justiça. Nesse quadra, maior se afigurou nossa responsabilidade perante a sociedade porque o povo deposita em nosso trabalho a esperança de ser feita Justiça. Não podemos ter medo de influencias externas em nossas decisões.

De fato, o exercício da magistratura exige a busca constante da justiça. Em busca desse objetivo, devemos nortear nossa atividade judicante, pela (a) *Independência*, de modo que não sejamos influenciados por preconceitos ou atitudes externas na formação de nossa convicção; (b) *Imparcialidade*, porque o magistrado deve buscar nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, sem uso de suposições ou imaginadas evidências, mantendo distante de si qualquer comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito, sempre dispensando igual tratamento para as partes; (c) *Integridade pessoal e profissional*, fundamental para a confiança dos cidadãos na judicatura. Em todo nosso comportamento na vida privada, devemos dignificar a função.

O magistrado não pode decidir as causas atendendo interesses de grupos ou da mídia, deve fazê-lo apenas submisso aos ditames das leis e das provas do processo; jamais pode ter medo de ser criticado por suas decisões, que devem ser proferidas independente de quem sejam os destinatários dela. O magistrado não pode se curvar diante de pressões.

Essa é a missão do Judiciário no Estado Democrático de Direito, onde estamos sob o império da lei; após o julgamento o juiz deve ter a consciência tranquila de ter aplicado o direito ao fato, sem sofrer influências estranhas, apenas com foco no que foi provado nos autos com consciência tranquila, assim agindo, poderá descansar e dormir com tranquilidade.

Em outras palavras, devemos ser juízes sem permitir a politização das nossas Togas, não somos parte em debates políticos, mas absolutamente imparciais. Hoje, por força da atuação firme dos magistrados na apuração de fato ilícitos, mormente os praticados pelos políticos, estamos sofrendo implacável perseguição; tudo que se refere aos magistrados são privilégios para a mídia, ignoram a nossa Lei Orgânica, para expor o juiz e desgastar a imagem

do Judiciário; mas não importa o preço que sejamos obrigados a pagar, Sr. Presidente, o certo é que nunca teremos a atitude de Pilatos, que lavou as mãos diante de uma grande injustiça!

A justiça é um convite oportuno para renunciarmos as disputas politicas e avaliarmos se somos capazes de ter uma discussão sensata sobre o tipo de sociedade em que queremos viver. Devemos lutar por uma sociedade mais justa e perfeita. Para tanto não bastam apenas boas leis, há necessidade de bons magistrados, comprometidos com esse ideal de justo. Com efeito, *"vemos todos os dias a sociedade reformar a lei, nunca se viu a lei reformar a sociedade*", como fala Jean Cruet, na obra *A vida do Direito e a Inutilidade das leis*".

Pensando na justiça, verificamos que é insuportável observar com que indiferença escutamos cifras aterradoras que nos falam da morte de milhões de famintos no mundo, é o Brasil volta para o mapa da fome sem qualquer indignação da sociedade; e com que passividade contemplamos a violência silenciosa, mas eficaz e constante de estruturas injustas que submergem os fracos na marginalização. O sistema jurídico não pode ser interpretado no sentido de validar essas injustiças.

Lembro Calamandrei, na obra "*Eles os Juízes vistos por nós os Advogados"* quando diz*: Para encontrar a Justiça, é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, só se manifesta aqueles que nela creem.* Sempre lembro essas palavras aos meus alunos, porque nunca podemos perder a fé na Justiça, ao contrario, para que ela exista, precisamos lutar constantemente por ela.

A veste talar que hoje recebo, com muita honra e alegria, ao lado dos familiares, colegas e amigos, significativa de que estamos ingressando em nova e derradeira etapa da carreira de magistrado, revigora em nosso espírito o compromisso que temos de lutar com todas as nossas forças pela supremacia da lei, mas o dia em que encontrarmos essa lei em conflito com a Justiça, lutaremos pela Justiça.

Em verdade, a lei, enquanto direito posto pelos parlamentares, pode representar os interesses de *alguns* que ocupam o poder em determinado momento histórico, a Justiça não pode ser dominada por pessoas ou grupos por mais poderosos que possam ser; a justiça não pode ser usada para dar indevida vantagem a ninguém, pois entrega a cada um, o que seu! E como disse Rui Barbosa na *Oração aos Moços* – quando se refere aos magistrados – "*Não tergiverseis com as vossas responsabilidades, por mais atribuições que vos imponham, e mais perigos a que vos exponham*". E, nas palavras São João XXIII – "*A união entre a verdade e a justiça constitui a base do consórcio humano e também a felicidade de um povo e o bom êxito nos vários empreendimentos. Ela, revela-se como grande título de honra, que não é somente complacência do próprio ser e sentimento, mas auxílio benéfico para os demais"*.

Acesso ao Sumário

Em nossa sociedade, onde a desigualdade entre as pessoas causa até constrangimento em nosso espírito, Senhor Presidente, sabemos que é muito difícil a missão de fazer justiça, mas como cristão batizado que somos, seguimos a Boa Nova que diz: "*Bem-aventurados os que têm fome e sede de Justiça, porque serão saciados. (Mateus, cap. 5)".* Por causa dessa Boa Nova, continuaremos lutando pela Justiça, agora em 2º grau, dentro das paredes deste Tribunal.

Assim, neste momento de solenidade e festa, onde com muito orgulho tomo posse como Desembargador, deste Tribunal Bandeirante, renovamos nosso compromisso de lutar todas as forças pela Justiça. Este é o ideal que sempre me motivou e por certo irá ser meu ideal até meu último suspiro. Sempre peço a Deus que a injustiça nunca me seja indiferente; que no final dos meus dias não me encontre a morte sem que eu tenha lutado o suficiente por essa causa.

Mais uma vez lembrando Calamandrei: *O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra justiça, poderei certificar-me de que o direito não é uma obra vã.* E continua falando sobre a saudação ao magistrado ele diz: *Sei que és o guarda e a garantia de tudo quanto de mais caro tenho do mundo. Em ti saúdo a paz do meu lar, a minha honra e a minha liberdade.*

Por derradeiro, Senhor Presidente, Senhoras e Senhores, eu tenho a consciência que, onde quer que me parem, sempre levarei comigo a responsabilidade de ser Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo, por isso me comprometo a dedicar todos os meus esforços para que jamais meus atos, palavras ou decisões possam tisnar as paredes deste templo de Justiça!

Que Deus nos abençoe a todos e que sempre nos ilumine para que possamos ser exemplo para nossos filhos e para a sociedade!

Muito Obrigado!

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da posse solene dos Desembargadores Carlos Vieira Von Adamek e Ramon Mateo Júnior (Cerimônia realizada em 23.02.2018).

Meus caríssimos amigos,

Em primeiro lugar saúdo o Ministro Dias Toffoli, da Suprema Corte do nosso País, da qual é atual Vice-Presidente e em breve será nosso Presidente. Tomo a liberdade de, no nome do Ministro Dias Toffoli, saudar todos os componentes do Poder Judiciário, neles incluindo os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, os eminentes Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, os Senhores Desembargadores de outros Tribunais que aqui se encontram prestigiando esta solenidade, nossas Desembargadoras que estão presentes, queridas amigas dos tempos de Corregedoria, e os Magistrados de São Paulo e dos demais Estados do Brasil.

Eu quero saudar o Ministro Torquato Jardim, nosso Ministro da Justiça, e em seu nome saúdo todos os componentes do Poder Executivo Federal.

Na pessoa do nosso Vice-Governador, Márcio França, saúdo todos os membros do Poder Executivo Estadual e Municipal.

Na pessoa do nosso estimado Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, que aqui representa o Presidente da Câmara dos Deputados, saúdo todos os membros do Poder Legislativo que aqui se encontram, de todas as esferas, Federal, Estadual e Municipal.

Quero saudar também os senhores Servidores do Poder Judiciário, os Advogados, os membros do Ministério Público e os senhores Defensores Públicos. Quero saudar todos os presentes, amigos dos empossados que aqui se encontram.

Quero saudar agora os dois Desembargadores que hoje acabam de ser empossados. Desembargador Carlos Vieira von Adamek e sua esposa Patrícia von Adamek. Quero saudar o Desembargador Ramon Mateo Júnior e sua esposa Fátima Paula Tavares Mateo. Quero saudar, em especial, a Senhora Gabriele von Adamek, mãe do Desembargador von Adamek.

Saúdo todos aqueles já citados pelo Cerimonial e que tornaram possível esta solenidade.

Uma palavra especial ao Ministro João Otávio de Noronha, nosso Corregedor Nacional, amigo pessoal e do Tribunal de Justiça.

Quero saudar agora todos os componentes do Conselho Superior da Magistratura, que dirige este Tribunal juntamente com quem vos fala.

Quero saudar agora o sempre Presidente Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, amigo há 40 anos. Compusemos o último Conselho Superior da Magistratura juntos, ele na Presidência e eu na Corregedoria. Ele que hoje foi o porta-voz desta Corte para saudar os nossos recipiendários e dizer a eles o quanto nós esperamos por eles e o quanto esperamos deles.

Quero saudar, em especial, os filhos dos homenageados que aqui se encontram, que são partícipes e também são homenageados neste início de noite maravilhosa.

No ambiente deste belo cenário, artisticamente composto principalmente por artesãos italianos, que permitiram que tivéssemos essa bela joia da arquitetura brasileira, este Palácio da Justiça aqui plantado, que nos orgulha e nos enche de felicidade por participarmos de todas as solenidades neste local que foi por muitos anos, Senhor Ministro, o nosso Tribunal do Júri de São Paulo. Ainda entoam aqui as palavras dos grandes oradores que atuaram nos grandes júris desta comarca e, com certeza, espiritualmente estão aqui nos abençoando.

Quero dar, em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome dos 360 desembargadores que compõem o plenário desta Corte, em nome dos 2.184 juízes deste Tribunal – que a esta hora ainda devem estar presidindo as suas audiências –, as boas-vindas a esses dois Magistrados de carreira, cujos currículos já foram extremamente sintetizados pelo nosso querido Desembargador Paulo Dimas, na medida em que todos que estão presentes têm missões diuturnas e aqui vieram de forma apressada e corrida, como é a vida de todos aqueles que fazem parte da administração pública nos Três Poderes deste País.

Hoje é um momento de rara felicidade. O Presidente Paulo Dimas acabou de se referir a isso, mas essa foi uma posse feita a quatro mãos. Na posse administrativa eu estava presente, na sala da Presidência, estava ao lado do Doutor Otto, pai do Desembargador Carlos Adamek. É uma alegria e ao mesmo tempo um pesar: alegria por ter tido condições de participar da posse administrativa e pesar, pois hoje o Doutor Otto já se encontra em outro plano. Mas, com certeza, o Doutor Otto, que iniciou o Doutor Adamek como seu estagiário, e que relutou em dá-lo para a Magistratura (como ele disse em seu discurso), está espiritualmente abençoando o Doutor Carlos Adamek.

Quero dizer que é uma alegria receber os Doutores Carlos Adamek e Ramon Mateo, Juízes com praticamente três décadas de constante e diuturno exercício e dedicação à Magistratura paulista. Sempre que exerceram a judicatura honraram, dignificaram e mantiveram imaculada a toga da investidura inicial. Mesmo sem a toga formalmente utilizada, tinham a toga virtual todas às 24 horas de cada dia dessas três décadas de exercício da jurisdição. Cada um com seu estilo, cada um com suas preferências técnico-judiciais, cada um exercendo também a Magistratura e o Magistério, simultaneamente, fizeram dessa missão de juízes e de professores um dever de vida.

Acesso ao Sumário

Por isso, ao falar em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, só posso dizer que todos nós Magistrados paulistas, presentes ou que se encontram nas suas comarcas e nos seus gabinetes trabalhando neste momento, desejamos ao Desembargador Carlos Adamek e ao Desembargador Ramon Mateo uma carreira em 2º Grau, já iniciada como Juízes Substitutos de 2º grau, com experiência largamente haurida e em outras áreas da Magistratura e em outros Tribunais,

extremamente feliz. Estamos contentes em recebê-los no último degrau da carreira da Magistratura do Estado de São Paulo. Sabemos que os senhores aqui chegaram por esforço próprio, após um dos mais concorridos e difíceis concursos jurídicos de nossa terra, chegaram por méritos próprios, como comprovaram ao longo das carreiras aqui mencionadas e descritas. Nas distantes comarcas, como diz o Hino deste Tribunal, souberam honrar e dignificar a Magistratura de São Paulo. Cumpriram o juramento feito nesta sala há cerca de 30 anos, cumpriram a Constituição Federal, aplicaram as leis de nosso País. Decidiram de acordo com a ética e com a moralidade. "Entre o fraco e o forte a liberdade escraviza e a lei liberta." Esta frase do Frei Lacordaire sempre me serviu de bússola ou de farol todas as vezes que fui decidir, nesses meus 42 anos de Magistratura. Tenho certeza de que serviu e servirá de norte para todos os Magistrados que aqui se fazem presentes, desde o nosso Ministro Dias Toffoli até o Juiz Substituto mais moderno, dos poucos que temos, são apenas 25, em exercício no Estado de São Paulo.

Esse é o juramento que fazemos quando aqui nos empossamos. Sempre sinto um frêmito, um tremor, quase que um leve desfalecimento, quando lembro do juramento que cada Juiz tem que fazer e cumprir e que hoje Vossas Excelências ratificaram perante todos os amigos e familiares. Aqui temos realmente uma reunião, como disse o Presidente Paulo Dimas, de amigos e de familiares que presenciaram o momento em que cada um jurou cumprir os encargos do cargo de Desembargador. Temos certeza de que esse juramento será cumprido, que a toga de Vossas Excelências permanecerá inconsútil, imaculada e coberta de glória, como diz o Hino de nossa Corte, e que os senhores continuarão a fazer Justiça com amor e com respeito a esse sacrário de Justiça que todos veneramos desde que aqui fomos empossados.

Agradeço a presença de todos os amigos, notadamente as distintas autoridades que prestigiaram o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que vieram, como disse o Presidente Paulo Dimas, do planalto para a planície. Olhando para as nossas autoridades do nosso Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, do nosso Congresso Nacional, nós paulistas estamos aqui para dizer "*Pro Brasília Fiant Eximia*". Tratem de ser felizes, senhores Desembargadores. Amanhã já tem distribuição. Muito obrigado!

Acesso ao Sumário