REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 26 – ANO 5

MARÇO E ABRIL 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 35

c) Agravos Internos 109

d) Apelações 116

e) Embargos de Declaração 348

f) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 365

Seção de Direito Público:

a) Ações Rescisórias 370

b) Agravos de Instrumento 378

c) Apelações 416

d) Apelações/Reexames Necessários 496

e) Reexames Necessários 552

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 559

b) Apelações 572

c) Correições Parciais 666

d) Embargos Infringentes e de Nulidade 671

e) *Habeas Corpus* 675

f) Mandados de Segurança 697

g) Recursos em Sentido Estrito 702

h) Revisões Criminais 712

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 726

b) Agravos Regimentais 831

c) Conflitos de Competência 836

d) Mandados de Injunção 848

e) Reclamações 850

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 856

b) Apelações/Reexames Necessários 883

c) Conflitos de Competência 891

d) Conflitos de Jurisdição 899

e) *Habeas Corpus* 901

f) Reexames Necessários 911

5- Jurisprudência da Câmara Especial de Presidentes 923

6- Conselho Superior da Magistratura 958

7- Noticiários 975

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. 26, mar./abr. 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
GERALDO Luís WOHLERS Silveira

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 JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS***
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE
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
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**
Desembargador NILTON SANTOS OLIVEIRA**

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 621/623)

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***
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

22ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES***
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 504)

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

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 — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/622)

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 Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador Armando CAMARGO PEREIRA
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO**
Desembargadora PAOLA CHRISTINA CALABRÓ LORENA DE OLIVEIRA

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 OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (salas 227/229 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador 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 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 RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO Antonio MARQUES da Silva
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
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)

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
Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira
Nilton Santos Oliveira

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2001109-88.2018.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é autor LEANDRO CORDEIRO DA SILVA, é réu BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por v.u. indeferir a petição inicial", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39069)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO MAC CRACKEN, VIRGILIO DE OLIVEIRA JÚNIOR (impedido), MAIA DA ROCHA, ADEMIR BENEDITO (Presidente), SÉRGIO RUI e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 8 de março de 2018.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Ação rescisória - Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico cumulada com inexistência de débito e indenização - Danos morais - Postulação indeferida.

1 - Inexistindo demonstração da existência de apontamento do nome do autor nos cadastros dos órgãos de negativação, descabe demanda rescisória contra julgamento de improcedência de pedido de indenização por danos morais.

2 - A má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória.

Petição inicial indeferida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Leandro Cordeiro da Silva em

face da BV-Financeira S/A, com supedâneo nos incisos IV e VIII, § 1º, do artigo 966 do Código de Processo Civil, visando rescindir o v. acórdão prolatado por essa 21ª Câmara do E. TJSP, pelo qual se acolheu apelação apenas para imputar ao réu o ônus de arcar com pagamento de verba honorária.

Consoante os termos da petição inicial, o aresto rescindendo, além de ter ofendido coisa julgada, contém erro de fato facilmente verificável, pois considerou inexistente (ou não comprovado) fato efetivamente ocorrido e cujo reconhecimento constou da sentença de primeiro grau, qual seja, apesar de o juízo de primeira instância deixar de condenar o réu no pagamento de indenização por dano moral reconheceu existir negativação. Contudo, no recurso de apelação. a Turma Julgadora afastou aludida postulação considerando não haver demonstração da inscrição do nome do autor no rol de inadimplentes.

Vale dizer, muito embora a sentença tenha afastando pretensão indenizatória concluindo que a inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes constituiu mero aborrecimento, o aresto rescindendo cometeu grave erro, alterando inclusive a sentença em matéria que não lhe foi devolvida, "*manifestando-se sobre uma questão incontroversa que é a ocorrência da negativação indevida do nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito*".

É o relatório.

A postulação do autor não merece acolhimento.

Nos termos do artigo 966 do CPC/2015:

"*Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

(...)

IV - ofender coisa julgada.

(...)

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos."

As alegações no sentido de que "*a questão da negativação do nome do autor foi alegada na inicial, não contestada, reconhecida pela requerida BV Financeira e pelo MM Juiz de Primeiro Grau*", são insuficientes para cogitar-se de ofensa à coisa julgada, uma vez que a pretensão indenizatória foi rejeitada e, por conta disso, o tema foi devolvido ao Tribunal no recurso de apelação interposto pelo recorrente, ora autor (cf. p. 91/014).

Também não há falar de erro de fato.

A propósito, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de declaração no Recurso Especial nº 1.074.870/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 18 de novembro de 2016, extrai-se:

"*Para que se admita o pleito de rescisão do julgado com base na*

Acesso ao Sumário

alegação de erro de fato (art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil), é indispensável, em síntese: i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato".

O exame dos autos não autoriza vislumbrar ocorrência de erro de fato, mas, tão somente, permite concluir ter o autor olvidado que a ação rescisória não constitui meio hábil para rediscutir a matéria e nem para buscar nova interpretação dos mesmos fatos apreciados e decididos, somente porque a parte acredita ser injusta a decisão.

Denota-se, na verdade, a pretensão da parte autora de modificar o julgamento da ação anteriormente proposta, desconsiderando totalmente pacifico entendimento no sentido de que "*A regra do art. 334-II não exclui o princípio da livre e fundamentada apreciação das provas pelo juiz*" (STF-1ª T., AI 62.631-AgRg, Min. Rodrigues Alckmin, j. 3.6.75, DJU 8.7.75).

Acresce ainda registrar que "*A presunção decorrente da falta de contestação não torna o juiz adstrito ao acolhimento da ação, quando os fatos articulados na inicial não o levem a tanto*" (RT 536/116).

Por isso, no julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão rescindendo se afirmou:

"*A embargante opôs os embargos contra o v. acórdão, aduzindo haver nele erro, pois 'a negativação no nome do Apelante é fato incontroverso nos autos'.*

Sem razão o embargante.

Ao se analisar percurientemente todo o contexto dos autos, não se denota a existência de prova da ocorrência da negativação no nome do autor, ora embargante, no rol de inadimplentes.

Assim, a conclusão contida no v. acórdão: 'Anote-se, acerca dessa questão, que o autor teve a oportunidade de juntar documentos que comprovariam a ocorrência de negativação de seu nome. Não o fazendo, não pode se apegar à prova oral, que se mostra totalmente desnecessária à solução da lide. Nessa ordem, não há nenhuma prova que o autor teve em momento algum o seu nome negativado pelo réu. E não havendo mácula, não há que se falar em danos morais.

Como não existe prova da existência de apontamento, o autor não se desincumbiu de provar os fatos constitutivos de seu direito [art. 333, inciso I, do CPC]'" (cf. p. 144/147).

Sobre o tema, impende acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça,

Acesso ao Sumário

em hipótese análoga, veiculada no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.521.330/PE, de relatoria do Ministro Herman Benjamin e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 5 de agosto de 2015, registrou:

"'*Já no que se refere ao pedido de indenização por perdas e danos, o Tribunal de origem consignou 'preceitua o artigo 333, I, do CPC que 'o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito'. Assim, para a configuração do alegado dano, necessária se faz a comprovação da existência da restrição no CADIN, apontada na inicial, o que não ocorreu no presente caso. Dessa forma, diante da ausência de comprovação da negativação alegada, indefiro o pedido de indenização por danos morais' (fl. 171, e-STJ)*".

Desta maneira, não estando documentada a inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito era mesmo inadmissível acolher-se pedido de indenização por danos morais e se mostra descabida a propositura da ação rescisória com o intuito de modificar os fundamentos e conclusão contida no aresto, pois somente se revela evidente a tentativa do autor de alterar o resultado do julgamento, já que se encontra pacificado o entendimento de que "*A ação rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória*" (REsp. nº 147.796/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 28/6/99).

Ante o exposto, indefere-se a petição inicial, com fundamento no artigo 330 do Código de Processo Civil. Custas pelo autor. Sem honorários, porquanto não angularizada a lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2155016-88.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ITAÚ UNIBANCO VEÍCULOS ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., são réus ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DA CIDADANIA E DO COSUMIDOR - ABRADEC e TALMERES MACHADO PINTO.

ACORDAM, em 7º 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 14.811)**

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

Acesso ao Sumário

CARLOS ABRÃO E MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 21 de março de 2018.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: VALOR DA CAUSA - Ação rescisória - Aferição do proveito econômico pretendido - Impossibilidade - Valor da causa em que proferida a decisão rescindenda, atualizada - Pretensão de inclusão de juros - Impossibilidade - Precedente do Superior Tribunal de Justiça: - O valor da causa na ação rescisória, se impossível aferir o proveito econômico pretendido, é aquele da ação em que proferida a decisão rescindenda, devidamente atualizado, como entende o Superior Tribunal de Justiça, inexistindo causa para a incidência de juros, por não se confundir com a condenação proferida naquele acórdão.

VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - Ação rescisória, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC/73 - Ação Civil Pública - Ajuizamento por associação voltada à defesa do consumidor, em litisconsórcio com associado - Alegação de inaplicabilidade de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois formado o grupo de consórcio antes da vigência do diploma consumerista - Questão não debatida na ação em que proferido o acórdão rescindendo - Relação jurídica de trato sucessivo, a cujos efeitos é aplicável o Código de Defesa do Consumidor - Alegação de violação a literal disposição de lei, consistente no art. 5º, XXXVI, CF - Acolhimento – Impossibilidade - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: - Inexistente a alegada violação a literal disposição de lei, fundamento para ajuizamento de ação rescisória (art. 485, V, CPC/73) consistente no art. 5º, XXXVI, CF, tanto por não ter sido a questão referente à possibilidade ou não de aplicação do Código de Defesa do Consumidor debatida na ação em que proferido o acórdão rescindendo, como por se tratar de grupo de consórcio formado anteriormente à vigência do diploma consumerista, mas aplicável a seus efeitos o Código de Defesa do Consumidor, por se

Acesso ao Sumário

tratar de relação jurídica de trato sucessivo, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

AÇÃO RESCISÓRIA - Ação rescisória, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC/73 - Ação Civil Pública - Ajuizamento por associação voltada à defesa do consumidor, em litisconsórcio com associado - Grupo de consórcio - Pretensão de incidência de juros e correção monetária sobre a devolução de valores pagos por consorciados desistentes e excluídos - Direito individual homogêneo - Legitimidade conferida pelo art. 82, inc. IV, do CDC e coisa julgada "erga omnes", abrangendo não associados, independentemente de serem residentes no Estado de São Paulo - Substituição processual, e não mera representação, e ausência de limitação territorial pelo art. 103, inc. III, do CDC - Violação ao art. 5º, inc. XXI, da CF e art. 16 Lei 7.347/85 Inexistência: - Em se tratando de Ação Civil Pública ajuizada por associação voltada à defesa do consumidor, em litisconsórcio com associado, veiculando pretensão de incidência de juros e correção monetária sobre a devolução de valores pagos por consorciados desistentes e excluídos, direito individual homogêneo, inexistente a alegada violação a literal disposição de lei (art. 5º, XXI, CF e art. 16, Lei 7.347/85), fundamento para ajuizamento de ação rescisória (art. 485, inc. V, do CPC/73), pois a legitimidade conferida à associação pelo art. 82, inc. IV, do CDC, bem como a abrangência da coisa julgada prevista no art. 103, inc. III, do CDC, impedem a limitação aos associados residentes no Estado de São Paulo.

AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

Vistos, etc.

Itaú Unibanco Veículos Administradora de Consórcios Ltda. ajuizou contra Associação Brasileira de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ABRADEC e Talmeres Machado Pinto Ação Rescisória do v. Acórdão proferido pela C. 14ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal, de relatoria da E. Des. Ligia Araújo Bisogni, que deu provimento ao recurso do autor e negou provimento ao

Acesso ao Sumário

recurso do réu, nos autos de ação civil pública (fls. 511/518).

Pretende desconstituir a coisa julgada, com fundamento na violação de literais disposições de lei, a fim de evitar liquidações e execuções de decisão possivelmente inconstitucional. Ressaltou ter sido ajuizada a ação pelos ora requeridos, com o objetivo de declarar a nulidade de cláusula prevista no contrato de consórcio Fiat relativo ao grupo 1.118, que previa a devolução dos valores pagos aos consorciados desistentes, deduzida a taxa de administração, sem previsão de correção monetária e juros.

Proferida r. sentença, foi apenas declarada a nulidade da cláusula. Já o v. Acórdão rescindendo proveu o recurso dos autores, considerando a existência de pedido condenatório, e determinou a devolução dos valores com incidência de correção monetária a partir de cada desembolso e juros moratórios a partir da citação, reconhecendo, também, a abrangência da eficácia da coisa julgada a todos os que se encontrem na mesma situação objetiva da lide, independentemente de serem associados ou não, residentes ou não do Estado de São Paulo.

Foi interposto Recurso Especial desse v. Acórdão, ao qual foi negado seguimento, por decisão atacada por Agravo, o qual foi conhecido e não provido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sustentou a violação das disposições literais de lei contidas no art. 5º, incs. XXI e XXXVI da Constituição Federal e art. 16, da Lei n. 7.347/85, em síntese, porque foram aplicados diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, diploma que entrou em vigor em 10/03/1991 e, portanto, não estava vigente quando da celebração dos contratos de interesse.

Malferido o ato jurídico perfeito, pois antes da vigência do diploma consumerista inexistia norma que permitia a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos; o reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas; a extensão da eficácia da sentença para todo o território nacional e, finalmente, não havia norma que permitia que a associação autora representasse consumidores não associados.

O diploma consumerista inovou o ordenamento, ao criar nova modalidade de direito e novas obrigações, antes inexistentes, a grupo de consórcio formalmente constituído antes de sua vigência, não podendo a garantia constitucional (art. 5º, inc. XXXVI) ser flexibilizada conforme se tratar de lei de ordem pública ou privada.

Defendeu a inaplicabilidade da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: "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", pois não era controversa na jurisprudência a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessas circunstâncias. Ademais, o entendimento sumulado não se aplica quando há

Acesso ao Sumário

violação à própria Constituição Federal.

O próprio art. 82, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado conforme o art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal, sendo as associações legitimadas a representar apenas seus filiados. Rememorou entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que se exige autorização específica de cada associado para ajuizamento da ação, sendo insuficiente autorização genérica prevista em estatuto.

Na ação coletiva de que se cuida, não foi demonstrada a autorização de nenhum associado, admitindo-se, no máximo, que fosse beneficiado o único consumidor que outorgou a procuração que consta daqueles autos.

Invocou o art. 16, da Lei n. 7.347/85, ao dispor que a sentença proferida na ação civil pública fará coisa julgada "erga omnes" nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto no caso de improcedência por insuficiência de provas. Assim, caso seja aplicado o diploma consumerista, somente pode ser aplicada a decisão rescindenda aos consorciados do grupo 1.118 residentes e domiciliados no Estado de São Paulo.

Requereu a procedência da ação rescisória, a fim de rescindir o v. acórdão e proferir nova decisão, para extinguir sem resolução do mérito a ação civil pública, com fulcro no art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973, por ser via inadequada para a revisão contratual, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Caso assim não se entendesse, requereu fosse afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou ainda, se mantida parcial procedência daqueles pedidos, fosse o provimento limitado aos associados que autorizaram expressamente a associação a representá-los, e limitada a abrangência territorial à jurisdição do órgão prolator.

A tutela antecipada foi indeferida, pois ausentes os requisitos exigidos pelo art. 273, do Código de Processo Civil de 1973 (fls. 929). Dessa decisão foi interposto o Agravo Interno n. 2155016-88.2015.8.26.0000/50000, ao qual se negou provimento no v. acórdão a fls. 979/983.

Acesso ao Sumário

Citado o corréu Talmeres Machado Pinto, ofertou contestação a fls. 986/992. Aduziu, preliminarmente, o equívoco no valor da causa, a ensejar o indeferimento da petição inicial.

Defendeu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no particular, por se tratar de contrato de trato sucessivo, bem como a observância da pertinência temática pela associação corré e, ainda, sua qualidade de associado, ressaltando ter autorizado a associação a representá-lo. Sustentou que a procedência da ação ensejaria o enriquecimento sem causa da autora e pugnou pela extinção da ação sem resolução do mérito, ou, caso assim não se entendesse, fosse julgada improcedente.

Deferida ao corréu Talmeres Machado Pinto a gratuidade da justiça (fls. 1.014). Réplica a fls. 1.020/1.024.

Após diversas tentativas frustradas de citação da associação corré, foi realizada sua citação por edital (fls. 1.039/1.047), tendo permanecido revel.

O curador especial, indicado por convênio com a Defensoria Pública, contestou por negativa geral (fls. 1.058/1.061), motivo pelo qual foi dispensada manifestação do autor, com fulcro no art. 351 c.c. 970, dada a inteligência de ambos do Código de Processo Civil.

É o relatório.

I. Possível o julgamento antecipado dos pedidos, à luz do art. 355, inc. I, do atual Código de Processo Civil, pois não há necessidade de produção de outras provas.

II. A impugnação ao valor da causa, apresentada em preliminar de contestação pelo corréu Talmeres Machado Pinto, deve ser rejeitada.

Anote-se que, a rigor, deveria ter sido observado, quando da apresentação da contestação por esse corréu, o art. 261 do Código de Processo Civil de 1973, pelo qual a impugnação ao valor da causa seria apresentada, no prazo da contestação, em peça apartada, a ser autuada em apenso.

Isso porque o protocolo da contestação deu-se em 15/03/2016, portanto, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que trouxe disposição diferente em seu art. 337, inc. III, ao entrar em vigor no dia 18/03/2016.

Ainda assim, não assiste razão ao réu, uma vez que o valor dado à causa pela autora não se mostra incorreto.

O valor da causa para a ação rescisória em casos tais, em que não seja possível aferir o proveito econômico, é aquele da ação em que proferida a decisão que se pretende rescindir, com incidência de correção monetária.

Nesse sentido há entendimento do **Superior Tribunal de Justiça**: "o valor da causa nas Ações Rescisórias é o da ação originária, corrigido monetariamente ou, quando o montante da vantagem objetivada for diverso do valor da primeira ação, o do benefício econômico visado." (EDcl na AR 4.612/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 10.8.2011, DJe 15.9.2011).

De fato, não há causa que determine a incidência de juros, pois o valor da causa para a ação rescisória não se confunde com a condenação ilíquida resultante do v. acórdão rescindendo.

III. No mérito, não assiste razão à autora, não estando presente no v. acórdão a alegada violação a literal disposição de lei, prevista como fundamento para o ajuizamento de ação rescisória (art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil de 1973).

Acesso ao Sumário

De início, deve ser ressaltado que o fundo da discussão nesta ação rescisória é a possibilidade ou não da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica discutida na demanda anterior, por se tratar de grupo de consórcio formado em 1989, anteriormente à entrada em vigor desse diploma.

A norma violada, nessa medida, seria aquela extraída do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, pelo qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Com efeito, com base na inaplicabilidade de dispositivos inexistentes ao tempo da contratação, pois incorporados ao ordenamento somente com a edição do Código de Defesa do Consumidor, são tecidas diversas alegações, tais como a impossibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos; o reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas; a extensão da eficácia da sentença para todo o território nacional e, ainda, a inexistência de norma que permitia à associação autora representar consumidores não associados.

E embora essas questões tenham sido discutidas na ação principal, em nenhum momento a parte interessada voltou-se expressamente contra a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não o tendo feito em sua contestação, nem em sua apelação, motivo pelo qual a celeuma não foi objeto da r. sentença e do v. acórdão lá proferidos.

Em que pese não seja exigido o efetivo prequestionamento da matéria para ajuizamento de ação rescisória, de outra banda, não há cogitar-se em violação, caso nem ao menos a questão tenha sido alegada e enfrentada.

Nessa medida, há abalizado entendimento, inclusive da lavra do **Superior Tribunal de Justiça**, no sentido de que: "Não se mostra viável a ação rescisória ajuizada com base em violação à literal disposição de lei quando não há nenhum pronunciamento acerca das questões tidas como violadas na decisão que se pretende desconstituir" (AR 5.064/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/2/2015, DJe 3/3/2015).

E ainda, da lavra da mesma corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PRETENSÃO DE DISCUTIR QUESTÃO QUE NÃO FOI OBJETO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE (A DESPEITO DA DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA).

1. Ainda que não se exija que a lei tenha sido invocada no processo originário, tendo em vista que o requisito do prequestionamento não se aplica em sede de ação rescisória, mostra-se inviável o pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC, fundado em suposta violação a disposição de lei, quando a questão aduzida na ação rescisória não foi

Acesso ao Sumário

tratada em nenhum momento em tal processo.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg na AR 4.741/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013)

Assim sendo, não tem cabimento a alegação de violação ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, por não ter sido sustentada naquela ação a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

E mesmo que assim não fosse, não se trata, no particular, de aplicação retroativa do Código de Defesa do Consumidor. De fato, a lei somente atinge as relações jurídicas travadas depois de sua vigência, no entanto, há que se fazer a distinção com relação ao contrato de trato sucessivo, relação jurídica continuativa que se renova periodicamente, com relação ao qual a nova lei pode regular os efeitos presentes de sua vigência.

Dessa maneira, embora formado o grupo de consórcio em 1989, este possuía previsão de duração por 50 meses (fls. 100), tendo sido a relação jurídica continuativa alcançada pela vigência do diploma consumerista, o que torna possível a aplicação dos dispositivos que conferem legitimidade à associação ré para a defesa do direito individual homogêneo, bem como para que a coisa julgada não seja restrita, na forma como pretendido pelo autor.

Confira-se, a respeito, o entendimento perfilhado pelo **Superior Tribunal de Justiça**:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RENOVAÇÃO DO CONTRATO NA VIGÊNCIA DO CDC. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA.

1. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) não é aplicável aos contratos celebrados antes da sua vigência.

2. Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência.

3. A discussão posta nos autos, incidência do CDC, foi objeto do devido prequestionamento no acórdão recorrido, não havendo óbice a sua apreciação nesta Corte. Para se examinar se o caso é, ou não, de aplicação do CDC foi submetida a esta Corte a análise das questões pertinentes ao deslinde do incidente, entre as quais a ocorrência de renovação do contrato, bem como a existência de obrigação de trato sucessivo, aspectos devidamente suscitados nas contrarrazões ao especial.

4. Agravo regimental não provido.

Acesso ao Sumário

(AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 323.519/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 18/09/2012)

Embargos de declaração. Recurso especial. Legitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Ação civil pública. Entidades de saúde. Prestações.

1. O Acórdão embargado não determinou a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato celebrado antes de sua edição, permanecendo, assim, incólumes as cláusulas contratuais originárias. Apenas enfrentou e decidiu favoravelmente à legitimidade ativa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC para propor a ação civil pública em hipóteses como a presente, questão meramente processual. Não há, portanto, omissão a ser sanada quanto a inexistente aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos celebrados anteriormente a sua edição.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 72.994/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 343)

Também não se vislumbra a alegada violação aos arts. 5º, inciso, XXI, da Constituição Federal e 16, da Lei n. 7.347/85, pela aplicação dos arts. 83, inciso III e 103, inciso III, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, dispõe que: "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente", hipótese que não se confunde com a versada no art. 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de representação, mas de verdadeira substituição processual.

Com efeito, a associação atua em nome próprio, não só na defesa do direito ou interesse de seus associados, como no de toda a coletividade, sendo suficiente para conferir-lhe legitimidade o atendimento dos requisitos da pré-constituição e da pertinência temática, ou seja, encontrar-se o interesse que busca defender dentre aqueles compatíveis com seus fins estatutários.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, pontifica **Hugo Nigro Mazzilli** que: "se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, já terá havido a bastante autorização estatutária".

E, ainda: "Pode uma associação defender interesses transindividuais que ultrapassem os de seus próprios associados? [...] O art. 103, III, do CDC, dispõe que, em matéria de interesses individuais homogêneos, a procedência será *erga omnes*, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Como as associações civis estão em pé de igualdade com os demais legitimados ativos para a defesa

de interesses transindividuais, nada impede que o pedido que façam beneficie também pessoas que delas não são associadas"[1].

No que toca à abrangência da coisa julgada, inaplicável o art. 16, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pela Lei n. 9.494/97, ao restringi-lo aos limites territoriais do órgão judiciário prolator da decisão, uma vez que o art. 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar especificamente da coisa julgada nas ações que versam sobre direitos individuais homogêneos, não fez nenhuma limitação territorial.

A Lei n. 7.347/85 somente é aplicável às ações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor no que não o contrarie (art. 90 do diploma consumerista), não havendo que se cogitar a limitação pretendida do v. acórdão aos consorciados residentes e domiciliados no Estado de São Paulo.

Inexistente, portanto, a violação a literal disposição de lei, não tendo incorrido o v. acórdão em hipótese que pudesse ensejar sua rescisão.

IV. Ante o exposto, pelo meu voto, **julga-se improcedente a ação rescisória** ajuizada por Itaú Veículos Administradora de Consórcios Ltda. contra Associação Brasileira de Defesa da Cidadania e do Consumidor e Talmeres Machado Pinto, extinguindo-a com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do atual Código de Processo Civil.

A autora arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em favor dos réus em 10% do valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do atual Código de Processo Civil, ficando desde já observada a conversão em multa do depósito previsto no art. 968, inciso II, do diploma processual, se improcedente a ação por unanimidade de votos, em concomitância com o que dispõe o artigo 974, parágrafo único, do Código mencionado.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001838-17.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PORTO SEGURO SAÚDE S/A, são agravados EDSON JOVINO DOS SANTOS, MARIANA KARINE DE PAULA SANTOS e THEO VICTOR SANTOS SANT'ANA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

1 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349/350.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.294)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente sem voto), FÁBIO PODESTÁ E FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 15 de março de 2018.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - plano de saúde tutela - provisória deferida para a inclusão de neto do titular do plano de saúde, filho de uma das dependentes, que nasceu prematuro e se encontra internado na UTI neonatal do hospital no qual foi realizado o parto - irresignação - presença dos requisitos do art. 300 do NCPC - recusa do plano de saúde que, a princípio, se revela abusiva - incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor - art. 12, III, b, da Lei nº 9.656/98 que não proíbe expressamente a inclusão de neto do titular do plano de saúde, sobretudo quando tal inclusão é pleiteada no prazo de trinta dias contados do nascimento do infante - impossibilidade de limitação do tempo de internação do menor (súmula nº 302 do STJ) - dispensa da exigência de carência, ante a situação emergencial (internação na UTI neonatal - art. 35-C, II, da Lei nº 9.656/98 - risco de dano evidenciado, diante da frágil situação da saúde do menor - impossibilidade de apreciação do pedido afeto à limitação de reembolso de honorários de médico não credenciado, pois, além de tal questão não ter sido apreciada nos autos de origem, demanda uma análise mais ampla (essencialidade do profissional), não admitida nesta sede - decisão mantida - Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 37 que, em

autos de ação de obrigação de fazer, deferiu a concessão de tutela antecipada para "*(...) determinar à ré que, no prazo de até 48 horas, inclua o terceiro autor no plano de saúde do qual os demais autores são beneficiários, independente da contratação de carência, mediante a justa retribuição dentro de critérios atuariais razoáveis. O descumprimento implicará em multa diária no importe de R$ 3.000,00 limitada, por ora, a R$ 300.000,00.*"

Alega a agravante, em breve síntese, que a tutela provisória de urgência não merece subsistir porque ausentes os requisitos autorizadores da medida. Sustenta que, conforme previsão contratual (cláusulas 4.45.2 e 13.4.2. das "Condições Gerais"), o neto do agravante não pode ser considerado seu dependente e, por isso, não pode ser incluído no plano de saúde em questão. Invoca, para tanto, não só as disposições contratuais, como também a Resolução nº 195/2009 da ANS que versa sobre as pessoas podem ser consideradas dependentes para fins de inclusão em seguro-saúde. Alega, outrossim, que não comercializa apólices individuais desde o ano de 2006, o que também inviabiliza a inclusão do neto do agravado no plano de saúde, pois, do contrário, sofrerá a incidência de penalidade administrativa. Sustenta tratar-se de obrigação impossível. Aduz que, ao contrário do que tentam fazer crer os agravados, o artigo 12, inciso III, alínea "b", da Lei nº 9.656/98, não tem o condão de obrigar a seguradora a aceitar a inclusão do neto do titular no contrato, devendo ser realizada interpretação em conformidade com os ditames contratuais. Alega que "*(...) O que é obrigatório por lei, nos moldes da alínea 'a' do artigo transcrito, é a obrigação, apenas e tão somente, das Seguradoras prestarem cobertura assistencial ao recém - nascido, filho do dependente por prazo determinado, e não inclui-lo no contrato.*" (fls. 14). Pugna pela revogação da tutela provisória de urgência ou, subsidiariamente, pela sua limitação, apenas para o período de internação do menor Theo. Sustenta, outrossim, que, na hipótese de manutenção da tutela provisória de urgência, os honorários da médica que acompanha o menor (Dra. Anna Paula Onofre de Freitas R Goulenko - CRM 186675) serão pagos mediante reembolso, já que não é credenciada ao plano de saúde.

Recurso processado, sem efeito suspensivo e recolhido o preparo.

Informações às fls. 407.

Contraminuta às fls. 414/417.

Parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido do não provimento do recurso (fls. 420/426).

É o relatório.

O agravo merece ser parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não merece provimento.

A insurgência da agravante cinge-se ao deferimento da tutela provisória de urgência, portanto, inicialmente, a questão deve ser analisada sob a ótica

Acesso ao Sumário

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

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

No caso em tela, apesar das razões apresentadas pela agravante, vislumbro presentes os requisitos necessários à concessão da medida liminar.

Frise-se que verifico, ainda que em sede de cognição sumária, a presença da probabilidade do direito invocado pelos agravados.

Conforme se extrai da leitura da petição inicial, os agravados (pai e filha) são beneficiários do plano de saúde oferecido pela agravante. Em 10/12/2017 sobreveio o nascimento do filho da coagravada Mariana, o menor Theo, de maneira prematura, necessitando de internação na UTI neonatal do Hospital e Maternidade Santa Tereza (onde o parto foi realizado).

Tendo sido solicitada a inclusão do menor Theo no plano de saúde em questão, houve a recusa por parte da agravante, ao argumento de que o infante não se enquadra no conceito de "dependente" já que é neto do titular da apólice (Sr. Edison) e filho de uma outra dependente (Sra. Mariana). Também se argumentou a impossibilidade de comercialização de apólices individuais desde o ano de 2006.

Ocorre que, a despeito das disposições contratuais (cláusulas 4.45.2 e 13.4.2. das "Condições Gerais"), parece ser abusiva a recusa ostentada pela agravante ao pleito dos agravados.

Em primeiro lugar, convém ressaltar que os contratos de plano de saúde, em especial o celebrado pelos agravados, são contratos de adesão, não sendo permitida ao aderente a discussão das cláusulas contratuais.

Acesso ao Sumário

Em segundo lugar, referidas avenças sofrem também a incidência do Código de Defesa do Consumidor (Súmula nº 100 deste E. Tribunal e Súmula nº 469 do C. STJ), segundo o qual "*As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*" (art. 47).

Não se olvide, outrossim, que deve ser observada previsão legal no sentido de que reputam-se não escritas as disposições que "*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*" (art. 51, IV, CDC).

E esta parece ser mesmo a hipótese dos autos de origem.

Sim, pois, em que pesem as cláusulas contratuais não indiquem os netos do co-agravado Edison como dependentes do titular do plano, garante o art. 12, inciso III, alínea b, da Lei nº 9.656/98 a "*inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção*".

Tal disposição legal, por sua vez, não exclui a inclusão do neto na condição de dependente do titular do plano de saúde, não cabendo ao intérprete fazê-lo, em desfavor do consumidor.

Por outro lado, restou incontroverso que a opção de inclusão do menor Theo no plano foi feita dentro do prazo de 30 dias previsto no dispositivo acima transcrito.

Logo, ao menos nesta sede, parece acertada a pretensão de inclusão do menor Theo no plano de saúde titularizado por seu avô e do qual sua genitora é dependente, sem o cumprimento de carências em razão da situação emergencial (art. 35-C, II, da Lei nº 9.656/98), não sendo possível, outrossim, a limitação do tempo de internação do infante, nos termos da Súmula nº 302 do STJ. Nesse sentido:

> *"Plano de Saúde - Inclusão de netos como beneficiários do plano de saúde, do qual sua genitora também figura como dependente - Negativa da operadora de saúde - Tese de exclusão legal e contratual - Descabimento - Alcance do art. 12, inciso III, alínea 'b', da Lei nº 9.656/98 - Abusividade reconhecida - Estado de saúde do menor emergencial (internado junto à UTI neonatal) - Circunstância que, nos moldes do art. 35-C, inciso II, do referido diploma legal, afasta ainda a exigência de cumprimento de carência - Limitação de internação também abusiva - Súmula 302 do STJ - Cobertura devida - Dano moral - Descabimento - Negativa fundada em interpretação de cláusula contratual - Ausência de dolo ou culpa da requerida afasta a pretensão indenizatória a esse título - Recurso parcialmente provido."*
>
> *(TJSP; Apelação 1097406-73.2015.8.26.0100; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/12/2016; Data de Registro: 07/12/2016).*
>
> *"Plano de saúde. Negativa de inclusão da neta recém-nascida de titular de plano de saúde. Nascimento prematuro e necessidade de internação em UTI Neonatal. Abusividade. Tese de exclusão legal e contratual que não se coaduna com o princípio da norma contida no art. 12, III, b, da Lei nº 9.656/98, cujo intuito alberga a proteção à vida e à saúde da criança. Emergência, ademais, que afasta o cumprimento de carências,*

Acesso ao Sumário

nos termos do art. 35-C, II, da Lei dos Planos de Saúde. Ação julgada procedente para determinar a inclusão e o custeio da internação. Recurso provido para esse fim."

(TJSP; Apelação 9110505-90.2009.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª VARA CIVEL; Data do Julgamento: 09/08/2016; Data de Registro: 12/08/2016).

"Plano de saúde. Contrato de assistência médica e/ou hospitalar. Pleito de inclusão do neto dos autores como beneficiário do plano de saúde, do qual sua genitora também figura como dependente. Negativa da operadora de saúde. Tese de exclusão legal e contratual. Descabimento. Alcance do art. 12, III, b, da Lei nº 9.656/98. Abusividade reconhecida. Conduta da seguradora que implica na concreta inutilidade do negócio protetivo. Evidenciado o desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito por força da desigualdade material de poder. Prestadora que confunde boa-fé com interesse próprio. Quebra do dever de lealdade. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Incidência dos arts. 4º, 'caput', 7º, 46, 47 e 51, IV, do CDC. Sentença mantida. Recurso desprovido."

(TJSP; Apelação 4001768-36.2013.8.26.0001; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/04/2015; Data de Registro: 16/04/2015).

"PLANO DE SAÚDE - Parto prematuro - Necessidade de permanência em UTI Neonatal por período superior a 30 dias - Recusa da seguradora em arcar com os custos excedentes, bem como em proceder à inclusão do menor no plano de saúde - Inadmissibilidade - Continuidade da internação em UTI Neonatal até a alta médica mediante liminar - Argumento de inexistência de previsão contratual para a inclusão de neto como beneficiário na apólice de seguro saúde - Descabimento - Nulidade das cláusulas abusivas de limitação temporal de atendimento ao recém-nascido e da impeditiva de inclusão pela condição de neto do titular do plano de saúde - Indenização devida - Verba indenitária fixada com ponderação em R$ 10.000,00, repartidos entre os autores - Decreto de procedência mantido - Recurso improvido." (TJSP; Apelação 0007422-80.2010.8.26.0000; Relator (a): Luiz Ambra; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2012; Data de Registro: 28/09/2012).

Acesso ao Sumário

Por fim, vislumbro a presença do risco de dano ou de prejuízo ao resultado útil do processo, haja vista que o menor Theo nasceu prematuro (24 semanas),

necessitando de internação junto ao UTI neonatal, diante de seu frágil estado de saúde.

Assim, entre os interesses meramente econômicos e a vida/saúde do infante Theo, deve esta última prevalecer, atendendo-se, por conseguinte, ao princípio da absoluta prioridade consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, estando presentes os requisitos do art. 300 do NCPC, impõe-se a manutenção da r. tutela provisória de urgência, tal como deferida.

Por fim, descabe qualquer análise a respeito da solicitação de limitação de reembolso realizada pela agravante, pelo fato de a médica que acompanha o menor Theo não ser credenciada ao plano de saúde.

A uma, porque tal questão não foi objeto de apreciação pelo MM. Juiz *a quo*, não podendo ser analisada nesta sede, sob pena de supressão de instâncias.

A duas, porque a aferição da acuidade da limitação do aludido reembolso ou do dever de a agravante arcar com o pagamento de médico não credenciado demanda ampla análise acerca da inexistência de algum profissional dentro da rede credenciada da agravante, apto a realizar os procedimentos médicos necessários ao tratamento do menor Theo.

Em outras palavras, referida questão, por demandar cognição mais ampla, não pode ser analisada no atual momento processual por este E. Tribunal, não sendo o recurso conhecido nesse ponto.

Assim, a r. decisão recorrida deve ser integralmente mantida.

Pelo exposto, conhece-se parcialmente do recurso e, na parte conhecida, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2186663-33.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.J.R., é agravado S.R.J.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.848)**

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

São Paulo, 8 de março de 2018.

Acesso ao Sumário

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - PEDIDO DE INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO, ORA AGRAVADO, NOS CADASTROS DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - PRETENSÃO QUE ENCONTRA FUNDAMENTO NO ART. 497 DO CPC2015 - O MAGISTRADO POSSUI PODERES PARA ADOTAR MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS COM O OBJETIVO DE GARANTIR A EFETIVA E CÉLERE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO) - PRECEDENTE - ADMITIDO O PROTESTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE DECRETA A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS, SEGUE-SE A POSSIBILIDADE IMPLÍCITA DA INSCRIÇÃO DO NOME DO EXECUTADO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (CPC, ART. 528, § 1º) - PEDIDO DE SUSPENSÃO E BLOQUEIO DE CNH E DOS CARTÕES DE CRÉDITO DO ALIMENTANTE COM APOIO NO ART. 139, IV, DO CPC - DESCABIMENTO - DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS ÔNUS DO DEVEDOR, DE UM LADO, E AS VANTAGENS AO CREDOR, DE OUTRO - INTELIGÊNCIA DO ART. 8º DO CPC - RECURSO PROVIDO EM PARTE PARA DETERMINAR A INCLUSÃO DO NOME DO EXECUTADO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO DO SPC E SERASA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 48, que, nos autos da ação de execução de prestações alimentícias determinou i) o bloqueio *on line* de ativos financeiros do devedor de alimentos; ii) a expedição de ofício à Caixa Econômica Federal solicitando informe de saldo em conta vinculada ao PIS/PASEP, objetivando futura penhora; iii) indeferiu a inclusão do nome do agravado no rol de devedores junto aos serviços de proteção ao crédito (SPC e Serasa) e iv) indeferiu pedido de suspensão da Carteira de Habilitação e do uso de cartão de crédito do executado.

Irresignado, pretende o agravante a concessão de tutela antecipada

recursal e a reforma do r. pronunciamento sustentando, em síntese, que a medida de coerção visando à inclusão do nome do executado nos órgãos de proteção ao crédito encontra respaldo nas regras gerais do art. 497 do CPC2; o agravado não cumpriu obrigação alimentar, tampouco apresentou impugnação; uma vez frustradas as tentativas de execução dos bens do devedor, as almejadas providências, notadamente eficazes, poderão compeli-lo a dar cumprimento à determinação judicial de pensionar seu filho.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido concedida em parte a liminar pleiteada, consoante decisão de fls. 57/63.

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 68).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, por seu turno, opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 71/73).

Não houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 68).

É o relatório.

1.- Consoante decidido anteriormente: "O procedimento adotado pelo legislador para o rito da ação de execução de alimentos, inserto nos arts. 528 e seguintes do CPC, traz dispositivos diferenciados em relação àqueles da execução comum, justamente pelo caráter especialíssimo do direito a alimentos.

"Até bem pouco tempo atrás, entendia não haver fundamento legal para a inclusão do nome do devedor de alimentos em cadastros restritivos de crédito.

"Entretanto, revi esse posicionamento, levando em conta os argumentos lançados pelo i. Des. Alexandre Lazzarini, integrante da C. 9ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2037187-57.2013.8.26.0000, *in verbis*: 'Os cadastros de controle de crédito, por óbvio, têm por finalidade proteger o mercado, cabendo indagar de quem o mercado deve ser protegido.

"'A resposta é que o mercado deve ser protegido das pessoas que não cumprem com suas obrigações.

"'Não se justifica que alguém que deixa ao abandono material quem tem o dever de sustentar (que é crime) seja poupado dos efeitos dos referidos cadastros.

"'Em outras palavras, os alimentados podem passar necessidades, porém, o devedor de alimentos, que os deixa em abandono, deve ter o seu direito de crédito resguardado.

"'Não há lógica razoável nesse raciocínio, onde o direito de crédito prevalece sobre o direito a manutenção da vida (alimentos).

"'Aliás, existindo a execução de alimentos é possível a ocorrência de fraude à execução, todavia, se não se dá a publicidade pelas vias comuns, eventual fraude fica prejudicada pela boa fé de terceira pessoa (comerciante,

Acesso ao Sumário

empresário ou mercado em geral).

"'Assim, não se protege o mercado (o comércio), mas o torna viciado.

"'Lembre-se que a existência de cadastros de controle de crédito não tem seu fundamento limitado no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, mas no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, e, se naquele, por motivos óbvios refere-se ao 'consumidor', nesta refere-se 'à pessoa'.

"'A limitação dessas informações sob o argumento da referência exclusiva do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor ao 'consumidor' não prospera, pois inadimplementos decorrentes de contrato empresarial, por exemplo, levam a inscrição da mesma forma, sem que se questione a não existência de relação de consumo.'"

"A propósito, outro não é o entendimento desta C. 8ª Câmara de Direito Privado: 'EMENTA. Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Pedido de expedição de ofício ao Renajud para descoberta de eventual veículo em nome do executado. Providência pertinente e cabível. Requerimento de inserção do nome do executado no cadastro de inadimplentes. Pedidos indeferidos pela decisão agravada. Medida cabível e perfeitamente adequada, tendente a compelir o devedor a cumprir as obrigações alimentares assumidas. Decisão reformada. Agravo provido' (AI 2083577-80.2016.8.26.0000, rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 15.07.2016).

"O § 3º do art. 528 do CPC em vigor, por sinal, estabelece que o devedor de alimentos está sujeito não apenas ao decreto de sua prisão civil, mas também ao protesto do respectivo pronunciamento judicial, o que, à evidência, também implica a inscrição do nome do devedor nos cadastros restritivos dos órgãos de proteção ao crédito (TJSP, 23ª Câm. Dir. Priv., Ap. 1039623-29.2015.8.26.0002, rel. Des. Paulo Roberto de Santana, j. 10.10.2017; TJSP, 3ª Câm. Dir. Priv., Ap. 4003093-74.2012.8.26.0100, rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. 04.10.2017).

"Por outro lado, no concernente à suspensão da Carteira de Habilitação e do uso de cartão de crédito do executado, tais medidas coercitivas não se prestam à satisfação do crédito nem conferem efetividade à execução. Além disso, as apreensões e bloqueios por ele ambicionados encontram-se em confronto com princípios basilares do Direito.

"Esse o entendimento de nosso Tribunal: 'RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - MONITÓRIA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão do direito da devedora de dirigir veículo na pública. A medida pretendida pela agravante é desproporcional e abusiva para a satisfação do crédito exequendo, pois ofende os direitos fundamentais de locomoção e da dignidade da pessoa humana, além de ser inócua à efetividade da execução, uma vez que não há comprovação de mudança da situação

Acesso ao Sumário

patrimonial da devedora. Exegese dos artigos 8º e 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso de agravo não provido." (25ª Câm. Dir. Priv., AI 2204898-82.2016.8.26.0000, rel. Des. Marcondes D'Ângelo, j. em 09.02.2017).

"Ademais, o art. 8º do CPC2015, inserido no capítulo das normas fundamentais do Processo Civil, que se destinam a orientar a aplicação da lei processual, dispõe que 'Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência'.

"Sendo assim - e considerando a manifesta desproporcionalidade entre os ônus que tais medidas proporcionariam ao devedor, de um lado, e as vantagens que delas adviriam ao credor -, forçoso é convir que as providências não devem ser atendidas."

2.- CONCLUSÃO - Daí por que se dá parcial provimento ao recurso para determinar a inclusão do nome do executado no rol de devedores junto ao SPC e Serasa.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestarem, nas próprias razões recursais, a respeito de eventual oposição ao **julgamento virtual**, nos termos do art. 1º da Resolução n. 549/2011 do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2166182-49.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes M.B.P.C. (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)), R.P.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e G.P.C. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado R.P.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.833)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ e COELHO MENDES.

São Paulo, 7 de março de 2018.

Acesso ao Sumário

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Renovação do decreto de prisão civil - Possibilidade - Contudo, a renovação do decreto de prisão civil somente poderá abranger as parcelas vencidas a partir de abril de 2017; garantida, todavia, a possibilidade da exigência de anteriores parcelas via execução regular - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Decisão reformada - AGRAVO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento contra as r. decisões de fls. 33/34 e 35/36 que, junto à ação de execução de alimentos, indeferiu o pedido de renovação da prisão civil do executado.

Em busca de reforma, sustentam os agravantes a possibilidade da revalidação do decreto prisional, presentes os requisitos legais.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido - fls. 87/88.

Contraminuta às fls. 91/96.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso - fls. 99/104.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Execução de crédito alimentar em razão da reiterada mora do alimentante.

Do exame dos autos constata-se que, em ação de alimentos[1] movida pelos recorrentes, os provisórios foram fixados em R$ 11.000,00 (onze mil reais) mensais - fls. 92 (autos da ação de origem).

Ao final da demanda, **os alimentos definitivos foram arbitrados em 5,5 (cinco inteiros e cinquenta centésimos) salários-mínimos** - r. sentença de fls. 666/670 (autos da ação de origem).

Não consta que venha o executado cumprindo com o pagamento regular das pensões.

Assim, **M.B.P.C.**, **R.P.C.** e **G.P.C.** (menores representados pela mãe) ajuizaram ação de execução de alimentos, **em 10 de novembro de 2015**, com fundamento no art. 733, do CPC/1973 (vigente à época), referente às parcelas

Acesso ao Sumário

1 **Processo nº 1011356-47.2015.8.26.0002** - 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro.

vencidas e não pagas no período compreendido entre os meses de agosto e outubro de 2015 (R$ 34.063,77) - fls. 17/22 (processo nº 1051778-64.2015.8.26.0002 - 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro).

Justificativa às fls. 24/32.

Decretou-se a prisão civil do executado pelo prazo de 30 (trinta) dias - r. decisão de fls. 73/74 (proferida em **26 de junho de 2017**).

Os cálculos atualizados até agosto de 2017 indicam que o débito alimentar alcança R$ 127.979,38 (cento e vinte e sete mil, novecentos e setenta e nove reais e trinta e oito centavos) - fls. 39.

Pois bem.

Caracteriza-se como dívida atual, aquela correspondente ao período imediatamente anterior de três meses contados da distribuição da execução, que inclusive, justifica o processamento da execução na forma disciplinada pelo art. 733, do CPC/1973 (vigente à época), diante da natureza do próprio crédito.

Doutrina e jurisprudência admitem a incidência do referido procedimento quando se tratar de execução vinculada as últimas prestações em face, inclusive, do padrão de subsistência do alimentando cumprindo, entretanto, a análise das circunstâncias de cada hipótese.

Na lição de Yussef Said Cahali:

"*... não podendo o devedor beneficiar-se de sua própria relapsia, desde que não tenha promovido 'opportuno tempore' ação exoneratória do encargo alimentar, é legítima a sua prisão administrativa se não justificada a impossibilidade de efetuar o pagamento do débito (CPC, art. 733, in fine); aliás, a se entender de outro modo, estar-se-ia criando um instrumento de estímulo a benefício do inadimplente que, logrando prolongar-se no descumprimento de sua obrigação, lograria transformá-la em prestações pretéritas e vultosas, pondo-se a salvo da execução fundada no art. 733. Daí por que, aceitável o entendimento pretoriano dominante, recomenda-se certo comedimento na sua aplicação após a análise das circunstâncias apuradas em cada caso concreto, de modo a não converter o maturado e abusivo devedor relapso em simples 'vítima', não transformando portanto o enunciado jurisprudencial em regra absoluta*" (Dos alimentos, 3ª ed., RT, pág. 1072).

E prossegue:

"*Ante a literalidade da norma, a doutrina é uniforme agora no sentido de que o alimentante inadimplente não está livre de outras prisões administrativas, podendo o juiz decretar tantas prisões sucessivas quantas vezes ocorrer o descumprimento da prestação alimentar sem escusa justificável; e decidindo que não há qualquer óbice a que o devedor de alimentos tenha sua prisão decretada tantas vezes quantas*

Acesso ao Sumário

sejam necessárias para constrangê-lo ao pontual desempenho de sua obrigação" (Ob. cit., 5ª ed., Revista dos Tribunais, p. 802).

Tenho, de forma reiterada, seguindo posição da jurisprudência dominante e Súmula nº 309, do Superior Tribunal de Justiça, sustentado que, de fato, a execução prevista pelo art. 733, do CPC/1973 (vigente à época), deve comportar as três últimas e antecedentes parcelas e a contar da data de distribuição da execução mais as que se acrescerem no período.

Contudo, o executado já esteve preso por anterior determinação do Juízo, pelo prazo de 30 (trinta) dias, referente as prestações vencidas e não pagas no período relativo aos meses de agosto de 2015 a março de 2017 (r. decisão de fls. 73/74 e mandado de prisão de fls. 85).

"*A prisão civil do alimentante pode ser decretada a cada inadimplemento da obrigação alimentar, à medida que representa relação de trato sucessivo, tantas vezes quantas sejam necessárias para constrangê-lo ao pontual cumprimento de sua obrigação, desde que não envolva a mesma prestação, pois, caso contrário, a pena se tornaria perpétua, o que contraria suas finalidades.*"[2]

Ao enfrentar o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. RENOVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DÉBITO INCONTROVERSO. PARCELAS ANTERIORES E POSTERIORES À SEGREGAÇÃO PRIMITIVA. CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME SEMIABERTO. EXCEÇÃO NÃO DEMONSTRADA NO CASO DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. O STJ admite a renovação do decreto de prisão civil, no mesmo feito executivo, desde que observado o prazo máximo fixado na legislação de regência. Precedentes.

2. O inadimplemento incontroverso do devedor de alimentos, seja em relação a parcelas anteriores ao primeiro decreto prisional, seja no tocante a débito posterior, autoriza a renovação da ordem de prisão civil no mesmo processo.

3. Somente em hipóteses excepcionais, nas quais fique cabalmente demonstrada a fragilidade do estado de saúde do devedor de alimentos ou sua idade avançada é possível o cumprimento da prisão civil em regime semiaberto, circunstâncias não demonstradas no caso concreto.

4. Ordem de Habeas Corpus denegada. (STJ - 4ª Turma, **HABEAS CORPUS Nº 297.792-SP**, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 11.11.2014, denegaram a ordem, votação unânime, DJe 21.11.2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRESTAÇÕES

Acesso ao Sumário

2 Welter, Belmiro Pedro, *Alimentos no Código Civil*, Thomson IOB, 2ª ed., p. 339.

ALIMENTÍCIAS. NOVO DECRETO DE PRISÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO EXCEDA AO LIMITE LEGAL ESTABELECIDO NO ART. 733, § 1º, DO CPC.

- É admissível a prisão civil do devedor de alimentos quando se trata de dívida atual, correspondente às três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução, acrescidas das que se vencerem no curso do processo - Súmula nº 309/STJ.

- O "nosso ordenamento jurídico não veda a possibilidade de o juiz, renovar, no mesmo processo de execução de alimentos, o decreto prisional, após analisar a conveniência e oportunidade e, principalmente, após levar em conta a finalidade coercitiva da prisão civil do alimentante." (HC 39902/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 29/05/2006 p. 226), especialmente porque, somando-se as duas, não excedem ao prazo máximo estabelecido na lei (art. 733, § 1º, do CPC).

- **Ordem denegada**. (STJ - 4ª Turma, **HABEAS CORPUS Nº 159.550-RS**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17.10.2010, denegaram a ordem, votação unânime, DJe 26.8.2010)

Assim, a renovação do decreto de prisão civil somente poderá abranger as parcelas vencidas a partir de abril de 2017; garantida, todavia, a possibilidade da exigência de anteriores parcelas via execução regular.

Ante o exposto, para o fim acima indicado, **DOU PROVIMENTO** ao agravo, **COM OBSERVAÇÃO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2108028-38.2017.8.26.0000, da Comarca de Paranapanema, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é agravada MARLI ANTUNES CAMILO PINTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram parcialmente do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29816/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), GIFFONI FERREIRA e ROSANGELA TELLES.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de abril de 2018.
ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - Vícios construtivos - Saneamento do processo - Denunciação à lide/Ilegitimidade passiva - Art.1.015 do Novo CPC - Não cabimento - Legislação consumerista - Aplicação - Necessidade - Inversão do ônus da prova que não se confunde com ônus de custear a prova - Decisão parcialmente reformada - Recurso parcialmente não conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls.129/130, destes autos que, em ação de indenização securitária, saneou o processo e indeferiu as preliminares de denunciação à lide e ilegitimidade passiva, inverteu o ônus da prova e, nomeou perícia, determinando à demanda o custo da perícia.

Inconformado, a agravante pretende ver reformado o decisório pelas razões expostas a fls. 04/29. Em apertada síntese, alega que descabe a aplicação do CDC ao caso; que há impossibilidade da inversão do ônus da prova; impossibilidade de inversão do ônus financeiro; que não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação (em razão da apólice pública, com a responsabilidade da Companhia Excelsior de Seguros), sendo necessário o acolhimento da denunciação à lide.

Processado com efeito suspensivo, foram dispensadas as informações do MM. Juiz "a quo". Após decurso de prazo para manifestação da parte contrária, o recurso foi remetido para julgamento virtual, ante a concordância tácita das partes.

É o relatório.

O recurso comporta parcial conhecimento e, na parte conhecida, deve prosperar em parte.

A relação envolve legislação consumerista e, os argumentos apresentados não são capazes de afastar a análise da questão, como se requer.

Neste contexto, a análise da questão será sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, quanto à denunciação à lide e a ilegitimidade passiva alegada, o

recurso não pode ser conhecido.

O art.1.015 do Novo CPC traz as hipóteses taxativas da possibilidade da interposição e as alegações não estão elencadas no dispositivo.

Neste sentido:

> INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - Sistema Financeiro de Habitação - Decisão que rejeitou as teses preliminares, saneou o feito e determinou a realização de prova pericial - Inconformismo da ré - Desacolhimento - Impugnação quanto à parte da decisão que rejeita a preliminar de ilegitimidade passiva que não pode ser conhecida - Ausência das hipóteses do art. 1.015 do Código de Processo Civil - Prescrição ânua inocorrente - Danos contínuos com verificação protraída no tempo - Aplicação, ademais, da regra geral do art. 205 do Código Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido na parte conhecida. Agravo de Instrumento n.18953-04.2017.8.26.0000. Relator(a): J.L. Mônaco da Silva. 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 30/11/2017.

No mais, a inversão do ônus da prova está amparada pelo CDC, com base nos requisitos necessários, que se encontram presentes, havendo precedentes do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SEGURO HABITACIONAL. PRESCRIÇÃO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. COBERTURA CONTRATUAL PARA VÍCIOS CONSTRUTIVOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL. MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA. LEI N.12.409/2011. 1. Entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos feitos em que se discute contrato de seguro adjeto a mútuo, não afetando o fundo de compensação das variações salariais (FCVS), inexiste interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Controvérsia, no caso, restrita à seguradora e ao mutuário. 2. Ausente o prequestionamento da matéria relativa à prescrição, porquanto não apreciada pelo julgado recorrido, inviável o seu conhecimento nesta sede, nos termos das súmulas 282 e 356/STF. 3. O Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, tornando possível a inversão do ônus da prova. 4. Elidir as conclusões do aresto impugnado, no tocante à legitimidade ativa ad causam, à cobertura contratual para os danos ocorridos nos imóveis, à forma de indenização, bem como em relação à multa por litigância de má-fé, demandaria o revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência vedada nesta sede especial a teor das súmulas 05 e 07/STJ. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Agravo Regimental no REsp nº 1.223.685/SC, julgado pela Terceira Turma do STJ em 22/10/2013, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Acesso ao Sumário

Todavia, a inversão do ônus da prova, não acarreta o ônus de custear a prova, contudo, em caso de não realização da prova, à recorrente cabe arcar com o ônus de sua não produção.

Assim já se decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO HABITACIONAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Aplicabilidade. Relação que se enquadra no contexto consumerista. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Não cabimento. Adotada a teoria da asserção, a agravante se enquadra no amplo conceito de fornecedor. Em relação à denunciação da lide, o microssistema do CDC admite apenas o "chamamento ao processo" da seguradora, nos termos do art. 101, inciso II, do CDC. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. Decisão que inverteu o ônus da prova e impôs à agravante o custeio dos honorários periciais. Descabimento. A parte sobre a qual recai o ônus da prova, em decorrência da inversão determinada no CDC, tem a faculdade de produzir ou não a prova pericial, respondendo pelas consequências advindas da omissão. Precedentes jurisprudenciais. Decisão reformada neste ponto. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE REQUISITO EXTRÍNSECO: ADEQUAÇÃO. Recurso interposto contra decisão judicial que não se enquadra no rol taxativo do art. 1.015, do CPC/2015. Descabimento do recurso, neste ponto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. Agravo de Instrumento n. 2097049-17.2017.8.26.0000. Relator(a): Rosangela Telles. Comarca: Paranapanema. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 31/07/2017.

Na hipótese de interposição de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes desde já intimadas a se manifestarem no próprio recurso a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão especial deste E. Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, **conheço parcialmente do recurso e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2240694-03.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado EMERSON LUIS ESTULANO GARCIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não

conheceram do recurso. V.U"., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 3985)**

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

São Paulo, 1º de março de 2018.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA, DETERMINANDO QUE OS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO RECAIAM SOMENTE ATÉ O LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS LÍQUIDOS DA AUTORA, SOB PENA DE MULTA - SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DO PROVIMENTO ANTECIPADO - AGRAVO PREJUDICADO - PERDA DE OBJETO - PRECEDENTES - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO - DECISÃO MANTIDA.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Emerson Luis Estulano Garcia em face de Banco do Brasil S/A.

Sobreveio a r. decisão reproduzida as fls. 32/33, que deferiu o pedido de tutela provisória para determinar que os descontos em folha de pagamento recaiam somente até o limite máximo de 30% do salário líquido da parte autora, sob pena de imposição de multa.

Irresignado, recorre o banco requerido, alegando, em síntese, que: i) deve ser preservado o contrato e respeitado o *pacta sunt servanda*; (ii) não é vedada a livre disposição do salário; (iii) a limitação se circunscreve a 35%; (iv) "*a aplicação de multa, revela-se incorreta, bem como seu valor, que ultrapassa a razoabilidade*".

Pleiteia a revogação da tutela concedida pelo juízo de piso.

Efeito suspensivo negado às fls. 41/42.

É o relatório.

O presente agravo encontra-se prejudicado, não comportando enfrentamento do mérito recursal.

Consoante consulta aos autos principais por meio do sistema e-SAJ,

Acesso ao Sumário

verifica-se que foi proferida sentença de mérito às fls. 71/73, julgando a ação procedente e confirmando a tutela anteriormente concedida.

Com efeito, a matéria posta em debate no presente agravo já se encontra solucionada em decisão superveniente, de caráter exauriente, que absorve os efeitos da tutela provisória pretendida. Dessarte, o agravo perdeu seu objeto, restando prejudicado.

Nesse sentido:

"***DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PERDA DO OBJETO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. A superveniência de sentença de mérito implica a perda do objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão anteriormente proferida em tutela antecipada. A definição acerca de a superveniência de sentença de mérito ocasionar a perda do objeto do agravo de instrumento deve ser feita casuisticamente, mediante o cotejo da pretensão contida no agravo com o conteúdo da sentença, de modo a viabilizar a perquirição sobre eventual e remanescente interesse e utilidade no julgamento do recurso. Entretanto, na específica hipótese de interposição de agravo contra decisão de deferimento ou indeferimento de antecipação de tutela, vislumbra- se que a prolatação de sentença meritória implicará a perda do objeto do agravo de instrumento, em virtude da superveniente perda do interesse recursal. Isso porque a sentença de procedência do pedido - que substitui a decisão concessiva da tutela de urgência - torna-se plenamente eficaz ante o recebimento da apelação tão somente no efeito devolutivo, permitindo-se desde logo a execução provisória do julgado, nos termos do art. 520, VII, do CPC, o qual dispõe que: 'Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: [...] VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela'. O mesmo se diz em relação à sentença de improcedência do pedido, a qual tem o condão de revogar a decisão concessiva de antecipação, ante a existência de evidente antinomia entre elas. Portanto, a superveniência da sentença de mérito ocasiona a perda de objeto de anterior agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em sede de medida antecipatória.***" (EAREsp 488.188- SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/10/2015, DJe 19/11/2015);

"***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO DE DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DO PROVIMENTO ANTECIPADO. RECURSO ESPECIAL***

Acesso ao Sumário

PREJUDICADO. PRECEDENTES. 1. A sentença de mérito que confirma a antecipação da tutela absorve seus efeitos, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, fazendo perder o objeto da discussão quanto ao pedido de antecipação de tutela concedido. Precedentes. 3. Agravo regimental não-provido." (AgRg no REsp n. 868948, Min. Mauro Campbell Marques, julg em 14/10/2008);

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - Inconformismo em face da r. decisão de primeiro grau que deferiu medida liminar para determinar a suspensão do andamento da escolha de empresa para contratação emergencial - Superveniência da sentença denegando a ordem rogada na inicial - Perda de objeto do agravo de instrumento - Recurso prejudicado.***" (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2223440-51.2016.8.26.00000; Relator(a): Rubens Rihl; Comarca: Praia Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/04/2017; Data de registro: 05/04/2017);

"***Agravo de instrumento. Ação Rescisória. Tutela antecipada indeferida na primeira instância. Pedido de reforma. Superveniência de sentença. Extinção da ação. Perda de objeto. Recurso prejudicado.***" (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2027761-79.2017.8.26.0000; Relator(a): Ruy Coppola; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/03/2017; Data de registro: 31/03/2017);

"***AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Morais - Decisão que indeferiu a concessão da tutela antecipada pleiteada - Inconformismo - Superveniência de sentença de julgamento de mérito - Perda de objeto por fato superveniente - Recurso não conhecido.***" (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2191675-62.2016.8.26.0000; Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/03/2017; Data de registro: 29/03/2017).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2022293-03.2018.8.26.0000, da Comarca de Santa Isabel, em que é agravante INBRANDS S.A., é agravado JESSICA ESPEDITA DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da

Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.672)**

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

São Paulo, 2 de março de 2018.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: AÇÃO DE EXECUÇÃO. ARRESTO CAUTELAR. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO MANTIDA. Da análise das peças processuais, denota-se que o pedido da exequente foi formulado antes da realização de qualquer diligência para tentativa de localização da executada, restando necessário atentar, que seu pedido foi amparado exclusivamente no que dispõe o artigo 854, do CPC. Todavia, ao contrário do que pretende a recorrente, a hipótese prevista no dispositivo processual em questão não pode ser aplicada de forma isolada, ao menos antes de facultado o contraditório, devendo, para tanto, ser observada a regra prevista no artigo 830 do C.P.C. Ademais, sequer como medida acautelatória do processo a pretensão do recorrente poderia ser acolhida, porquanto também estão ausentes os requisitos necessários ao deferimento do arresto cautelar. ***Agravo não provido*****.**

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão carreada a fls. 25, proferida em sede de ação de execução de título extrajudicial, que indeferiu o pedido de arresto "on line" de ativos financeiros da executada.

Inconformada, agrava a exequente e, em síntese, aduz que a medida cautelar postulada encontra amparo legal no que dispõe o artigo 854 do CPC.

Afirma que a ausência de citação da executada não impede a concessão da medida, até porque, a hipótese, tem como pressuposto evitar que a devedora oculte seus ativos após tomar ciência da ação.

Por fim, esclarece que a concessão da medida não implicará em qualquer prejuízo à executada, uma vez que, após efetivada a indisponibilidade de seus

Acesso ao Sumário

ativos, a mesma terá o prazo de cinco dias para comprovar a impenhorabilidade desses valores.

Nesses termos, postulou pelo provimento do recurso.

O recurso comporta julgamento imediato, dispensando-se a análise da tutela recursal postulada, bem como, intimação da agravada para oferecimento de contraminuta, porquanto ainda não efetuada sua citação no processo de origem.

É o relatório do essencial.

Decide-se.

2. Em sede de ação de execução, pretende a agravante/exequente o deferimento de medida liminar, a fim de ser autorizado bloqueio imediato de aplicações financeiras existentes em nome da devedora, até o limite do débito executado.

Insurge a agravante contra decisão com o seguinte teor:

"*(...) O arresto cautelar é medida excepcional, que exige a demonstração de situação que supere o mero inadimplemento de obrigação positiva e líquida. Não há nos autos a caracterização de iminente dilapidação de patrimônio pelo devedor a fim de frustrar a presente execução ou lesar credores. Assim, INDEFIRO o pedido liminar de indisponibilidade de bens do(a) devedor(a).Recolhidas as custas, cite(m)-se o(s) executado(s) para pagar a dívida, custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em 10%, no prazo de 3 (três) dias, a contar da citação..(..)*" - fls. 22.

3. A irresignação, não prospera.

Com efeito, assiste razão o d. magistrado "a quo".

Da análise das peças processuais, denota-se que o pedido da exequente foi formulado antes da realização de qualquer diligência para tentativa de localização da executada, restando necessário atentar, que a agravante ampara seu pedido exclusivamente no que dispõe o artigo 854, do CPC.

Todavia, ao contrário do que pretende a recorrente, a hipótese prevista no dispositivo processual em questão não pode ser aplicada de forma isolada, ao menos antes de facultado o contraditório, devendo, para tanto, ser observada a regra prevista no artigo 830.

Por essa vertente, resta descartada tal aplicação, uma vez que, no caso, sequer foi tentada a realização de citação da executada.

Ademais, sequer como medida acautelatória do processo a pretensão do recorrente poderia ser acolhida.

E isso porque, diferentemente do denominado arresto executivo (artigo 830 do Código de Processo Civil), o arresto cautelar de só poderia ser autorizado

Acesso ao Sumário

em favor do credor que demonstrar o risco de insolvência e a tentativa de dilapidação do patrimônio pelo devedor. Tal medida acautelatória encontra seu fundamento de validade nos artigos 301 e 799, inciso VIII, ambos do atual Código de Processo Civil, dependendo da probabilidade do direito invocado e o risco de prejuízo ao resultado final da ação executiva.

Com efeito, da análise das razões recursais, em conjunto com os documentos encartados ao presente recurso, não se extraem elementos probatórios suficientes a denotar a probabilidade do direito da agravante, em especial, no que toca à demonstração de insolvência da agravada ou conduta temerária a frustrar a execução ou lesar credores. Ademais, não há perigo de dano, tampouco risco ao resultado útil do processo, ante o indeferimento da constrição antecipada de bens da recorrida, de modo que, também estão ausentes os requisitos necessários ao deferimento do arresto cautelar.

Logo, a decisão foi bem lançada e deu adequado desate à questão ora reexaminada.

4. Em face ao exposto, nega-se provimento ao recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2210939-31.2017.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são agravantes DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE (EM RECUP JUDICIAL), DEDINI S/A ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES (EM RECUP JUDICIAL), DEDINI REFRATÁRIOS LTDA. (EM RECUP JUDICIAL), DEDINI S.A. EQUIPAMENTOS E SISTEMAS (EM RECUP JUDICIAL) e CODISMON METALÚRGICA LTDA. (EM RECUP JUDICIAL), é agravado VEDAX EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13641)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), HAMID BDINE e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 7 de março de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Habilitação de crédito - Recuperandas que não tiveram a oportunidade de se manifestar sobre o parecer apresentado pela administradora judicial homologado - Concretização de grave "*Error in procedendo*" - Violação ao contraditório e à ampla defesa - Vício procedimental caracterizado - Nulidade reconhecida - Decisão anulada - Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba, que, em sede de habilitação de crédito, deferiu a inclusão de créditos da agravada em quadro geral da recuperação judicial em curso pelos valores de R$ 1.721.177,69 (um milhão, setecentos e vinte e um mil, cento e setenta e sete reais e sessenta e nove centavos) e R$ 165.178,88 (cento e sessenta e cinco mil, cento e setenta e oito reais e oitenta e oito centavos) ao advogado), os primeiros na Classe III (Quirografário) e os últimos na Classe I (Trabalhista) (fls. 389/390).

As agravantes sustentam, em síntese, que a decisão recorrida é nula por cerceamento de defesa, porquanto não lhes foi oportunizada manifestação antes da decisão definitiva e após a apresentação de documentos e do parecer do administrador judicial. Propõem, ainda, ausência de fundamentação no "decisum". Requerem a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão recorrida (fls.01/21).

Foi concedido efeito suspensivo parcial, por ocasião do julgamento de embargos declaratórios opostos pelas agravantes, determinando-se que os pagamentos dirigidos à agravada sejam depositados em Juízo até o julgamento do recurso pelo colegiado (fls.31/33).

Em sua contraminuta, a agravada propugnou seja mantida a decisão atacada (fls.186/192).

A administradora judicial também apresentou contraminuta, na qual requer o desprovimento do recurso (fls.193/196).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de habilitação de promovida pela agravada, por meio da qual se pretende adicionar o montante de R$ 215.844,03 (duzentos e quinze mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e três centavos) ao valor do crédito arrolado pela própria agravante como sendo da agravada, no valor original de R$ 716.986,75 (setecentos e dezesseis mil, novecentos e oitenta e seis reais e setenta e cinco centavos).

Acesso ao Sumário

Recebida a habilitação, foi concedida vista às recuperandas (agravantes) e à administradora judicial (fls.88).

As agravantes requereram a intimação da agravada para que juntasse aos autos os documentos a demonstrar seu crédito, bem como os respectivos títulos, de forma a possibilitar a verificação, protestando por nova vista (fls.91/96).

A administradora judicial, por sua vez, requereu a juntada complementar de documentos pela ora agravante, bem como que as partes prestassem esclarecimentos sobre a quantidade de parcelas quitadas do acordo firmado (fls.97/98).

Sobreveio, então, petição das agravantes, na qual acostaram os documentos solicitados e esclareceram que foram pagas apenas duas parcelas de acordo celebrado e homologado em Juízo (fls.102/103).

A agravada, então, manifestou-se, ocasião em que juntou novos documentos e requereu a inclusão do débito faltante (fls.108/115).

As agravantes novamente apresentaram manifestação, deduzindo pedido de intimação da agravada para que apresentasse planilha pormenorizada do crédito, protestando, ainda, por nova vista após a vinda do documento solicitado (fls. 320/324).

A agravada (habilitante) apresentou dita planilha solicitada (fls.334/337) e foi determinada a concessão de vista às recuperandas e à administradora judicial (fls.338).

Após nova manifestação das agravantes com pedido de complementação da planilha apresentada pela agravada e pedido de vista (fls.341/342), a administradora também requereu a intimação da habilitante para apresentação dos comprovantes de recolhimento das custas, a fim de possibilitar a verificação do valor atualizado do crédito (fls.343/344).

A agravada, então, apresentou nova planilha de cálculos acompanhada de documentos (fls.349/384).

Foi, em seguida, intimada a administradora judicial para manifestação, apresentado parecer contábil, no qual opinou pela inclusão do crédito de R$ 1.721.177,69 (um milhão, setecentos e vinte e um mil reais, cento e setenta e sete reais e sessenta e nove centavos) em nome da habilitante, na Classe III (Quirografário), bem como de R$ 165.178,88 (cento e sessenta e cinco mil, cento e setenta e oito reais e oitenta e oito centavos), a título de honorários advocatícios, na Classe I (Trabalhista) (fls.389/395).

Foi proferida, enfim, a decisão recorrida (fls.396).

No caso concreto, ao que se infere dos autos do processo, há importante mácula formal a impedir a manutenção da decisão recorrida, que decorre da inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto não

Acesso ao Sumário

foi concedida oportunidade para que as agravantes apresentassem manifestação sobre a documentação e a nova planilha apresentados pela recorrida, seguindo-se, imediatamente, o parecer da administradora judicial (inclusive, com nova apuração contábil) e a decisão atacada.

Ora, não se concedeu vista à parte contra quem foram produzidos os documentos, que ocasionaram a majoração considerável de seu débito, antes que fosse proferida a decisão recorrida.

Deixando de lado a proposta violação ao disposto nos artigos 141 e 492 do CPC de 2015, persiste, concretamente, o desrespeito ao artigo 437, §1º do mesmo diploma, de maneira que uma invalidade se consumou.

Assim, resta evidente a subsistência de um grave "error in procedendo", sendo nulo o comando judicial por vício de procedimento, constatando-se, por conseguinte, violação às garantias constitucionais invocadas pela agravante.

Ademais, a decisão recorrida contém afirmação contrária aos atos do processo, na medida em que, aponta a concordância das partes em relação ao deferimento do pedido da habilitante, enquanto, ao contrário, não se oportunizou a vista às agravantes.

Destarte, a decisão atacada (fls.777/780) merece ser anulada para que seja afastado o deferimento do pedido da habilitante (agravada), restituindo-se a validade ao processo, com a realização da intimação já ordenada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2002723-31.2018.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, são agravados SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE SANTOS E REGIÃO (SEEB - SANTOS E REGIÃO) e GUSTAVO MESQUITA.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38712)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente sem voto), CORREIA LIMA e LUIS CARLOS DE BARROS.

São Paulo, 5 de março de 2018.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA - Pedido de remoção de notícia do sítio eletrônico do sindicato-réu corréu - Publicação que, embora denunciando suposto desrespeito à legislação trabalhista pelo Banco-agravante, empregou termos considerados ofensivos - Indeferimento - Admissibilidade - Hipótese em que a medida pleiteada acarreta a supressão total do exercício da liberdade de expressão e de imprensa - Abuso que, se constatado, tem formas de reparação menos gravosas em relação a tais princípios constitucionais - Ausência dos requisitos do art. 300 do CPC/2015 - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

1. Agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência para que o corréu (Sindicato dos Bancários de Santos e Região) retire do seu sítio eletrônico o texto que o autor-agravante considera ofensivo.

Sustenta o recorrente que estão presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada e que foi indeferida em primeiro grau de jurisdição.

Recurso processado sem efeito ativo, sendo dispensadas a intimação dos agravados para resposta (porque ainda não citados) e a requisição de informações ao juiz da causa.

2.1. A decisão recorrida foi publicada na vigência da Lei nº 13.105/2015 - CPC/2015 e se aplicam à espécie as regras da nova legislação processual civil.

2.2. O Banco-agravante ajuizou pedido de tutela antecipada em caráter antecedente pugnando pela determinação aos réus de remoção ou indisponibilidade da publicação veiculada no endereço eletrônico "(endereço eletrônico constante no texto original)".

Acesso ao Sumário

Sustenta o autor-agravante que a publicação possui conteúdo ofensivo e prejudicial à sua imagem, com imputação falsa de crimes, configurando abuso do direito à liberdade de expressão, e que a manutenção da publicação permitiria a continuação da violação dos seus direitos da personalidade.

A matéria em questão foi inserida no sítio eletrônico do Sindicato-réu, que representa a categoria dos empregados do Banco-autor na região de Santos e cidades litorâneas vizinhas.

Embora trate de tema de potencial interesse dos associados do Sindicato-réu, pois **denuncia um alegado desrespeito à legislação trabalhista pelo Banco-agravante**, a matéria está carregada de um tom exacerbado que, ultrapassando os recursos linguísticos tradicionais da crítica, valeu-se de

expressões consideradas ofensivas, notadamente os termos "roubar", "saquear", "gatuno", todos associados ao Banco-réu e à conduta denunciada relativa à compensação de horas extras dos empregados com o dia 31-12, em que não há expediente bancário (cf. fls. 99-104).

Já os termos empregados na citação da fala de Fabiano Couto (secretário de comunicação do sindicato-réu) não podem ser considerados nos limites subjetivos da demanda de origem, pois se referem exclusivamente ao presidente do Banco-autor (Sérgio Rial), sendo ambos os terceiros estranhos à lide.

Luís Roberto Barroso, ao analisar os parâmetros constitucionais para a ponderação em hipóteses como a dos autos, em que colidem os princípios constitucionais da liberdade de expressão e imprensa com os da proteção aos direitos da personalidade, **estabeleceu como critério a preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação**:

"*O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido - por retificação, retratação ou direito de resposta - e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua conseqüência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges - hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público - não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado.*" (cf. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, pp. 27-28, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, jan. 2004).

A notícia impugnada pelo Banco-agravante é expressão não só da liberdade de expressão, mas também da liberdade de imprensa (**o sítio eletrônico da publicação não é veículo de mera expressão de opiniões pessoais, mas informativo disponibilizado pelo sindicato, em especial aos seus associados, na defesa dos interesses da categoria**), que tem proteção constitucional especial, como se manifestou o STF quando do julgamento da ADPF 130:

"*A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição,*

Acesso ao Sumário

tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados." (cf. ADPF 130, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30-4-2009).

Embora o linguajar empregado na notícia não mereça encorajamento e, com o avanço da fase de conhecimento, possa acarretar alguma forma de sanção se confirmado o abuso, à luz dos requisitos do art. 300 do CPC/2015 e nos limites estreitos possíveis à cognição sumária da tutela de urgência, **a medida solicitada se revela demasiadamente gravosa, acarretando a supressão total de uns princípios (liberdade de expressão e imprensa) em favor de outros (direitos da personalidade do Banco-agravante: proteção à honra e à imagem)**.

Não há, neste cenário, probabilidade do direito do autor suficiente para que seja removida a publicação, sendo de rigor a manutenção do indeferimento da tutela de urgência.

Nesse sentido, aliás, são os precedentes seguintes do TJSP:

"TUTELA ANTECIPADA - Ação de indenização cumulada com pleitos cominatórios - Alegada divulgação de notícia supostamente inverídica - Pretendida remoção de vídeo indicado na petição inicial e de qualquer imagem do autor-agravante na internet, junto ao portal da agravada, além de retratação da recorrida, pelo mesmo meio de comunicação, sob pena de multa - Documentação encartada insuficiente para demonstrar, em segurança, a verossimilhança das alegações, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - Falta dos requisitos exigidos pelo art. 273, do CPC/1973 (vigente à época) - Necessária dilação probatória, a viabilizar as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, previstas na Carta Magna de 1988 - Decisão mantida - Agravo não provido." (cf. A. I. nº 2250505-55.2015.8.26.0000, rel. Des. Elcio Trujillo, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 08-8-2017).

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA DE URGÊNCIA. REMOÇÃO DE CONTEÚDO DE PORTAL DE NOTÍCIAS. Insurgência contra decisão que indeferiu tutela de urgência. Decisão mantida. Ausentes probabilidade do direito e perigo de dano ao agravante, inviável a concessão de tutela de urgência (art. 300, CPC). Recurso desprovido." (cf. A. I. nº 2194133-52.2016.8.26.0000, rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 05-11-2016).

3. Posto isso, o meu voto nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2124419-73.2014.8.26.0000, da Comarca de Quatá, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados ANA MARIA MOREIRA, MARIA ROSA DIAS MORIMOTO e OLIVETTE FERREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.078)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e IRINEU FAVA.

São Paulo, 5 de março de 2018.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - ILEGITIMIDADE ATIVA – Exequente poupador não associado ao IDEC, autor da ação civil pública - Pretensão deduzida pela instituição financeira executada no sentido extinção da execução sem julgamento do mérito, com fundamento no RE nº 573.232-SC - Inadmissibilidade - Precedente do STF que cuida de ação coletiva ordinária, diferente do caso dos autos em que se tem ação civil pública.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - ILEGITIMIDADE ATIVA - Filiação ao IDEC - Descabimento - Possibilidade de ajuizamento de ação executiva individual por todos os poupadores - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Perda da eficácia da suspensão determinada no REsp nº 1.438.263, ante a desafetação de tal recurso do rito dos recursos repetitivo - Preliminar rejeitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Execução individual - Inadequação do rito adotado

Acesso ao Sumário

para liquidação de sentença, necessidade de observância do disposto no art. 475-E, do CPC/1973, hoje o art. 509, inc. II, do CPC/2015 - Descabimento, contudo, do reconhecimento da nulidade do procedimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ÍNDICE DE CORREÇÃO - Pleito para adoção da diferença a ser apurada, não creditada em fevereiro de 1989, em 20,36% - Erro de cálculo que não foi efetivamente demonstrado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CORREÇÃO MONETÁRIA - Decisão agravada que determinou a utilização dos índices da Tabela Prática do TJ/SP - Índice que se revela adequado para atualizar monetariamente os débitos para fins de cobrança judicial - Entendimento pacificado pela 17ª Câmara de Direito Privado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ÍNDICE DE CORREÇÃO - Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão - Erro de cálculo que não foi efetivamente demonstrado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL - Data da citação para a ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Percentual - Conforme restou definido na ação civil pública, o percentual dos juros de mora deve ser de 0,5% ao mês até a entrada do NCC e, após 1% ao mês.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – JUROS REMUNERATÓRIOS - Embargos de declaração apresentados na Ação Civil Pública que ensejou nova decisão admitindo-se a incidência de juros remuneratórios mês a mês.

Acesso ao Sumário

Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença.

Sustenta o agravante, em síntese: ilegitimidade ativa; ser necessária a liquidação da sentença, nos termos do art. 475-E e 475-N, do Código de Processo Civil de 1973, sendo incabível o prosseguimento da ação nos termos do art. 475-J, do Código de Processo Civil/1973; a correção monetária deve ocorrer pelos índices oficiais da caderneta de poupança; a diferença a ser apurada, que não foi creditada em favor do poupador para janeiro de 1989, é de 20,36%; e a adoção do índice de 42,72% para o mês de janeiro de 1989, nos termos em que reconhecido na sentença coletiva está incorreto e implica no ferimento do princípio do *bis in idem*; juros de mora que são devidos a partir da citação da execução, além disso, a mora deve ser verificada com a citação do devedor na fase de liquidação da sentença, e não na ação coletiva; os juros remuneratórios devem ser afastados do cálculo do débito, estes que estão incorretos, restando patente o excesso de execução.

É O RELATÓRIO.

De plano, melhor compulsando os autos, é caso de retratação da decisão de suspensão do presente recurso, decretada pelo anterior Relator, a fls. 83, e isto porque os recursos especiais nº 1.361.799/SP e nº 1.438.263/SP foram desafetados do rito dos recursos repetitivos. Desse modo, reconsidero a decisão de suspensão do processo, prosseguindo-se com o julgamento do recurso.

Não tem razão o agravante.

De plano, no que se refere à prefacial de **ilegitimidade ativa** do poupador não associado ao IDEC para executar individualmente a ação civil pública movida pelo referido instituto, fundada em precedente do Supremo Tribunal Federal, fato é que não existe absoluta identidade entre o quanto decidido no RE nº 573.232 - SC e a situação fática analisada, bastando verificar que no aludido precedente cuida-se de ação coletiva ordinária e na hipótese destes autos tem-se ação civil pública, demandas que tem contornos legais diferentes e que, justamente por isto, não estão justapostos para ensejar utilização do quanto decidido no Recurso Extraordinário antes apontado ao presente caso concreto.

De qualquer modo, desnecessária a comprovação de filiação do poupador ao IDEC, diante do que restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça no **Recurso Repetitivo nº 1.391.198-RS**, caindo por terra toda a argumentação do recorrente em sentido contrário.

Conferir, a propósito:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC.

Acesso ao Sumário

SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA AÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) ***os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública*** *n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido.* (Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13.08.2014)

Destaque-se que, em análise ao REsp nº 1.438.263-SP, os Ministros daquela E. Corte mantiveram o entendimento pela legitimidade dos não associados ao IDEC para promoverem as execuções em questão e desafetaram o referido recurso do rito dos recursos repetitivos, com o que perdeu eficácia a ordem de suspensão anteriormente dada.

Por ser deste modo, incabível a pretendida extinção da execução com base no art. 267, inc. VI, do CPC/1973.

Afastada a prefacial, no mérito, antes de tudo, necessário destacar que o procedimento conferido à liquidação nestes autos respeitou o quanto previsto em lei.

Para a hipótese sob análise, a liquidação necessária seria aquela estatuída no art. **475-E**, do Código de Processo Civil de 1973, hoje o art. 509, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, dever-se-ia observar o procedimento ordinário ou comum, respectivamente consideradas as regras legais indicadas.

Ora, apesar deste desvio, não é caso de reconhecer-se aqui qualquer

Acesso ao Sumário

nulidade, mesmo porque por outro tortuoso modo conseguiu-se chegar ao desfecho da liquidação, em decisão contra a qual interposto o agravo sob análise.

No que toca ao **índice para correção do saldo existente na conta poupança em janeiro de 1989**, nas razões recursais insurge-se o agravante para anotar que referido índice seria de **42,72%**, e que a diferença não creditada seria de **20,36**%.

Ocorre que não demonstrou efetivamente o agravante em conta que tivesse elaborado, erro de cálculo, extraindo-se que a diferença final existente entre o quanto pretendido pelo agravado e o quanto reconhecido pelo agravante deve-se substancialmente ao acréscimo de correção monetária, juros remuneratórios e juros moratórios.

Ora, diante desta realidade extraída da prova constante dos autos, não há como acolher-se as sustentações trazidas no agravo.

Igualmente, a aplicação da **Tabela Prática do Tribunal de Justiça** para fins de correção monetária ao invés dos índices da caderneta de poupança, se revela, de fato, mais adequada para atualizar monetariamente, para fins de cobrança judicial, os débitos decorrentes das diferenças de expurgos inflacionários, não pagas aos poupadores, como no caso dos autos.

Esta 17ª Câmara de Direito Privado já consolidou entendimento no sentido do quanto acima exposto:

> *"Agravo de instrumento. **Ação civil pública**. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta c. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.*
>
> *(...)*
>
> *Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até o efetivo pagamento.*
>
> *(...)*
>
> *Recurso improvido." (Apel. nº 2200474-31.2015.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Tércio Pires, j. 30/03/2016).*

No que toca aos **juros de mora**, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem determinado que o **marco inicial**, deve ter como parâmetro a **data da citação para a ação civil pública**, termo este que restou definido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Repetitivo nº 1.370.899-SP.

Conferir, a propósito:

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS*

Acesso ao Sumário

ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: 'Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior.'

4.- Recurso Especial improvido". (REsp nº 1370899/SP, Corte Especial, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21/05/2014).

Assim sendo, os juros de mora são contados a partir da citação do executado na ação civil pública, onde fixados.

Ainda, no que se refere ao **percentual dos juros de mora** este restou

Acesso ao Sumário

definido na ação civil pública, em 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Novo Código Civil e após em 1% ao mês, não havendo o que ser alterado.

Igualmente, no que se refere aos **juros remuneratórios**, também não há razão alguma para acolher-se o pleito do agravante.

Vistos os autos com maior cuidado, facilmente se percebe que embora, realmente, na sentença originalmente proferida a questão dos mencionados juros não tenha sido abordada, em razão de embargos declaratórios opostos contra aludida decisão pelo Ministério Público, o MM. Juiz *a quo*, acolhendo a tais embargos, expressamente tratou do tema, e proferiu nova decisão admitindo a incidência dos juros remuneratórios questionados, tudo como consta dos autos principais.

Portanto, quando estes juros remuneratórios vêm a ser considerados para fins de liquidação, nada mais se está a fazer do que empregar para definição do *quantum debeatur* as prévias e claras instruções do título judicial liquidando, título este composto não só pelos termos da sentença, mas por aqueles que a esta foram integrados no julgamento dos embargos declaratórios como acima explanado.

Logo, os juros remuneratórios devem persistir computados no cálculo do débito decorrente da condenação externada na sentença em questão.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JUROS REMUNERATÓRIOS. PEDIDO EXPRESSO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

1. O Tribunal de origem, mantendo a decisão proferida em primeira instância, concluiu que houve condenação expressa do agravante, nos autos da ação civil pública, com relação ao pagamento de juros remuneratórios, razão pela qual se afigura correta a inclusão do mencionado encargo nos cálculos apresentados pela parte exequente.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EDcl no AREsp nº 678.314-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araujo, j. em 03.12.2015)

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Nesses termos, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251152-79.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes COUPLING LTDA. e ANTONIO CARLOS PINA DE ANDRADE, é agravado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45696)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente sem voto), SILVEIRA PAULILO e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 9 de março de 2018.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução por quantia certa - Penhora de valores depositados em conta corrente dos devedores - Valor bloqueado ínfimo frente ao débito - Custo irrisório com a constrição e transferência de valor - CPC, art. 836 - Inaplicabilidade - Execução deve ser útil ao credor - Alegação de que a verba é destinada a pagamento da folha de empregados (pessoa jurídica) e se trata de proventos de aposentadoria (pessoa física) - Extratos bancários demonstram que há recebimento de valores diversos em ambas as contas, que não têm natureza exclusivamente alimentar - Existência de sobra, inclusive objeto de aplicação financeira pelo titular pessoa física - Impenhorabilidade não reconhecida - Constrição mantida - Recurso desprovido - Decisão mantida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, tirado em ação de execução por quantia certa que Itaú Unibanco S/A move contra Coupling Ltda. e Antonio Carlos Pina de Andrade.

Volta-se contra decisão de fls. 163/166, que indeferiu o pedido de desbloqueio dos valores depositados na conta corrente dos devedores, pessoa

jurídica e pessoa física.

Os recorrentes alegam que o valor bloqueado representa 0,78% do valor exequendo, ínfimo, portanto, sendo absorvido somente pelos custos da execução, o que enseja a aplicação dos termos do artigo 836 do CPC, além do que se constituem em verba de caráter alimentar, pois aqueles bloqueados na conta da pessoa jurídica destinam-se ao pagamento da folha de funcionários e à manutenção da empresa, e na pessoa física originam-se do recebimento dos proventos de sua aposentadoria.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo (fls. 179), sendo apresentada contraminuta a fls. 183/190.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, em que pesem as alegações colocadas pelo nobre patrono dos agravantes, devendo a r. decisão agravada prevalecer pelos seus próprios fundamentos.

Dispõe o art. 836, "caput", do CPC que:

"***Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.***"

Pois bem.

Na hipótese em análise, foram bloqueados ativos financeiros dos executados que somados perfazem o valor aproximado de R$ 7.000,00 (sete mil reais - fls. 103/105), o que representa muito pouco frente ao total exequendo (R$ 899.166,36 - fevereiro/2017, fls. 23/26), é verdade, mas o custo para a constrição e transferência "on line" de numerário também é bastante reduzido frente às despesas do processo, e, considerando-se que a execução se desenvolve no interesse do credor, e a ele deve trazer um resultado útil, o seu direito deve prevalecer.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de título extrajudicial - Decisão rejeitou impugnação à penhora - Bloqueio BACENJUD - Alegação de penhora de valor ínfimo, pretendendo-se o levantamento do valor bloqueado - Inadmissibilidade - Aplicação do princípio da utilidade da execução (art. 836, §2º, do CPC/15) - O princípio da menor onerosidade previsto pelo art. 805 do CPC deve harmonizar-se com a efetividade da execução - Alternativa mais eficaz e menos onerosa não indicada pelo executado (arts. 805, parágrafo único, 829, parágrafo segundo e 854, todos do NCPC) - Recurso negado. (TJSP 2181167-23.2017.8.26.0000 - Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/ Contratos Bancários -Relator(a): Francisco Giaquinto - Comarca: Limeira - Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 23/11/2017 - Data de publicação: 23/11/2017 - Data de registro: 23/11/2017)

Acesso ao Sumário

Outrossim, verifica-se que foi realizada penhora sobre imóvel (fls. 100/101), e como bem salientado pelo MM. Juiz de Direito em sua decisão agravada, fls. 164, segundo parágrafo: "***...está em curso a penhora de outros bens, como imóvel, cujo produto somado ao numerário bloqueado importará em quantia relevante para satisfazer ao menos parte do débito executado.***"

Quanto a alegada impenhorabilidade do numerário, devido a seu caráter alimentar, mais uma vez razão não socorre aos agravantes.

Com relação à pessoa jurídica Coupling Ltda., o interessado alega a impenhorabilidade dos ativos bloqueados dada sua natureza alimentar, pois se destinavam ao pagamento de sua folha de empregados.

Ocorre, porém, que a leitura do extrato bancário acostado a fls. 127 dá conta que o valor bloqueado foi irrisório, o que não poderia de qualquer forma comprometer seriamente o pagamento de seus funcionários e o funcionamento da empresa.

E, ademais, como também já bem observado por Sua Excelência a fls. 165, primeiro parágrafo, os mesmos demonstrativos bancários indicam que a executada Coupling exerce sua atividade empresarial conjuntamente com a empresa Coupling Comércio de Peças e Serviços, pois dela recebe valores, verificando-se ainda a existência de aplicação financeira ou investimento na referida conta, o que afasta a alegação de impenhorabilidade posta na inicial do recurso.

Também não comporta acolhida a tese de que o bloqueio atingiu os proventos de aposentadoria do coexecutado Antonio Carlos, o que tornariam impenhoráveis referidos valores por seu caráter alimentar (CPC, art. 833, inciso IV).

O devedor aufere renda aproximada de R$ 3.361,37, conforme extrato de fls. 128. Foi bloqueada pelo juízo a quantia de R$ 1,00 (hum real), o que não compromete de forma alguma o seu sustento e de sua família. Afora isso, a conta bancária destina-se ao recebimento não só da aposentadoria, mas de outros valores, tendo seu titular realizado inclusive aplicação financeira na mesma data em que creditados os seus proventos, o que desnatura a alegação de se tratar de verba alimentar.

Por todas essas razões, somadas aquelas bem lançadas pelo MM. Juiz de Direito, a decisão agravada deve ser mantida.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171290-59.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MOBILE CELULAR SERVICE LTDA., é agravado GELRE TRABALHO TEMPORÁRIO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28373)**

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

São Paulo, 13 de março de 2018.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Penhora - Incidência sobre imóvel comercial - Alegação de que se cuida de bem de família - Inviabilidade de se reconhecer a impenhorabilidade do imóvel constrito - Agravante que é pessoa jurídica e loca o imóvel para fins comerciais - Lei 8.009/1990 que preserva a dignidade da entidade familiar, não impedindo a constrição de imóvel sem as características de bem de família - Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em "ação declaratória de nulidade de títulos" (fl. 26 dos autos principais), em fase de cumprimento de sentença (fl. 16), que não reconheceu a impenhorabilidade do imóvel constrito, ao abrigo dessa fundamentação: "Foi determinada a penhora do imóvel em novembro de 2016 (...). O termo de penhora foi expedido em junho de 2017. O executado foi intimado de todos os andamentos na forma do art. 841, § 1º, do CPC, mas não apresentou impugnação tempestiva. Preclusa a oportunidade. No mais, e ainda que assim não fosse, o executado é pessoa jurídica e informou que loca o imóvel penhorado, situações estas incompatíveis com a alegação de que o mesmo é bem de família" (fl. 15).

Sustenta a agravante, executada na aludida ação, em síntese, que: o imóvel comercial locado é a sua única fonte de renda; a agravada recusou a sua proposta de acordo para que fossem penhorados 30% do aluguel mensal

Acesso ao Sumário

e postulou o leilão do imóvel; encerrou as suas atividades em dezembro de 2011; caso tal imóvel seja leiloado, os processos trabalhistas, fiscais e cíveis, nos quais ela figura como devedora, serão diretamente atingidos; o fato de ser pessoa jurídica não impede o reconhecimento do bem de família, uma vez que os efeitos da penhora estendem-se aos seus sócios; deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel, por ser único bem de família, cujo aluguel é utilizado para negociações judiciais, extrajudiciais e pagamentos de prestadores de serviços; deve ser determinada a revisão dos cálculos do débito por perito, tendo em vista que o cálculo da agravada ultrapassa os limites da razoabilidade e realidade (fls. 3/8).

Houve preparo do agravo (fls. 81/86).

Não foi concedido o efeito ativo ao recurso oposto, ante a ausência de relevante fundamentação (fl. 92).

Foi apresentada resposta pela agravada (fls. 96/104).

É o relatório.

2. Inviável reconhecer-se a impenhorabilidade do imóvel constrito, objeto da matrícula nº 181.367 do 15º Oficial de Registro de Imóvel da Capital (fl. 58).

Com efeito, a principal finalidade da Lei nº 8.009, de 29.3.1990, consiste na proteção da família do devedor, de modo que o imóvel que serve de residência àquela está impossibilitado de ser objeto de penhora.

A referida lei objetiva, justamente, não privar o devedor de local onde residir, garantindo-lhe a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No caso em tela, a agravante é pessoa jurídica e loca o imóvel para fins comerciais (fls. 120/126 dos autos principais).

Sendo o imóvel utilizado com o intuito de exploração comercial, não há de se falar em impenhorabilidade, uma vez que a Lei 8.009/1990 preserva a dignidade da entidade familiar, não impedindo a constrição de imóvel sem as características de bem de família.

Acesso ao Sumário

Acerca desse assunto, houve pronunciamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Recurso especial. Processual civil. Execução. Penhorabilidade de imóvel comercial. Bem de família. Não configuração.
>
> 1. Inexiste omissão ou nulidade do acórdão que examina pontualmente a questão relativa à alegada locação de imóvel residencial pela executada, cujo aluguel, em parte, seria adimplido mediante a locação de imóvel comercial penhorado, ao qual deseja a executada estender a natureza de bem de família. Negativa de prestação jurisdicional afastada.
>
> 2. A regra no sistema jurídico brasileiro é a da garantia da solvabilidade

das dívidas pelo patrimônio do devedor, norma matriz assentada no art. 591 do CPC.

3. Excepcionalmente, estabeleceu o legislador hipóteses de impenhorabilidade, regras que devem ser interpretadas restritivamente, sem que se desnature o instituto de que se cuida.

4. Caso dos autos que não se amolda à hipótese que dera azo à edição do enunciado 486/STJ, sendo comercial o imóvel cuja impenhorabilidade se deseja ver reconhecida.

5. Não se instituiu com a Lei 8.009/90 uma garantia de impenhorabilidade a qualquer bem que possa vir a trazer sustento ao indivíduo. O referido édito trata apenas e unicamente do imóvel residencial em que habite a família ou, ao menos, consoante o enunciado 486/STJ, do imóvel residencial do qual a família extraia renda para habitar ou subsistir.

6. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp nº 1.367.538-DF, registro nº 2013/0044230-0, 3ª Turma, m.v., Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. em 26.11.2013, DJe de 12.3.2014).

No mesmo sentido houve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Impenhorabilidade de imóvel - Bem de família - O art. 1º da Lei 8.009/90 prevê a impenhorabilidade do bem de família com a finalidade de assegurar o direito de moradia à entidade familiar - Penhora que recaiu sobre imóvel comercial (hotel fazenda) - Inexistência de elementos a demonstrar que os agravantes ocupam o imóvel como moradia - Possibilidade de penhora - Descaracterização como bem de família - Decisão mantida - Excesso de penhora - Tema a ser deduzido após a avaliação (art. 685, I, do CPC) - Recurso negado." (AI nº 0445858-43.2010.8.26.0000, de São Paulo, 20ª Câmara de Direito Privado, v.u., Rel. Des. FRANCISCO GIAQUINTO, j. em 14.2.2011).

Em suma, inaplicável à espécie a proteção da mencionada Lei nº 8.009/1990.

3. O pedido para que seja determinada a "revisão dos cálculos por um perito", sob o argumento de que o cálculo apresentado pela agravada ultrapassa "os limites da razoabilidade e realidade" (fl. 8), não comporta apreciação.

Tal matéria não integrou a decisão recorrida, devendo ser dirimida, primeiramente, no juízo de origem, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

4. Nessas condições, nego provimento ao agravo contraposto, mantendo a decisão impugnada (fl. 15).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2224899-54.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PANORAMA FUNDIÇÕES DE METAIS LTDA., é agravado PRUDENT INVESTIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.360)**

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

São Paulo, 14 de março de 2018.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Penhora de faturamento de empresa. Cabimento, uma vez não garantido o juízo com outros bens suficientes ou de fácil alienação. Ônus do devedor de fazer a indicação de bens que garantam o processo. Não cumprimento desse encargo. Limitação do percentual do faturamento bruto a 5%, para evitar a inviabilidade da atividade empresarial. Agravo de instrumento parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado por executada, o qual foi tirado dos autos do processo da ação de execução de título extrajudicial, e busca a reforma da decisão que não acolheu oferta de bens à penhora e determinou que a constrição de seu faturamento, com inobservância do modo menos gravoso ao executado, imperativo legal.

Sustenta a agravante a eficácia da oferta à penhora de bem imóvel que fez e que há gravame inevitável à sua atividade empresarial com a constrição de seu faturamento.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

O bem imóvel ofertado à penhora não tem a titularidade comprovada, e, assim, não se pode ter por boa a oblação, acrescendo-se que é faltante ainda a comprovação de inexistência de ônus real, de seu valor de mercado e de sua

Acesso ao Sumário

condição de fácil liquidez.

Desse modo, na ausência de outros bens que garantissem o juízo, era irrecusável a opção pela penhora de faturamento de empresa.

Dentro do âmbito da cognição sumária que ora se dá, é irretocável a conclusão de primeiro grau, a menos que se propusesse o Poder Judiciário a outorgar moratória judicial à agravante e, assim, liberá-la do cumprimento de suas obrigações de pagamento em pecúnia a que está irrefutavelmente obrigada.

Como forma de equacionar a questão do pagamento e a continuidade das atividades da empresa, tem sido admitida a penhora de faturamento mensal desta em percentual razoável, para que a amortização da dívida se dê forma paulatina e sem levá-la à bancarrota.

É o que se colhe na jurisprudência:

"É admissível proceder-se à penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução ou sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput*, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa" (AgRg no REsp 768946/RJ, Rel. Min. Luiz Fux). Mesmo sentido: REsp 418.129, Rel. Min. Nancy Andrighi; RSTJ 56/338, 109/107, RT 801/1155, 839/202.

Esta colenda 23ª Câmara não destoa desse entendimento:

"Execução. Penhora. Agravada que, citada, não realizou o pagamento da dívida, nem indicou bens à penhora. Diligências realizadas pela agravante que restaram infrutíferas. Caso em que foi deferido o bloqueio 'on line', porém, não foi encontrado saldo positivo. Penhora. Faturamento da empresa. Admissibilidade em casos excepcionais. Devedora que permaneceu inerte em relação ao oferecimento de bens. Credora que não logrou localizar outros bens passíveis de penhora. Cabível a constrição de parte do faturamento da empresa agravada. Penhora. Incidência sobre faturamento da empresa agravada. Penhora de percentual elevado que pode resultar no comprometimento das obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias da empresa, impedindo o seu funcionamento. Viável a estipulação do limite de 5% sobre o faturamento mensal. Caso em que deve ser cumprido o preceituado no art 655-A, §3º, do CPC, introduzido pela Lei 11.382/2006. Depositário que há de submeter à aprovação judicial um esquema de efetivação da constrição e do pagamento. Agravo provido em parte." (TJSP, AI. 7.328.240-5, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. 11/03/2009).

"PENHORA - Incidência sobre o faturamento mensal da pessoa jurídica - Constrição permitida em casos excepcionais, pois se equipara à penhora

Acesso ao Sumário

do próprio estabelecimento empresarial - Cabimento, contudo, nas circunstâncias dos autos, pois não foi indicado bem idôneo para garantia da execução e a constrição de outros bens mostrou-se insuficiente ao saldo do débito - Requerimento de penhora sobre 10% do faturamento, necessidade, entretanto, de redução do percentual para 5%, visando a não inviabilização da atividade empresarial - Precedentes do STJ - Recurso parcialmente provido." (AI 0501779-84.2010.8.26.0000, Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, j. 09.02.2011).

Assim, deve ser refutada a oferta de bem que manifestamente não se presta à garantia do juízo e ser mantida a constrição de faturamento da devedora, em 5% do bruto auferido mensalmente.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2198048-75.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIRETÓRIO NACIONAL DO PARTIDO DOS TRABALHADORES, é agravado LUCILAINE DE OLIVEIRA RODRIGUES - EPP.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Declara voto o 2º julgador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37798)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) e REBELLO PINHO.

São Paulo, 5 de março de 2018.

LUIS CARLOS DE BARROS, Relator

Ementa: Exceção de pré-executividade. Ilegitimidade de Diretório Nacional de partido político para arcar com compromissos oriundos de obrigações de Diretório Estadual ou Municipal. Artigos 15-A e 28 da Lei 9.096/95. Artigo 854 do CPC. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade e impugnação à penhora, deduzidas no feito

principal, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor atualizado da dívida. O MM. Juízo *a quo* determinou a expedição de guia de levantamento à exequente com urgência e que o executado diligenciasse o depósito complementar da verba de sucumbência ora deferida à embargada (fls. 18/23).

Às fls. 595-605 dos autos principais, há notícia do bloqueio *on line* do valor de R$ 239.856,73 do Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores.

Aduz o agravante que foi determinado o bloqueio de valores penhorados decorrentes de fundo partidário - verba impenhorável, de acordo com a legislação ordinária. Salienta que a dívida decorre da prestação de serviços realizados para a "Eleição de 2014 comitê financeiro único PT", CNPJ 50.592.593/0001-30, extinto em 31/12/2014, cuja campanha seria para eleições estaduais, sendo o órgão responsável pela fiscalização e análise das contas o TER. Sustenta sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução, uma vez que a estrutura partidária é formalizada tal qual a estrutura do Estado, com subdivisões próprias, cada qual com responsabilidade exclusiva por seus atos, sendo que a dívida foi formalizada unilateralmente em nome do Diretório Estadual. Requer a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 01/15).

O recurso foi processado com as formalidades legais, e parcial efeito suspensivo.

Contrarrazões às fls. 693/709.

É o relatório.

A exequente ajuizou demanda em face do Diretório Estadual e Nacional de PT em virtude de dívida contraída pelo não pagamento de serviços prestados, referentes à venda de material publicitário (adesivos, faixas, placa, cavaletes), empregados em campanha eleitoral. A dívida alcança R$ 288.030,88, conforme duplicatas anexas. Aduz a autora que as despesas da campanha são de responsabilidade do partido eleitoral e que o Diretório Estadual de São Paulo do PT assumiu a dívida do Comitê Financeiro SP Único, conforme documento de fl. 3 dos autos da ação principal (fls. 01/13 dos autos da ação principal).

Duplicatas e instrumentos de protesto às fls. 18/63.

Preliminarmente deve-se fazer uma consideração sobre a situação processual instaurada nos autos e que justifica, no caso concreto, a utilização do recurso de agravo de instrumento.

Nos autos da execução promovida contra o Diretório Estadual de São Paulo do Partido dos Trabalhadores-PT e Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores-PT, o segundo executado, não apresentou embargos à execução, mas sim exceção de pré-executividade, alegando sua ilegitimidade passiva para os termos da execução (vide fls. 379-403 dos autos principais).

Por outro lado, consoante se deduz da sentença trasladada para aos autos

Acesso ao Sumário

da execução (vide fls. 610-612 dos autos principais) foram ajuizados embargos à execução pelo coexecutado, Diretório Estadual de São Paulo do Partido dos Trabalhadores-PT, sendo que a sentença proferida rejeitou os embargos à execução, e rejeitou a exceção de pré-executividade formulada nos autos principais da execução.

Portanto, deve-se considerar que o capítulo da sentença proferida nos embargos à execução, e que decidiu a exceção de pré-executividade tem a natureza de decisão interlocutória, pois, decidiu um incidente processual suscitado nos autos principais da execução.

Daí a legitimidade da interposição do presente agravo de instrumento, máxime quando, como visto, o excipiente (Diretório Nacional), não formulou embargos à execução, mas apenas exceção de pré-executividade.

A rigor seria até caso de reconhecimento da nulidade da parte da sentença que rejeitou a exceção de pré-executividade, pois, a matéria suscitada pelo excipiente-ilegitimidade passiva para os termos da execução - não foi examinada na sentença proferida.

Todavia, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, considerando que a questão relativa à ilegitimidade passiva é de ordem pública, e que nenhuma das partes, neste recurso, pediu a nulidade da sentença proferida em primeiro grau, na parte que rejeitou a exceção de pré-executividade, mas ao contrário, tendo ocorrido amplo debate dos argumentos jurídicos relativos ao tema da ilegitimidade de parte do recorrente, não se encontra hipótese de decretação da nulidade da sentença, na parte em que julgou a exceção de pré-executividade.

Portanto, o caso é de conhecimento do presente agravo de instrumento.

No mérito a razão, data vênia, está com o recorrente.

O recorrente, Diretório Nacional, não é parte nos títulos executivos que arrimam o processo de execução.

Os serviços que ensejaram a emissão das duplicatas foram prestados ao seguinte tomador: "Eleição 2014 Comitê Financeiro SP Único PT", conforme se constata da leitura das notas fiscais de fls. 18/40 dos autos da ação principal.

O Diretório Estadual de São Paulo do PT assumiu a dívida do Comitê Financeiro SP Único, conforme documento de fl. 3 dos autos da ação principal.

Inviável reconhecer, no caso concreto, uma "implícita responsabilidade solidária" entre os coexecutados, como argumenta a agravada (fl. 700).

É que a solidariedade não se presume, pois, somente resulta da lei ou da vontade das partes (artigo 265 do CC).

O artigo 17, inciso I da Constituição Federal, ao dispor sobre o caráter nacional dos partidos políticos, não traz qualquer disposição, a respeito da

Acesso ao Sumário

existência de solidariedade entre os diretórios componentes dos partidos nos níveis nacional e estadual.

Salienta-se que o artigo 15-A da Lei 9.096, que dispõe sobre partidos políticos, determina que: "**A responsabilidade, inclusive civil e trabalhista, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária.**"

Além disso, o artigo 28 da supracitada lei dispõe que:

"§ 4º Despesas realizadas por órgãos partidários municipais ou estaduais ou por candidatos majoritários nas respectivas circunscrições **devem ser assumidas e pagas exclusivamente pela esfera partidária correspondente**, salvo acordo expresso com órgão de outra esfera partidária.

§ 5º Em caso de não pagamento, as despesas **não poderão ser cobradas judicialmente dos órgãos superiores dos partidos políticos, recaindo eventual penhora exclusivamente sobre o órgão partidário que contraiu a dívida executada.**"

Por fim, o artigo 854 do CPC determina que:

"§ 9º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que **tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados**, na forma da lei."

Observe-se que o inciso XI do artigo 833 do CPC "considera absolutamente impenhoráveis os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido politico, nos termos da lei." Ressalte-se que atrelada a esse dispositivo tem-se a regra do artigo 854, parágrafo 9º: "Quando se tratar de execução contra partido politico, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a divida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei." Nesse sentido, inclusive o artigo 15-A da Lei 9.096 de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos). (vide Marcelo Abelha, Manual de Execução Civil, forense, 6ª ed., página 128/129)

"O parágrafo 9º do artigo 854 do CPC permite, mediante requerimento do exequente, que eventuais depósitos em nome de órgão de partido político

Acesso ao Sumário

possam ser indisponibilizados e depois convertidos em penhora, mediante a utilização do sistema Bacenjud. Contudo, a instituição financeira somente poderá bloquear os ativos financeiros em nome do órgão partidário que tenha contraída a dívida executada ou que tenha dado causa à violação do direito ou ao dano, pois, somente a este órgão caberá exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados na forma da lei. Se o ato foi praticado por diretório do partido politico municipal, não poderão ser bloqueados valores do diretório estadual ou nacional. A mesma regra se encontra no artigo 15-A da Lei 9.096/95, com a redação dada pela Lei 12.034 de 2009" (Vide Artur César de Souza, *in* Código de Processo Civil, anotado, comentado e interpretado, Almedina, 2015, volume III, página 833).

Dessa forma, conforme determina o ordenamento jurídico, não é possível impor a responsabilidade do Diretório Nacional do PT pela dívida cobrada na presente execução, pois, não há documento que comprove ter esse assumido a responsabilidade pela dívida em questão, diferentemente do que ocorreu com o Diretório Estadual, sendo parte ilegítima para figurar na presente ação de execução.

O fato de inexistir autonomia financeira do Diretório Regional para o pagamento da dívida, não significa a existência de solidariedade entre os coexecutados, ou possibilidade, de execução conta o agravante, se o mesmo não é parte no título executivo em questão.

Por outro lado, as questões referidas pela agravada, no sentido de que o Diretório Nacional, se beneficiou dos serviços prestados, ocorrendo, em tese, enriquecimento ilícito ou danos causados, existindo, assim, hipótese de incidência dos artigos 186, 187 e 927 todos do Código Civil (como referido na petição inicial da execução - fl. 10 do processo original), somente podem ser debatidas através das vias ordinárias, e não no âmbito de um processo de execução, pois, a execução somente pode ser formulada contra quem é parte no título executivo.

A agravante refere-se à existência de da ADC 31 (fl. 707), mencionado um parecer do Ministério Público, mas não demonstra que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 15-A da Lei 9.096/95, efetivamente ocorreu.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para declarar a ilegitimidade do Diretório Nacional do PT, julgando extinta a execução com relação a ele, com a insubsistência de valores penhorados de titularidade do Diretório Nacional do PT. Não cabe a fixação de honorários advocatícios em julgamento de exceção de pré-executividade.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 30346)

Vistos.

Acompanho o voto do Exmo. Des. Relator, quanto ao provimento do recurso, pelos seguintes fundamentos:

Isto porque, além de não existir solidariedade entre as esferas partidárias municipal, estadual e nacional, no caso dos autos, conforme expressamente admitido pela parte agravada, o débito exequendo decorre da prestação de serviços gráficos a candidatos eleitos a deputado estadual e federal, ou seja, de eleição realizada no âmbito estadual e não nacional, como acontece com a eleição presidencial.

Nesse sentido, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, ante a inexistência de solidariedade entre as esferas partidária municipal, estadual e nacional, a orientação do julgado extraído do site deste Eg. Tribunal de Justiça: "Ação monitória. **Nota fiscal de serviços prestados a partido político no âmbito municipal. Ação ajuizada em face do Diretório Estadual e do candidato. Inadmissibilidade. Débito que não foi assumido pelos réus. Ausência de solidariedade entre as esferas partidárias municipal, estadual e nacional. Exegese dos artigos 15-A e 28, §§4º e 5º da Lei nº 9096/95. Ilegitimidade passiva reconhecida. Processo extinto sem resolução do mérito. Sentença mantida.** Recurso improvido" (32ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0020805-58.2013.8.26.0344, rel. Des. Ruy Coppola, j. 19/11/2015, o destaque não consta do original).

MANOEL RICARDO REBELLO PINHO, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2200102-14.2017.8.26.0000, da Comarca de Junqueirópolis, em que é agravante FILOMENA APARECIDA GOMES (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Vencida a 2ª Desembargadora, que declara voto contrário". **(Voto nº 38.671)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e CARLOS ABRÃO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 28 de março de 2018.
THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Tutela provisória de urgência - Medida visando a suspensão de descontos no benefício previdenciário da autora a título de reserva de margem consignável - Admissibilidade - Art. 300 do CPC - Não é possível exigir que o autor produza prova negativa sobre a contratação impugnada - Verossimilhança das alegações da autora configurada - Perigo de dano demonstrado, haja vista que os valores de reserva de margem consignável são descontados do benefício previdenciário que possui caráter alimentar - Concessão da tutela antecipada - Recurso provido.

VOTO

O presente agravo de instrumento foi interposto contra a r. decisão (fls. 23/24 dos autos principais) que, nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. repetição de indébito e indenização por danos morais, com pedido de tutela de urgência ajuizada contra o agravado, indeferiu tutela provisória de urgência visando que o requerido suspenda os descontos denominados Reserva de Margem Consignável (RMC), em relação ao benefício previdenciário recebido pela autora.

Insurge-se a agravante, sustentando que *em virtude da taxa mais baixa, a autora se viu atraída, e em razão de sua necessidade financeira, contratou o referido empréstimo. Contudo a Requerida, imbuída de má-fé e ao arrepio da Lei, impôs a Autora chamada RESERVA DE MARGEM CONSIGNADA, com a imposição clara de venda casada de um Cartão de Crédito. Em razão disso, são descontados indevidamente de seu benefício todos os meses valores referente a concessão de um cartão de crédito o que não foi solicitado, e em razão deste estão sendo realizados descontos em sua folha de pagamento. Além do claro prejuízo que este serviço qual NÃO FOI REQUISITADO implica, a autora tem que arcar mensalmente por ele.* Postula, por isso, a reforma da r. decisão.

Recurso preparado, recebido com a concessão da tutela de urgência requerida. Não houve apresentação de contraminuta pela parte contrária.

É o relatório.

A irresignação da agravante merece ser acolhida.

Dispõe o artigo 300 do Código de Processo Civil que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do

direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A presente ação versa sobre contrato de empréstimo consignável, alegando a demandante que jamais pretendeu obter e utilizar o cartão de crédito que lhe foi imposto, aduzindo que requereu e autorizou empréstimo consignado e não cartão de crédito com Reserva de Margem Consignável, que está incidindo sobre seu benefício previdenciário.

Pois bem, há probabilidade do direito perseguido pela demandante, pois, não se pode exigir desta que prove a inexistência de fato e, presumindo-se a boa-fé, confere-se, em tese, verossimilhança às suas alegações, incidindo no caso, outrossim, o Código de Defesa do Consumidor. Ademais, os descontos são feitos diretamente no seu benefício previdenciário, o que pode vir a comprometer sua subsistência.

O agravado, por sua vez, não respondeu o presente recurso, não havendo, por isso, ao menos por enquanto, demonstração de sua utilização e de sua contratação, prevendo expressamente a Reserva de Margem Consignável.

Por outro lado, evidente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à autora, ante a natureza alimentar de seus proventos, que visam atender suas necessidades básicas.

Conclui-se, portanto, que a irresignação da agravante merece ser acolhida, determinando-se a suspensão dos descontos feitos em seu benefício previdenciário, a título de "reserva de margem consignável".

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 32821)

Verifica-se que na presente ação a autora-agravante alega que, não obstante não haver contratado reserva de margem consignada relativamente à utilização do cartão de crédito, está ocorrendo desconto mensal em seu benefício previdenciário.

Mas, como cediço, a tutela de urgência é concedida somente quando da existência de "elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300 do CPC).

Nesse sentido, não obstante as alegações iniciais, e tendo em conta os diversos casos assemelhados que já decidi a respeito do mesmo tema, entendo que se deve aguardar a instrução processual para a apuração da verdade dos fatos, inclusive porque expressamente admite a agravante que, atraída por taxas mais baixas, firmou contrato de empréstimo consignado com o banco.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial deste E. TJSP:

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TUTELA PROVISÓRIA EXCLUSÃO DE RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL DESCABIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA - Pedido de tutela antecipada para exclusão da reserva de margem consignável (RMC), sob a alegação de que não houve contratação de cartão de crédito fornecido pelo banco réu - Descabimento - No caso em discussão, inexistem elementos que evidenciem a probabilidade do direito, notadamente em razão de o feito ainda carecer de maior dilação probatória - Ausência dos requisitos do artigo 300 do CPC/2015, aliada ao fato de o banco agravante ter apresentado documento que demonstra a contratação, pelo autor, do cartão de crédito consignado com autorização para desconto em folha de pagamento - Decisão reformada - RECURSO PROVIDO." (TJSP, AI. 2189634-88.2017.8.26.0000, Rel. Sérgio Shimura, 23ª Câmara de Direito Privado, j. em 17/01/2018 - grifei).

"AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE DE CONTRATAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC). PEDIDO LIMINAR DE PARALISAÇÃO DE DESCONTOS FEITO EM FOLHA DE PAGAMENTO. INCABÍVEL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS MENCIONADOS NO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. No caso concreto, o direito ventilado pelo recorrente não goza de plausibilidade. Além disso, o 'print' de consulta de empréstimos emitido pelo INSS pouco esclarece sobre os fatos narrados pelo recorrente e, por isso, a frágil prova apresentada pelo agravante não ampara suas argumentações. Diante da ausência dos requisitos mencionados no artigo 300 do Código de Processo Civil, a cautela impõe que se aguarde o exercício da defesa pela ré no processo. Agravo não provido." (TJSP, Apel. 2207462- 97.2017.8.26.0000, Rel. Sandra Galhardo Esteves, 12ª Câmara de Direito Privado, j. em 08.01.2018 - grifei).

"TUTELA DE URGÊNCIA - Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. indenizatória por danos morais - Pedido de suspensão de descontos relativos a reserva de margem consignável de benefício previdenciário - Ausência da verossimilhança das alegações - Requisitos exigidos para a concessão da medida não preenchidos - Decisão mantida - Recurso não provido." (TJSP, Apel. 2211781-11.2017.8.26.0000, Rel. Paulo Pastore Filho, 17ª Câmara de Direito Privado, j. em 14.12.2017).

Ainda, cabe ressaltar que ações deste tipo vêm sendo ajuizadas de forma repetitiva e em massa, razão pela qual recomendável, de fato, a vinda de elementos mais concretos aos autos para apreciação, inclusive com dilação probatória, se o caso.

Diante de tal quadro, em cognição sumária, é prudente a manutenção da situação fática.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, negaria provimento ao recurso.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, 2ª Desembargadora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023762-84.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é agravante MAXSUEL VITORIO DA SILVA, é agravado LUIZ MANOEL DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46074t.)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente) e LÍGIA ARAÚJO BISOGNI.

São Paulo, 2 de abril de 2018.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO POR TITULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM SENTENÇA.

1. Tendo em vista a procedência do pedido executivo, restou bem delineada a probabilidade do direito do autor.

2. De outro lado, nada nos autos corrobora as teses do devedor. Não há nenhum indício de agiotagem, tampouco de descumprimento de cláusula contratual. Assim, ao menos por ora, não se vislumbram elementos que possam afastar a tutela concedida.

3. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maxsuel Vitorio da Silva contra r. decisão copiada às fls. 32/34 que, em ação de execução proposta por Luiz Manoel da Silva, determinou a imediata imissão do autor na posse do imóvel descrito na inicial.

O agravante alega que não se tratava de contrato de compra e venda

Acesso ao Sumário

de imóvel, mas apenas garantia de troca de cheques. Ter havido agiotagem e ilicitude do contrato; não ter sido respeitada a cláusula de recompra.

Recurso bem processado e respondido, tendo sido indeferida a tutela recursal pleiteada.

O feito foi distribuído à 2ª Câmara de Direito Privado desta Corte, e o Relator sorteado, Dr. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, no despacho de fls. 60/61, requereu sua redistribuição, em razão da competência, o que foi deferido pelo despacho da Presidência da Seção de Direito Privado às fls. 62.

É o relatório.

De início, deixa-se de decretar a intempestividade do recurso, porquanto o patrono constituído pelo recorrente não teria sido intimado da decisão agravada, que ocorreu em nome da curadora especial.

Conforme inicial da ação de execução, movida por Luiz Manoel da Silva, as partes firmaram contrato de venda e compra de imóvel. Apesar do pagamento e da inexistência de condições suspensivas ou resolutivas, o vendedor (Maxsuel) teria se negado a entregar o bem.

O devedor não foi localizado, por isso foi citado por hora certa na pessoa de sua esposa.

A defesa ocorreu, então, por meio de curadora especial, que apresentou contestação. Diante da inadequação do meio, essa defesa não foi conhecida.

O devedor, diante disso, por meio de procurador constituído, apresentou embargos à execução, peça que também foi indeferida.

Conforme se observa do contrato de fls. 18/20 dos autos originais, firmado em 30.9.2015, teria havido compra e venda de lote de um imóvel. Trata-se de contrato de compra e venda, e não de negociação ou troca de cheques. O comprador teria efetuado pagamento à vista. Na cláusula de recompra, o vendedor (Maxsuel, ora agravante) comprometeu-se a comprar de volta o mesmo imóvel, pelo mesmo preço (R$ 120.000,00), até janeiro de 2016. Antes desse prazo, o comprador estaria proibido de negociar o bem com terceiros.

Ultrapassado o prazo para recompra, o comprador notificou o vendedor (fls. 24 dos autos originais), informando-o acerca do descumprimento do compromisso de recompra e exigindo, com isso, o bem por ele adquirido.

Em que pesem as alegações do comprador, ora agravante, nada nos autos corrobora a tese de agiotagem ou troca de cheques.

A cláusula de recompra foi obedecida; era o vendedor que deveria ter procurado o comprador, até janeiro de 2016, para efetuar a recompra. Foi ele quem se comprometeu a fazê-lo. Nada informa dever de o comprador receber senão o mesmo valor da compra, não havendo descumprimento, por parte deste, se ele não aceitou renegociação em termos diversos.

Acesso ao Sumário

Com isso, a tutela antecipada concedida na sentença, para imediata imissão do autor na posse do imóvel, não pode ser reformada, ao menos por ora.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012401-70.2018.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante MARIA FATIMA DE SIQUEIRA, é agravada PORTO SEGURO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS 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 16405)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e ELÓI ESTEVÃO TROLY.

São Paulo, 4 de abril de 2018.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: SUSPENSÃO DE LEILÃO JUDICIAL APÓS PROCEDIMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE - Aquisição imobiliária mediante garantia fiduciária - Recorrente que teve prévia ciência da designação do leilão, não podendo alegar desconhecimento - Suspensão que só cabe mediante purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação - Decisão mantida - Agravo de instrumento desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto diante da r. decisão de fls. 337 que, à luz do que foi decidido a respeito pelo Tribunal em agravo de instrumento anterior, no sentido de que há possibilidade de o imóvel ir a leilão desde que precedida intimação da devedora para as datas previamente, negou suspensão do leilão designado para 11.12.2017.

Aduz a recorrente que o bem teve a propriedade consolidada pelo credor e a agravante não fora intimada das datas dos leilões em 11.12.2017. Os fatos deveriam ser imediatamente apreciados. O contrato seria terreno fértil para

Acesso ao Sumário

inserção de cláusulas abusivas. Haveria desrespeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Não se observaram ainda os princípios da isonomia, boa-fé objetiva e razoabilidade. Haveria que se proceder à mediação. Busca suspensão do leilão, dos seus efeitos e manutenção de posse, inclusive em face de eventual arrematante.

É o relatório.

Primeiramente, de se notar que a recorrente afirma conhecimento acerca das datas do leilão (fls. 05), não se podendo olvidar que tal já ficou no passado, não cabendo mais a esta altura a suspensão como proposta.

Aliás, quando pediu suspensão do leilão em primeiro grau (petição de fls. 326/328 protocolizada em 06.12.2017 nos autos originários), demonstrou a agravante que do praceamento tinha prévio conhecimento, não podendo alegar surpresa.

Nesta oportunidade, se o praceamento restou frutífero ou não, não há mais o que suspender. Se alguém adquiriu, isso já ocorreu, não cabendo também, pura e simplesmente, invalidar o ato em agravo de instrumento tirado de processo alheio em que não teve participação, ausente a urgência ou perigo de dano irreparável, já que continua a agravante na posse, ao menos segundo o que há até agora.

De pagar a dívida nada aventa e já houve uma suspensão que lhe permitiu tempo hábil para tal providência.

Notável que a recorrente fala genericamente em cláusulas abusivas, mas não se digna a dizer quais seriam. Tampouco indicou o que entende estar sendo cobrado abusivamente, apesar de que desde o agravo anterior teve ciência da existência do procedimento extrajudicial que redunda na perda dos direitos sobre o imóvel.

Por fim, a mediação não é obrigatória e sem o pagamento de qualquer importância ou mesmo sem que a devedora acene com qualquer proposta de solução amigável, está fadada ao insucesso.

Quisesse suspender o leilão, cabe ou cabia à agravante purgar a mora antes da assinatura do auto de arrematação. Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"No âmbito da alienação fiduciária de imóveis em garantia, o contrato não se extingue por força da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, mas, sim, pela alienação em leilão público do bem objeto da alienação fiduciária, após a lavratura do auto de arrematação. Considerando-se que o credor fiduciário, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, não incorpora o bem alienado em seu patrimônio, que o contrato de mútuo não se extingue com a consolidação da propriedade em nome do fiduciário, que a principal finalidade da alienação fiduciária é o adimplemento da dívida e a ausência de prejuízo para

o credor, a purgação da mora até a arrematação não encontra nenhum entrave procedimental, desde que cumpridas todas as exigências previstas no art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966. O devedor pode purgar a mora em 15 (quinze) dias após a intimação prevista no art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/1997, ou a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação (art. 34 do Decreto-Lei nº 70/1966). Aplicação subsidiária do Decreto-Lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário a que se refere a Lei nº 9.514/1997" (REsp 1462210/RS, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª T., j. 18/11/2014, DJe 25/11/2014).

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012099-41.2018.8.26.0000, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é agravante WELLINGTON SCARPARO BOTARO, é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, com observação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8449)**

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

São Paulo, 5 de abril de 2018.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de execução de título extrajudicial - Decisão que rejeita a impugnação à penhora ofertada pelo executado e o mantém no cargo de depositário - A simples constatação do estado de deterioração dos veículos penhorados não torna nula a constrição levada a efeito, pois até sucata tem valor econômico - O agravante devedor não está obrigado a aceitar o encargo de fiel depositário - Exegese do art. 5º, II, da CF - Aplicação da Súmula 319 do C. STJ - Precedentes desta Corte de Justiça - Na recusa cabe ao juízo da execução nomear outro depositário, removendo-se o

Acesso ao Sumário

bem a ele, o que poderá recair na pessoa do exequente ou em quem ele indicar, afora a hipótese de alienação antecipada - Decisão na questão modificada. Recurso parcialmente provido, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial que o agravado move em face dos agravantes, rejeitou a impugnação à penhora ofertada pelo executado e o manteve no cargo de depositário.

Sustentam os agravantes, em síntese, que: a) "*Uma vez que constatado o estado de deterioração dos veículos, deveria a penhora realizada ter sido declarada nula pelo r. juízo*"; b) deve ser nomeado fiel depositário diverso, já que declinou de tal nomeação, a teor da Súmula 319 do C. STJ.

Negado efeito suspensivo ao recurso (fls. 34), que é tempestivo, foi preparado (fls. 31/32) e respondido (fls. 38/43).

É o relatório.

Nos autos da ação de execução de título extrajudicial que o agravado move em face dos agravantes, o MM. Juízo "a quo" rejeitou a impugnação à penhora ofertada pelo executado e o manteve no cargo de depositário, ao fundamento de que:

> *"Acolho a manifestação do exequente (fls. 214-216) e, por conseguinte, indefiro a impugnação apresentada pelo executado acerca da penhora dos veículos e sua recusa a assumir o compromisso de depositário (fls. 204-207 e 208). Com efeito, impugnação e recusa são imotivadas. As diligencias junto ao Sistema Renajud do Detran apontaram que os veículos indicados estão em nome do executado (fls. 184-190). A penhora foi reduzida a termo (fl. 197) e o executado intimado de que foi investido no cargo (fl. 202). Ademais, não houve a apresentação de qualquer documento comprobatório de eventual alienação dos veículos e seu estado de conservação, o que será efetivado posteriormente através de avaliação. Em tais situações, a jurisprudência tem admitido a nomeação do executado pelo juiz, senão vejamos: 'PENHORA Execução Recusa injustificada dos executados em assumirem o encargo de depositário do bem Inadmissibilidade (2º. TACivSP) RT 739/332'; Assim, indefiro a impugnação, mantenho o executado Wellington Scarparo Botaro no cargo de depositário e determino que o exequente se manifeste em termos de prosseguimento, requerendo o que entender pertinente".*

A simples constatação do estado de deterioração dos veículos penhorados não torna nula a constrição levado a efeito, pois até sucata tem valor econômico.

Acesso ao Sumário

No entanto, o agravante declinou de sua nomeação como depositário dos bens objeto da penhora (fls. 28).

A questão é objeto da Súmula 319 do Colendo Superior Tribunal de Justiça estabelecendo que "***O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado***".

E dispõe o art. 5º, II, da Carta da República que: "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

Neste contexto, o agravante devedor não está obrigado a aceitar o encargo de fiel depositário.

E esta Corte de Justiça vem entendendo que o executado não está mesmo obrigado a assumir a condição de depositário do bem penhorado que lhe foi compulsoriamente imposto pelo Juízo:

> "*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de título extrajudicial - Penhora de imóvel - Depositário - Nomeação do executado - Decisão que não acolheu a expressa recusa ao encargo Inadmissibilidade - Múnus que não pode ser coercitivamente imposto ao devedor - Cabimento da rejeição - Orientação firmada na Súmula 319 do STJ - Decisão reformada - Recurso provido.* (Agravo de Instrumento nº 2182194-75.2016.8.26.0000 - 17ª Câmara de Direito Privado Relator Irineu Fava j. em 11.01.2017)
>
> "*EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Penhora de semoventes - Nomeação do devedor como fiel depositário, que rejeita o 'múnus' atribuído - Cabimento da rejeição - Orientação firmada na Súmula 319 do STJ - Decisão reformada - Recurso provido.* (Agravo de Instrumento nº 2158586-14.2017.8.26.0000 - 17ª Câmara de Direito Privado Relator Paulo Pastore Filho j. em 27.11.2017)
>
> "*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título extrajudicial. Penhora. Decisão que manteve a executada como fiel depositária do imóvel penhorado. Insurgência da devedora. Cabimento. Nomeação de depositário. Encargo não compulsório. Súmula 319 do STJ. Decisão reformada. Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2127899-88.2016.8.26.0000 - 24ª Câmara de Direito Privado - Relator Walter Barone - j. em 1º.09.2016)

Em suma: se houve recusa expressa do devedor, cabe ao juízo "a quo" nomear outro depositário, removendo-se o bem a ele, inclusive podendo recair na pessoa do exequente ou de quem ele indicar, afora a hipótese de alienação antecipada.

Nessa quadra, a decisão na questão é modificada, com observação.

Pelo exposto, *DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO* ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2234089-41.2017.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante INSTITUTO DE IDIOMAS SÃO CARLOS S/C LTDA., é agravado REVIVRE ESPERANÇA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28036)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente sem voto), MAURO CONTI MACHADO e COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 12 de abril de 2018.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - Imóvel arrematado com carta registrada - Pedido de imissão de posse - Imóvel ocupado por terceiros em decorrência de contrato de locação - Descabimento da imissão contra o locatário - Enquanto não resolvida a locação a imissão não alcança o terceiro - Precedentes da Corte - Recurso provido.

VOTO

1. Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão de fls. 28, proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Carlos Castilho Aguiar França, que nos autos da ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Itaú Unibanco S/A contra Sbel Distribuidora de Bebidas Ltda. e outros, determinou a expedição de mandado para imissão da arrematante na posse do imóvel constrito.

Insurge-se o agravante contra decisão pretendendo a sua reforma ou para suspender a expedição do mandado de imissão de posse, caso esteja em mãos da arrematante, que seja suspensa, para ordem, evitar dano irreparável ou prejuízo evidente ao direito do agravante.

O agravo recebido e processado com atribuição de efeito suspensivo (fls. 47/48).

Foram recolhidas as custas de preparo (fls. 21).

Acesso ao Sumário

Contraminuta a fls. 51/53.

É o relatório.

2. A questão posta em discussão se resume a concluir que enquanto não resolvida a locação, descabe a imissão de posse contra terceiro ocupante do imóvel arrematado.

Esse é o princípio que se prestigia, em detrimento do direito da arrematante.

Nesse sentido, dentre outros:

Agravo de Instrumento nº 2230934-30.2017.8.26.0000

Agravante: Cristiane Flori Correia e outro

Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo, Miguelão Indústrias Plástico Metalúrgica Ltda.

Interessados: José Adeilton dos Santos e outros

Juíza prolatora: Priscila Midori Maizato

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO CIVIL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL. IMISSÃO NA POSSE. TERCEIROS OCUPANTES. Impossibilidade de expedição de mandado genérico de imissão na posse, contra todo e qualquer ocupante, de imóvel objeto de arrematação em hasta pública. Imissão na posse contra terceiros estranhos à relação processual da execução fiscal e dos embargos de terceiros opostos que resultaria na supressão do exercício da ampla defesa e do contraditório. Inadequação da via eleita caracterizada. Imprescindibilidade da utilização de ação autônoma. Decisão mantida. Recurso desprovido.

É fato que a locatária foi notificada acerca do desinteresse na continuidade da locação, conforme exposto pela agravada, mas caso desrespeitada a notificação, somente a ação própria é que servirá ao propósito da desocupação.

É da boa doutrina de Araken de Assis, que se extrai a lição:

"*... as locações anteriores à afetação do bem ao processo, portanto eficazes, ostentam disciplina particular e, às vezes, ao adquirente cumpre respeitá-las. (...) Na locação de imóvel urbano, seja qual for sua destinação, governada pela Lei 8.245, de 18.10.1991, a alienação do imóvel torna denunciável o vínculo (art. 8º, caput, 1ª parte). O conceito de 'alienação' abrange a alienação forçada e a adjudicação. Tem o adquirente o prazo de noventa dias, contados do registro, para efetivar a denúncia (art. 8º, § 2º) de forma análoga dispõe, relativamente à locação dos imóveis, em geral, o art. 576, § 2º, do CC-02, sob pena de recondução tácita do pacto (...). Feita no prazo a denúncia, a demanda despejatória poderá ser ajuizada a qualquer tempo, segundo a jurisprudência do STJ. Também aqui, a teor do art. 8º, caput, 2ª parte, manter-se-á a locação*

imune à denúncia do adquirente se o contrato por prazo determinado contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do mesmo." (Manual da Execução, 11ª ed., RT, São Paulo: 2007, p. 708).

E é curioso que a agravada noticie o interesse da locatária em firmar contrato de locação, o que no entender da relatoria configura possibilidade dela se manter na locação, em prejuízo da desocupação e do pedido de imissão de posse. De qualquer forma, após o decurso do prazo da notificação (recebida em 16 de novembro de 2017 - fls. 61) é que a parte terá a ação para a desocupação, conforme ela própria deixou certo nos termos da notificação (fls. 60).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2226860-30.2017.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que são agravantes SANDRO ROBERTO BOAVENTURA DE ALMEIDA e SPACE SOUND SOM AUTOMOTIVO LTDA. - ME, é agravada SANDRA GONZAGA DE TOLEDO DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.509)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente) e MORAIS PUCCI.

São Paulo, 19 de fevereiro de 2018.

GILBERTO LEME, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PENHORA EFETIVADA EM VEÍCULO UTILIZADO PELO EXECUTADO EM SUA ATIVIDADE LABORATIVA. IMPENHORABILIDADE. POSTERIOR PERDA TOTAL DO VEÍCULO. SUB-ROGAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. ART. 833, INC. V, DO NCPC. Evidenciado que o veículo penhorado é

utilizado como ferramenta de trabalho do executado, mostra-se impenhorável, a teor do disposto no art. 833, V, do NCPC. Assim, diante de posterior perda total do veículo em razão de acidente de trânsito, ocorreu a sub-rogação do valor da indenização do seguro, pelo que também é impenhorável e não pode ser objeto de depósito judicial pela seguradora. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto à r. decisão que em ação de indenização por danos materiais e morais decorrente de acidente de trânsito em fase de cumprimento de sentença, determinou à seguradora proceder ao depósito judicial do valor da indenização do seguro do veículo sinistrado.

Em suas razões recursais, o agravante alega que o valor da indenização do seguro do veículo é impenhorável, uma vez que o bem era utilizado para o exercício de sua profissão de motorista vinculado à plataforma Uber.

Agravo tempestivo, recebido sem efeito suspensivo e respondido.

É o relatório.

O artigo 833, V, do atual Código de Processo Civil disciplina que:

"Art. 833: São absolutamente impenhoráveis:

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos e outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão do executado".

Com fundamento na norma acima, o agravante busca impedir o depósito judicial do valor da indenização do seguro do veículo sinistrado pela seguradora, sob a alegação de que o utilizava como ferramenta de trabalho, tendo em vista que labora como prestador de serviços aos usuários da plataforma Uber, sendo certo que tal depósito impedi-lo-ia de adquirir novo veículo e, consequentemente, de prosseguir com o exercício de sua atividade.

Pois bem. Depreende-se dos autos principais que, em resposta ao ofício expedido pelo MM. Juiz de Direito, o serviço de atendimento do aplicativo Uber informou que o agravante possui cadastro ativo em sua plataforma desde 10.10.2016 e realizou 8.217 viagens (fls. 184/185). Por certo que referido trabalho depende de veículo para transportar os passageiros.

Dessa forma, considerando que o veículo era utilizado como ferramenta de trabalho do executado, mostra-se impenhorável a teor do disposto no art. 833, inc. V, do NCPC. Assim, diante de posterior perda total do veículo em razão de acidente de trânsito, ocorreu a sub- rogação do valor da indenização do seguro, pelo que também é impenhorável e não pode ser objeto de depósito judicial pela

Acesso ao Sumário

seguradora.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013529-28.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SILVIO ALTMAN, é agravado CONDOMÍNIO PORTAL DA CIDADE.

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 12.531)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2018.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Condomínio. Tutela de Urgência de Natureza Antecedente. Pretensão a que possa livremente locar seus imóveis por temporada e mediante uso de aplicativos, bem como para que seja afastada a restrição de uso das áreas comuns pelos inquilinos. Locação por uso de aplicativos ou páginas eletrônicas ('Airbnb' e afins) que possui finalidade característica de hotelaria ou hospedaria. Deliberações tomadas em Assembleia Geral Extraordinária, por medidas de segurança aos condôminos. Indeferimento inicial que se mantém, pela inexistência de elementos que evidenciem o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ausência dos pressupostos do art. 300, CPC. Decisão mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo Instrumental interposto por SILVIO ALTMAN contra a r. decisão de fls. 75/76, na origem, que, em Tutela de Urgência de Natureza Antecedente, ajuizada em face de CONDOMÍNIO PORTAL DA CIDADE, indeferiu a liminar, porque a questão foi exaustivamente discutida em assembleia, ocasião

em que restou decidido, por motivos de segurança, entre outras razões, pela proibição das locações com finalidade comercial por curto prazo, mediante uso de aplicativos (Airbnb e assemelhados), não se verificando ofensa explícita ao direito de propriedade, por possuir a locação de curto período por aplicativos verdadeiro caráter hoteleiro, incompatível com a destinação residencial do Condomínio.

Na minuta recursal, após relatar os fatos, sustenta o autor que a proibição de locação por curto período, tomada em assembleia, restringe o uso da propriedade privada. Sustenta que tal proibição sequer estava prevista no edital de convocação, que não foi enviado ao agravante, o que gera nulidade absoluta das decisões tomadas. Aduz que, embora não tenha sido regularmente convocado, compareceu espontaneamente na assembleia e votou contra a aludida restrição. Entende que deve prevalecer o direito constitucional de propriedade e a destinação das locações por aplicativos como sendo para fins estritamente residenciais. Pede a reforma da decisão, para permitir a locação residencial por temporada e o uso das áreas comuns, pelos inquilinos.

Recurso tempestivo, preparado, processado sem tutela antecipada recursal, dispensando-se a intimação da parte contrária para contraminuta, porquanto não citada.

É o relatório.

Inicialmente, por se tratar de processo eletrônico, a menção às peças processuais observará o número das páginas dos autos, na origem, nos termos do artigo 1.017, § 5º, do Código de Processo Civil.

A decisão agravada foi lançada nos seguintes termos:

> "Vistos. Ciência da redistribuição.
>
> Silvio Altman ingressou com pedido de tutela antecipada de urgência, em caráter antecedente em face de Condomínio Portal da Cidade. Em síntese, alega a parte autora que se trata de condômino do edifício autor e, em assembleia realizada em 20 de dezembro de 2017, para a qual não foi regularmente convocado, deliberou-se pela proibição da locação das unidades por aplicativos e por temporada, o que no seu entender configura restrição ilegal ao direito de propriedade, e res restrição ao uso das áreas comuns Narra que, embora não tenha sido regularmente convocado, ainda assim compareceu à assembleia e manifestou radicalmente contra a restrição, contudo, constou da ata que houve aprovação unânime da proibição. Requer a tutela de urgência consistente em autorização para que possa livremente locar seus imóveis por temporada e por aplicativos e para que seja afastada a restrição ao uso das áreas comuns pelos inquilinos.
>
> É o relatório.

Acesso ao Sumário

DECIDO.

Pelo que se extrai da ata juntada a fls. 26/31, a questão foi exaustivamente discutida em assembleia, quando se deliberou, entre outras razões, por motivos de segurança, pela proibição das locações com finalidade comercial por curto prazo, mediante uso de aplicativos tal como 'Airbnb' e assemelhados. Não se verifica ofensa explícita a direito de proprietário, já que a da unidade para fins de locação de curto período por aplicativos, com verdadeiro caráter hoteleiro, efetivamente não se mostra compatível com a destinação residencial do condomínio.

Nesse mesmo sentido:

'Agravo de instrumento. Ação visando a anulação de deliberação condominial. Utilização do apartamento como hospedagem, por meio da plataforma eletrônica 'Air BNB'. Impossibilidade. Edifício de caráter residencial. Liminar revogada. Recurso provido.'(TJSP; Agravo de Instrumento 2133212-93.2017.8.26.0000; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2017; Data de Registro: 27/09/2017)

No mais, a assembleia é soberana em suas decisões, não sendo recomendável, a menos em caso de ofensa à lei, a interferência do Poder Judiciário nas questões condominiais, notadamente em juízo de cognição sumária.

Quantos aos alegados vícios formais, a questão depende de maior comprovação, já que os documentos que instruíram a inicial não são suficientes para conferir a plausibilidade ao argumento da parte autora.

Diante do exposto, INDEFIRO a tutela provisória.

Emende a parte autora a sua inicial, nos termos do artigo 303, § 6º, do NCPC, em 5 (cinco) dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Após, venham os autos conclusos para a análise da emenda à inicial ou extinção do processo. Int."

Em que pese o inconformismo do autor, a irresignação recursal não comporta acolhida.

A concessão da tutela de provisória de urgência, em sede de tutela cautelar antecedente, consoante dicção do artigo 300, do Código de Processo Civil, exige a presença de "*elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*", observando-se que a medida "*não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão*" (§ 3º).

Acesso ao Sumário

Segundo a sistemática processual vigente, aquele que pretende se beneficiar com a tutela de urgência deve comprovar a existência de elementos de informação, que conduzam à plausibilidade de suas alegações ('fumus boni iuris'), assim como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora na prestação jurisdicional ('periculum in mora'), além da reversibilidade dos efeitos da medida.

Assim, conquanto não se exija prova capaz de formar juízo de plena convicção, o requerente deve trazer aos autos elementos de informação sólidos, consistentes, aptos a proporcionar ao Magistrado a formação de um Juízo de probabilidade, quanto ao direito alegado.

Em semelhante conjuntura, em cognição sumária, não há elementos suficientes para a imediata revogação da decisão tomada em Assembleia Geral Extraordinária, pela qual restou proibida a locação com finalidade comercial por curto prazo, por meio de aplicativos, inclusive pelo portal 'Airbnb' e assemelhados, sendo admitida a locação do imóvel somente com finalidade residencial (fls. 26/31).

Nessa direção, os seguintes julgados deste Tribunal:

"Agravo de instrumento. Ação visando a anulação de deliberação condominial. Utilização do apartamento como hospedagem, por meio da plataforma eletrônica 'Air BNB'. Impossibilidade. Edifício de caráter residencial. Liminar revogada. Recurso provido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2133212-93.2017.8.26.0000; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2017; Data de Registro: 27/09/2017 - invocado na decisão agravada);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Interposição contra decisão que deferiu a tutela de urgência com determinação à ré a **abstenção de locar ou ceder o imóvel com finalidade característica de hotelaria ou hospedaria**, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00. Possibilidade de se determinar a antecipação dos efeitos da tutela determinada, diante da presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do artigo 294 e 300 do Código de Processo Civil de 2015. Observação com relação ao teto da incidência da multa (astreintes) em caso de eventual descumprimento da decisão. Decisão mantida, com observação."

(TJSP; Agravo de Instrumento 2047686-61.2017.8.26.0000; Relator (a): Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Rio Claro - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/05/2017; Data de Registro: 08/06/2017 - grifei)

Destaca-se, em sede de cognição sumária, somente para a análise da

Acesso ao Sumário

tutela de urgência, que a locação dos imóveis residenciais de propriedade do agravante, situados dentro do Condomínio, não são para uso meramente residencial, porque inegável a alta rotatividade de pessoas, já que, como bem pontuado pelo ilustre Magistrado, a locação de curto período por aplicativos possui verdadeiro caráter hoteleiro, corroborado o ato pela mensagem eletrônica entre o autor e o agravado, a respeito de um contrato firmado pelo agravante, para os dias 04 a 08 de janeiro do corrente ano (fls. 64/68).

Tal consideração pode ser corroborada por singela consulta ao '*site'* do 'Airbnb' (endereço eletrônico constante do texto original), que explicita:

> "Com o Airbnb, você tem controle total da disponibilidade, dos preços, das regras da casa e de como interagir com os hóspedes. Você pode definir os horários de check-in e cuidar do processo como quiser";
>
> "Conheça os hóspedes antes da chegada trocando mensagens com eles em nossa plataforma. A maior parte dos anfitriões limpa os espaços que os hóspedes podem usar (...)";
>
> "Com sistema de pagamento seguro do Airbnb, você nunca precisa lidar com o dinheiro diretamente. Os hóspedes são cobrados antes da chegada, e você é pago automaticamente após o check-in, menos os 3% da taxa de serviço"

Desta feita, ao menos nos estreitos limites de cognição deste recurso, não se vislumbra nenhum elemento apto a ensejar a concessão da tutela provisória, na forma pretendida, posto que a utilização da unidade condominial para hotelaria altera toda a rotina e a segurança do Condomínio.

Não se está a afirmar que inexiste prejuízo ao agravante, entretanto, em Juízo de cognição sumária, não estão presentes os requisitos para a medida excepcional, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil, de modo que melhor será relegar a matéria para apreciação oportuna.

No tocante ao pedido de autorização para uso das áreas comuns pelos inquilinos, certo é que a decisão agravada nada mencionou a respeito, de sorte que a matéria não poderá ser aqui conhecida, sob pena de violação do princípio de Instância.

Por fim, como bem determinado pelo douto Magistrado, "*quanto aos alegados vícios formais, a questão depende de maior comprovação, já que os documentos que instruíram a inicial não são suficientes para conferir a plausibilidade ao argumento da parte autora*".

Assim, não evidenciado o desacerto da decisão, o indeferimento inicial da tutela era mesmo de rigor.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2001252-77.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMINIO EDIFÍCIO PORTAL DO JABAQUARA e é agravado FERNANDO AUGUSTO MATTIUZZI.

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 AGRAVO, VENCIDO O TERCEIRO JUIZ, DES. CESAR LACERDA, QUE DECLARA VOTO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.240)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente sem voto), BERENICE MARCONDES CESAR e CESAR LACERDA.

São Paulo, 2 de março de 2018.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Se o imóvel não se encontra registrado em nome do réu e devedor, a penhora recai sobre os respectivos direitos e sua avaliação não constitui tarefa para leigo, como oficial de justiça.

VOTO

Credor de título judicial, condomínio agrava da respeitável decisão que, na fase de cumprimento de sentença, deferiu penhora sobre os direitos sobre o imóvel e indeferiu a avaliação por oficial de justiça, em que insiste. Insiste também na penhora do imóvel gerador do débito condominial e argumenta com a natureza *propter rem* da obrigação.

Houve preparo.

Foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo e veio resposta.

É o relatório.

Tal qual constou do despacho inicial deste agravo, se o imóvel não se encontra registrado em nome do réu e devedor, a penhora recai sobre os respectivos direitos e sua avaliação não constitui tarefa para leigo, como oficial de justiça.

Por isso, nega-se provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

(Voto nº 31.369)

Adotando o relatório lançado pelo eminente relator, peço licença para dissentir parcialmente de seu voto, por considerar que o art. 870 do Código de Processo Civil determina que a avaliação de bem penhorado seja realizada por oficial de justiça, ressalvando os casos em que sejam necessários conhecimentos especializados, ocasião em que o juiz nomeará avaliador de sua confiança.

Na hipótese de avaliação de bens imóveis, em regra, não se mostra essencial que o avaliador possua conhecimentos especializados, bastando tão somente que conheça o mercado imobiliário da região e as especificidades do bem a ser avaliado.

A dispensabilidade de avaliação por meio de perito especializado afigura-se evidenciada no caso vertente, em que o bem a ser avaliado consiste em direitos sobre a unidade condominial.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. AVALIAÇÃO DE IMÓVEL PENHORADO REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DE PROFISSIONAL ESPECIALIZADO NAS ÁREAS DE ENGENHARIA, ARQUITETURA OU AGRONOMIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É admitida a avaliação de bem imóvel levado à hasta pública realizada por oficial de justiça, uma vez que tal avaliação não se restringe às áreas de arquitetura, engenharia ou agronomia. Precedentes.

2. O Colegiado estadual julgou a lide com base no substrato fático-probatório dos autos e concluiu pela prescindibilidade de nova avaliação do imóvel. A revisão do julgado importa necessariamente no reexame de provas, o que é vedado em âmbito de recurso especial, ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

3. Agravo interno a que se nega provimento". (AgInt no AREsp 1004191/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 07/03/2017)

Nesse mesmo sentido, julgados deste C. Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Admissibilidade da penhora de direitos que o agravado detém sobre bem imóvel, nos termos do art. 835, XII, do CPC. Ausência de registro do compromisso de compra e venda que não obsta a constrição. Avaliação que respeitará o disposto nos arts. 870 a 875 do CPC. Recurso parcialmente provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2244449-69.2016.8.26.0000; Relator (a): Rodrigo Nogueira; Órgão Julgador: 6ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/10/2017; Data de Registro: 26/10/2017)

Todavia, uma observação se impõe: é facultado ao oficial de justiça declinar justificadamente da tarefa avaliatória, caso considere não possuir conhecimento do mercado imobiliário do local do imóvel.

A respeito da matéria, confira-se:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONDOMÍNIO. COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. A avaliação de bem imóvel penhorado deve, em regra, ser realizada por oficial de justiça, mas se este certificar, motivadamente, que não possui conhecimentos específicos para realizar a avaliação, caberá ao magistrado nomear avaliador. Decisão reformada. Recurso provido". (TJSP; Agravo de Instrumento 2082666-68.2016.8.26.0000; Relator (a): Felipe Ferreira; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 13ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/08/2016; Data de Registro: 25/08/2016)

Diante do exposto, mais uma vez prestando respeitosa vênia ao eminente relator, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

CESAR LACERDA, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2018297-94.2018.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante EDILEUZA CLAUDINO, são agravados CARLOS ALBERTO FERRADOSA PAULA e ELAINE ALVARENGA FERRADOSA PAULA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29017)**

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

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: JUSTIÇA GRATUITA - INDÍCIOS DE CAPACIDADE PARA CUSTEAR O PROCESSO SEM PREJUÍZO DA SUBSISTÊNCIA - DETERMINAÇÃO PARA COMPROVAR A

Acesso ao Sumário

INCAPACIDADE - DESCUMPRIMENTO - BENEFÍCIO INDEFERIDO POSSIBILIDADE. Havendo indícios de capacidade econômico-financeira e ausente comprovação idônea da alegada necessidade de obtenção da justiça gratuita, de rigor o indeferimento do benefício. AGRAVO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de fase de cumprimento de sentença homologatória de acordo firmado em despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança, em que a agravante figura como fiadora e executada.

O agravante alega ter juntado documentos que corroboram sua alegação de incapacidade para custar o processo sem prejuízo do sustento, razão pela qual faz jus ao benefício da justiça gratuita.

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

É o relatório.

O § 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil estabelece que para obter o benefício da gratuidade basta ao interessado fazer simples pedido, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural.

Entretanto, o § 2º do citado dispositivo estabelece que, havendo elementos de convicção que evidenciem capacidade econômico-financeira do requerente, o magistrado poderá intimá-lo para comprovar a alegação de insuficiência de recursos, sob pena de indeferimento do benefício.

No caso agravante foi intimada para comprovar a alegada incapacidade, uma vez que foi fiadora de contrato de locação e declarou se proprietária de quatro casas de aluguel, além de assinar acordo se comprometendo a pagar vinte e quatro prestações mensais de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Verifica-se que a recorrente alega estar desempregada, juntando cópia da segundo via da carteira de trabalho sem anotações, mas apresenta fatura de cartão de crédito com gastos mensais que, embora modestos, indica a existência de fonte de renda não declarada pela agravante.

Nestas circunstâncias, ausentes elementos de convicção suficientes para demonstrar a incapacidade econômica alegada pela agravante, correto o indeferimento da justiça gratuita, mormente tratando-se de fase de cumprimento de sentença, onde não há necessidade de pagamento de custas ou despesas processuais para que o executado apresente defesa.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2009492-55.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BIOVIDA SAÚDE LTDA., é agravado EXMO. SR. DESEMBARGADOR DA 2ª CAMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Grupo Reservado 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 11208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), CLAUDIO GODOY, AZUMA NISHI, FORTES BARBOSA, GRAVA BRAZIL, RICARDO NEGRÃO, CESAR CIAMPOLINI e ALEXANDRE LAZZARINI.

São Paulo, 23 de março de 2018.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Agravo interno - Mandado de segurança - Indeferimento da petição inicial por decisão monocrática do Relator (Lei nº 12.016/2009, art. 10, *caput*) - Argumentos em reprise - Manutenção - Decisão clara e suficientemente fundamentada no sentido da ausência de interesse processual da impetrante que utiliza o *writ* como sucedâneo recursal, bem, como de direito líquido e certo apto a justificar a cessação dos efeitos do ato judicial vergastado, não viciado por teratologia, ilegalidade ou abusividade - Agravo interno desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática do Relator que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança impetrado pela embargante e, por conseguinte, extinguiu o processo sem julgamento do mérito (fls. 1.069/1.075).

Com reprise dos argumentos expendidos no mandado de segurança

Acesso ao Sumário

extinto, insiste a agravante na concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (proc. 2200817-56.2017.8.26.0000) destinado a suspender a ordem de indisponibilidade dos bens exarada nos autos do incidente de responsabilidade solidária proposto pelas falidas (Itálica Saúde Ltda. e Italtac tecnologia na área de Cobrança Ltda.).

É o relatório.

Prejudicada a retração.

O Relator indeferiu a petição inicial do mandado de segurança e extinguiu o feito sem julgamento do mérito por ausência de interesse processual.

Eis o inteiro teor da decisão monocrática terminativa (fls. 1.069/1.075):

"*Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do eminente Desembargador Araldo Telles, integrante desta 2ª Câmara Especializada de Direito Empresarial, que, nos autos do agravo de instrumento nº 2200817-56.2017.8.26.0000 interposto pela impetrante, na qualidade de Relator indeferiu o pretendido efeito suspensivo.*

Alega a impetrante, em suma, que há violação a direito líquido e certo, eis que: 'não há indícios de atos da Impetrante que estejam dificultando ou impedindo a satisfação do crédito da massa falida, de forma que inexiste o periculum in mora necessário para que seja mantida a liminar concedida pelo r. Juízo de primeira instância, e, portanto, não há motivos para que seus ativos sejam bloqueados; inexiste elemento robusto capaz de afirmar com precisão de que ambas as empresas eram parte de um mesmo grupo econômico, o que só poderia ser concluído com a dilação probatória, o que certamente não ocorreu; o indeferimento da liminar causará graves danos à Impetrante, pois, uma vez retirado patrimônio seu para pagamento de dívidas das massas falida, a mesma está descumprindo determinação emanada pela ANS, e, consequentemente, estará impossibilitada de prestar os seus serviços como operadora de saúde; qualquer decisão de mérito a seu favor será inócua, posto que os prejuízos de impossibilidade de prestação de serviços de saúde, desemprego, paralisação da geração de renda e de circulação de riquezas já terão ocorrido, sem possibilidade de reversão'.

Ao final, a impetrante requer: 'a) a concessão da liminar, para determinar que o Impetrado conceda o efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 2200817-56.2017.8.26.0000, ao menos até o julgamento definitivo do presente Mandado de Segurança, de modo que o Juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Capital/SP se abstenha de praticar atos de constrição sobre o patrimônio da Impetrante nos autos do incidente processual nº 1051499-07.2017.8.26.0100; b) expedição do competente mandado para a notificação do MD. Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 2200817-56.2017.8.26.0000, em trâmite perante a 2ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, apontado como coator, para o fim de cientificar-lhes acerca da segurança concedida, e requisitar-lhe as informações de praxe no prazo legal; c) seja a ***ação julgada procedente****,*

Acesso ao Sumário

*com a concessão da segurança, confirmando-se a liminar, **para determinar que o Juízo Impetrado se abstenha definitivamente de praticar atos de constrição patrimonial sobre os bens de titularidade da Impetrante, até o julgamento final do Agravo de Instrumento nº 2200817-56.2017.8.26.0000**'.*

É o relatório.

A impetração de mandado de segurança contra ato judicial encontra hipóteses restritivas no artigo 5º da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

A decisão atacada deixou de atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pela impetrante, destinado a suspender a ordem liminar de indisponibilidade de bens exarada nos autos do incidente de responsabilidade solidária proposto pelas falidas em face de outras empresas (incluindo a impetrante), as quais, em tese, constituiriam juntamente com aquelas um único grupo econômico.

A decisão monocrática do eminente Relator, a qual restou inabalada com o não acolhimento do pedido de reconsideração, foi proferida nos seguintes termos:

'Nego a tramitação deste recurso em segredo de Justiça e o faço porque não encontro, no rol taxativo do art. 189 do Código de Processo Civil, previsão que se amolde ao caso. De resto, pese o longo arrazoado e a aflição por que passa a recorrente, suas razões não convencem, pelo menos por enquanto, do desacerto da r. decisão recorrida, suficientemente fundamentada e convincente da existência do grupo econômico. Ora, vê-se que o pedido formulado pelas massas falidas, com a notícia da existência do grupo econômico, a transferência irregular da carteira de planos de saúde da falida e o seu encerramento fraudulento, está fundamentado em sólido relatório da ANS (fls. 40/87 da origem), que, com relação à agravante, constatou a identidade de administradores com os da falida, além de comungar, com esta, idêntica estrutura administrativa e financeira. Além disso, a corroborar a suspeita da transferência, pelo menos em parte, da carteira de planos de saúde da falida à agravante, está a declaração desta, neste recurso, de que assumiu 18000 clientes dos 140.000 que aquela possuía. Se é assim, evidente a possibilidade de esvaziamento patrimonial e, diante das evidências de que a agravante compõe o grupo econômico da falida Itálica, nego o efeito suspensivo angustiado. Intime-se à contrariedade, requisitadas informações ao Juízo. Após, colham-se manifestação da administradora judicial e parecer da Procuradoria Geral de Justiça.'

O prazo legal para a interposição de recurso ao Órgão Colegiado - agravo interno - teve fluência entre 29.11.2017 e 24.01.2018 e, conforme apontam os elementos dos autos, transcorreu por inteiro sem que a impetrante recorresse.

O mencionado artigo 5º da Lei nº 12.016/2009 veda a impetração de mandado de segurança contra ato judicial do qual caiba recurso (inc. II) e que tenha transitado em julgado (inc. III).

Aqui, o ato tido como violador de direito líquido e certo não só era

Acesso ao Sumário

recorrível, como deixou de sê-lo no prazo legal, tudo a revelar o descabimento do presente mandamus.

Não se olvida a flexibilização desta regra nos casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais (STJ - RMS nº 22.806/AM, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 08.05.2007, DJ 23.05.2007; STJ - AgRg no MS nº 10.436/DF, Corte Especial, Rel. Min. Félix Fischer, j. 07.06.2006, DJ 28.08.2006; STJ - AgRg no RMS nº 15.870/GO, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 16.11.2004, DJ 17.12.2004; STJ - REsp nº 163.187/RO, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 24.10.2000, DJ 11.12.2000).

Todavia, o ato judicial atacado não se enquadra em qualquer dessas categorias de exceção.

Assim conclui-se que a impetrante se vale indevidamente do mandamus como sucedâneo recursal, sendo, pois, inequívoca a falta de interesse processual.

A respeito do interesse processual no mandado de segurança, valiosa a doutrina de José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (in 'Mandado de Segurança Individual e Coletivo - Comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009', 1ª ed., RT, 2009, p. 89), a saber:

'O mandado de segurança deverá ser utilizado quando o postulante puder comprovar, de plano, a existência de fato jurídico certo, determinado e inconteste, ou seja, o que comumente se denomina de direito subjetivo 'líquido e certo' (individual ou coletivo).

Todavia, em algumas hipóteses, o mandado de segurança não será a via adequada para a solução do litígio. Há situações em que, ainda que praticado o ato coator, o impetrante não terá a comprovação cabal de sua posição jurídica, através de prova pré-constituída, e necessitará de instrução probatória complementar (por exemplo, oitiva de testemunha). Isto inviabilizará a escolha do procedimento previsto na Lei 12.016/2009'.

Trata-se de circunstância impeditiva, imperativa e cognoscível monocraticamente para evitar que o mandado de segurança faça as vezes do recurso cabível contra decisão monocrática do Relator.

A reforçar a falta de interesse processual, não se vislumbra o direito líquido e certo invocado pela impetrante, já que a não concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento é decisão provisória que em nada prejudica o recurso e suas respectivas instrumentalidade e efetividade.

Ademais, a manutenção, até decisão final do recurso pelo Órgão Colegiado, da indisponibilidade dos bens das empresas que supostamente integram o grupo econômico das falidas é medida útil e legítima que visa impedir o esvaziamento de patrimônio e, por conseguinte, garantir a efetividade do processo, princípio fundamental do sistema processual vigente.

Dos termos do ato impugnado se extrai a aparente adequação da prestação jurisdicional em seus sentidos formal e material, tudo a tornar esta impetração descabida também nos sentidos formal e material.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, portanto, a ausência dos pressupostos que autorizam a flexibilização da vedação do mandado de segurança contra ato judicial.

Conclui-se, pois, pela inadequação da utilização do presente mandamus como meio processual para atacar a decisão judicial em questão.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 10, caput, da Lei nº 12.016/2009, indefere-se a petição inicial, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito.

Int.".

Não há motivo para reformar a decisão de indeferimento da petição inicial do mandado de segurança, claro e suficientemente fundamentada no sentido da vedação legal à sua impetração para impugnar decisão judicial transitada em julgado e não viciada por teratologia ou ilegalidade, como a atacada pela agravante, que, em adequada prestação jurisdicional, indeferiu o pretendido efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 2200817-56.2017.8.26.0000 destinado a obstar a prática de ato constritivo determinado pelo D. Juízo da 2ª Vara Cível de Falências e recuperações Judicial da Comarca da Capital, nos autos do incidente processual nº 1051499-07.2017.8.26.0100.

Frise-se, por fim, que ao decidir monocraticamente o relator exerceu poder conferido por lei sem ferir o princípio da colegialidade.

Não é o caso, por ora, de condenar-se nas penas do artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2239090-07.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante ELZA MARIA RIBEIRO, é agravado BANCO BGN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo 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 28622)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), SÉRGIO RUI, ALBERTO GOSSON e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 28 de março de 2018.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO. Ausência de requisitos para a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça. Provas documentais que demonstram que a agravante não faz jus às benesses da gratuidade judiciária. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo interno interposto contra decisão proferida às fls. 86/87 dos autos de ação rescisória que indeferiu o pedido de gratuidade judiciária, determinando o recolhimento do das custas processuais devidas, tendo sido vazada, na parte recorrida, nos seguintes termos: "*Por outro lado, a autora, pessoa física, pleiteia a concessão da gratuidade judiciária no bojo da presente ação rescisória (fls. 01/09). Às fls. 73 foi determinada a produção de provas, visando a apreciando da benesse requerida e, em cumprimento, a autora apresentou os documentos de fls. 77/82 dos autos. Contudo, apreciando os autos, até o presente momento a autora não apresentou documentos atuais e fidedignos, tampouco a declaração de rendimentos apresentada perante órgão público competente, em parte acostada, conforme se vê às fls. 77/82, demonstra que a autora possui meios para o custeamento da demanda. Ainda mais, como se vê do bojo da demanda, a autora, após o trânsito em julgado da r. decisão rescindenda (trânsito em julgado em 28/08/2017 fls. 02), teve meios para produzir prova pericial de natureza particular (fls. 12/26 perícia particular subscrita em 04/12/2017), o que é, em tese, incompatível com aquele que alega não ter condições para a arcar com as despesas do processo.*".

Inconformado, recorre a agravante, pleiteando, em suma, o provimento do presente recurso, para que seja deferido o seu pedido de assistência judiciária gratuita.

Recurso devidamente processado.

Do necessário, é o relatório.

O recurso não merece provimento.

O inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

O §2º do artigo 99 do Código de Processo Civil dispõe que "O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos".

Assim, só o fato de o interessado alegar a insuficiência de recursos não

Acesso ao Sumário

implica na imperiosa e absoluta necessidade de serem concedidos os benefícios da gratuidade da justiça, pois ao Magistrado incumbe indeferir o pleito, mesmo independentemente de impugnação, quando constatar a existência de elementos que afastam a presunção de pobreza alegada pelo interessado.

Por outro lado, não se olvide que, nos termos das Deliberações nº 89 e 137 do Conselho Superior da Defensoria Pública, que fixam como critério objetivo auferir renda não superior a três salários mínimos, formou-se o entendimento adotado pelo Ilustre e Nobre Desembargador Hélio Nogueira, nos autos de Agravo de Instrumento nº 2255080-09.2015.8.26.0000, desta Colenda Câmara, julgado em 04.02.2016, que, em parte transcrito, deixou registrado que: "... É de se observar que, em traço objetivo, de definição de pessoa necessitada, a Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública da União nº 85 (20.2.2014) confere a condição de necessitado para 'a pessoa natural que integre núcleo familiar, cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor total de 3 (três) salários mínimos', ...".

Ademais, os documentos de fls. apresentados às fls. 10/15 deste agravo interno, os mesmos acostados às fls. 77/82 dos autos da ação rescisória, se tratam de declaração de rendimentos que, na parte que se acostou naquele momento e agora, não demonstram que a agravante não possui meios para o custeamento da demanda.

Ainda mais, como já mencionado, se a agravante teve meios para custear perícia de natureza privada, o que é confirmado no bojo do presente recurso (fls. 07), também é elemento que destoa daquele que afirma não ter condições para o pagamento das custas e despesas processuais.

Além do mais, o benefício previdenciário informado (fls. 09), na monta de R$ 3.769,40 (três mil setecentos e sessenta e nove reais e quarenta centavos) mensais também corrobora com fundamentos esposados, isto é, de que a agravante tem meios para custear a demanda.

Registre-se, ainda, que o pedido de gratuidade judiciária deve ser apreciado com base em todos os elementos existentes nos autos, principalmente as provas documentais produzidas, que foram efetivamente apreciadas (fls. 77/82 da ação rescisória e fls. 09/15 deste recurso), e que foram produzidas pela própria parte agravante, não se confundindo, como é fácil perceber, com a hipótese de "decisão surpresa" (art. 10 do CPC), já que, como dito, foi a própria parte agravante que produziu tais provas documentais, não podendo, agora, alegar falta de conhecimento.

Assim, é de rigor o indeferimento do pedido de gratuidade judiciária, uma vez que existentes elementos concretos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para sua concessão, nos exatos termos do artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso de agravo interno.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002406-58.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante EDSON ROGERIO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados TV ALIANÇA PAULISTA SA e GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27014)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2018.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Dano moral. Responsabilidade por atividade de imprensa. Violação à imagem e à honra. Pretensão de exclusão de reportagem considerada ofensiva e de pagamento de indenização por danos morais. Autor, preso em delegacia por ser devedor de alimentos, fotografado ao lado de terceiros, presos em operação policial. Foto inserida em matéria jornalística exibida na televisão local e disponível na Internet. Sentença de parcial procedência do pedido, que apenas determina a readequação do conteúdo, com exclusão da imagem do autor. Recurso do autor. Acolhimento. Ao publicar foto do interior de uma delegacia, em que presumivelmente se encontram pessoas por diversos motivos distintos, para noticiar o cometimento de crimes bastante infamantes, sem se certificar sobre quem são as pessoas fotografadas, as rés ignoraram

Acesso ao Sumário

ou aceitaram o risco de expor indevidamente a imagem do autor. Rés que procederam de forma ilícita, com clara relação causal com a mácula causada aos direitos da personalidade do autor, sendo o dano moral presumido, porque evidente o prejuízo à imagem e à honra daquele que aparece exposto em contexto de prática de crimes graves, dos quais não foi acusado em nenhum momento. Indenização arbitrada em R$ 10.000,00. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

EDSON ROGERIO DA SILVA ingressou com ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais contra **TV ALIANÇA PAULISTA SA E OUTRO** e **GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A.**, que recebeu sentença de ***parcial procedência do pedido***, para o fim de condenar as rés, solidariamente, à obrigação de fazer consistente em readequar a matéria jornalística (vídeo/foto/texto) publicada nos links relacionados na inicial, de forma a impossibilitar/suprimir/ a identidade visual do autor ou qualquer outro atributo nela incluso capaz de identificá-lo, preservando-se, no mais, a notícia objetiva do fato (fls. 194/207).

Ônus de sucumbência recíprocos, arbitrados honorários advocatícios em 5% sobre o valor da causa para os patronos das partes.

Em suas razões recursais, **EDSON ROGERIO DA SILVA** alega: ***preliminar*** - cerceamento de defesa, decorrente da dispensa de produção de prova testemunhal; ***mérito*** - não há qualquer prova de que as fotos veiculadas na reportagem tenham sido cedidas pela própria polícia civil; ainda que cedidas as fotos, as rés deveriam ter procedido com diligência para verificar se as fotos realmente retratavam pessoas suspeitas do fato criminoso; o autor sofreu abalo moral oriundo de sua exposição como suspeito de prática de crime que jamais praticou (fls. 217/233).

O recurso é tempestivo e dispensado o preparo, porque concedida a gratuidade. As contrarrazões foram apresentadas (fls. 245/256 e 257/279).

Quanto à possibilidade de julgamento virtual, **foi registrada oposição**, por parte do autor, ora apelante **(fls. 283)**.

É O RELATÓRIO.

O recurso é parcialmente provido.

1. Inicialmente, de **cerceamento de defesa** não há que se cogitar, uma vez que a produção de provas documentais era realmente suficiente para resolução da controvérsia em comento, não havendo proveito na produção de prova

Acesso ao Sumário

testemunhal para comprovação dos alegados danos morais, pois sua existência ou não depende apenas de exame de direito, porque ausente divergência a respeito dos fatos ocorridos.

No mérito, ressalvado o posicionamento do Magistrado sentenciante, os danos morais estão caracterizados, ainda que não no valor de indenização sugerido pelo autor (R$ 44.000,00).

Há de se ter em conta que o direito à liberdade de expressão é garantido constitucionalmente, assim como também estão cobertos pela proteção constitucional os direitos da personalidade, entre os quais se inserem a imagem, a honra e a dignidade da pessoa humana.

Como cediço, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer restrição quando confrontados no caso concreto com outros direitos de igual importância.

A jurisprudência do E. **Superior Tribunal de Justiça** fornece importantes balizas para o equacionamento do confronto entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade nos casos de disseminação de notícias pela imprensa:

> *"(...) 1. A liberdade de informação, sobretudo quando potencializada pelo viés da liberdade de imprensa, assume um caráter dúplice. Vale dizer, é direito de informação tanto o direito de informar quanto o de ser informado, e, por força desse traço biunívoco, a informação veiculada pelos meios de comunicação deve ser verdadeira, já que a imprensa possui a profícua missão de 'difundir conhecimento, disseminar cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade'.*
>
> *2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.*
>
> *3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto.*
>
> *(...)."*
>
> *(REsp 1473393/SP, Rel. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 23/11/2016).*

Portanto, no desempenho de sua atividade jornalística, a empresa de comunicação e os responsáveis por reportagens estão compromissados com o dever de procurar se ater, tanto quanto possível, à fidedignidade das informações

Acesso ao Sumário

recebidas e respeitar a integridade moral de terceiros.

2. No caso em exame, é evidente que a informação veiculada em reportagens dessa natureza está, em princípio, revestida de nítido interesse público, uma vez que há notório interesse popular, pelas mais distintas justificativas, em conhecer as circunstâncias e detalhes dos episódios de violência ocorridos pelo país.

As responsáveis pela divulgação da notícia, contudo, deveriam ter agido com maior zelo na apuração dos fatos e, principalmente, na análise prévia das imagens que seriam exibidas, para evitar que pessoas fossem expostas indevidamente aos olhos de seus telespectadores.

Inconteste que o autor estava na delegacia por razão muito diversa (dívida de pensão alimentícia) da que levou os criminosos - estes sim, objeto da matéria - àquela mesma delegacia (a matéria fala na prisão de dezenas de pessoas, apreensão de drogas e recuperação de veículos roubados e furtados). Inconteste também, que é ele a figurar na foto inserida no vídeo (fls. 31), ao lado de outras pessoas, no contexto da operação que prendeu dezenas de pessoas na região de Sorocaba.

As empresas responsáveis pela veiculação da matéria alegam que receberam o material da Polícia Civil, não tendo responsabilidade pelo equívoco do órgão no fornecimento da imagem.

O argumento não pode ser acolhido, primeiro porque não há prova de que a foto tenha sido fornecida pelo poder público, ainda que a reportagem dê créditos à Polícia Civil. Segundo porque, ainda que fornecida pela Polícia, caberia às rés apurar se as pessoas fotografadas são de fato suspeitas do cometimento dos crimes narrados na reportagem, afinal, este é o seu ofício.

Ao publicar foto do interior de uma delegacia, em que presumivelmente se encontram pessoas por diversos motivos distintos, para noticiar o cometimento de crimes bastante infamantes, sem se certificar sobre quem são as pessoas fotografadas, as rés ignoraram ou aceitaram o risco de expor indevidamente a imagem de uma pessoa, no caso concreto, o autor.

Para caracterização do ato ilícito, pouco importa que o autor não tenha procurado as rés para desfazer o ocorrido, pois o ato reprovável está configurado a partir da veiculação da reportagem.

Assim, parece claro que as rés procederam de forma ilícita, com clara relação causal com a mácula causada aos direitos da personalidade do autor, sendo o dano moral presumido, porque evidente o prejuízo à imagem e à honra daquele que aparece exposto em contexto de prática de crimes graves, dos quais não foi acusado em nenhum momento.

3. Presente o dano moral, resta a sua quantificação, levando em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização.

Tendo em vista o interesse jurídico lesado, a jurisprudência desta Corte tem

Acesso ao Sumário

atribuído os mais diversos valores compensatórios na fixação de indenizações para casos similares, dado que as peculiaridades fáticas únicas de cada hipótese factual influenciam na quantificação final do valor indenizatório.

Na hipótese, deve-se considerar que a divulgação da notícia infamante ocorreu em rede televisiva de alcance regional e pela internet, fato que confere relevância ao episódio de exposição negativa. Não se pode deixar de considerar, por outro lado, que o autor aparece por pouco tempo na reportagem, em uma foto, sem ter seu nome mencionado, o que minimiza eventuais dissabores que pode ter sofrido, já que a possibilidade de identificação por pessoas conhecidas ou terceiros, nessas condições, presume-se restrita.

A condição econômica presumivelmente destacada dos agentes recomenda o arbitramento de valor indenizatório proporcional, ao mesmo tempo em que a condição econômica aparentemente modesta do autor reclama moderação, para evitar que a reparação se converta em enriquecimento ilícito.

Em apreciação equitativa, fixa-se indenização em **R$ 10.000,00**, valor considerado razoável para a hipótese concreta.

O provimento do recurso não é integral, porque não é acolhido o valor pretendido pelo autor, de R$ 44.000,00, que seria excessivo.

Em se tratando de indenização por danos morais, a ***correção monetária*** deve incidir a partir da ***data do arbitramento***, no caso, a data deste acórdão, consoante orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidada através da **Súmula 362**, utilizando-se como referência a tabela prática deste Tribunal.

Os ***juros legais***, por seu turno, devem ser computados a partir do evento danoso, tratando a espécie de ***relação extracontratual***, por incidência da **Súmula 54** do STJ.

4. Reformada a sentença para acolher a pretensão do autor, vencidas as rés, devem elas arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação, já computado o trabalho adicional desenvolvido em fase recursal.

Acesso ao Sumário

Em conclusão, a sentença é reformada, para julgar procedente o pedido também em relação à pretensão indenizatória.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001564-

09.2013.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DO VILA VERDE, é apelada ELIANA GONÇALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28588)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Apelação Cível - Associação de moradores - Cobrança de taxas de manutenção – Prescrição - Inaplicabilidade do prazo prescricional decenal - Pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV, do CC) - Ausência de responsabilização contratual pelo pagamento de taxas - Aplicação do prazo trienal - Reconhecimento de prescrição da pretensão de cobrança de parcelas anteriores a abril de 2010 - Recurso, nesta parte, improvido.

Cobrança - Possibilidade de cobrança das parcelas não atingidas pela prescrição - Adesão tácita - Apelada que contribuiu espontaneamente com as taxas de conservação e manutenção do loteamento por aproximadamente seis anos - Circunstância não impugnada na contestação - Apelada que se limitou a alegar a ocorrência de prescrição de parcelas e ausência de provas da prestação do serviço e da elaboração de cálculo de forma correta - Obrigação de efetuar o pagamento configurada - Precedentes - Ausência de solicitação expressa da apelada pra que seja excluída da associação - Inexistência de prova da execução de atividades a cargo da associação de maneira insatisfatória - Recurso, nesta parte, provido.

Sucumbência - Inversão do ônus - Provimento do recurso - Decaimento da apelante de parte mínima do pedido - Apelada que arcará com o pagamento das custas e despesas processuais - Honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios fixados em 12% sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º, do CPC).

VOTO

Cuida-se de ação de cobrança movida por Associação dos Amigos do Vila Verde em face de Eliana Gonçalves da Silva julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 210/213, cujo relatório se adota.

A ré apresentou embargos de declaração a fls. 215/226, que foram rejeitados pela r. sentença de fl. 231.

Inconformada, apela a associação autora a fls. 233/251. Em síntese, aduz que o adimplemento pela ré das taxas durante seis anos caracterizou a adesão tácita à associação, não sendo o caso de aplicação do entendimento manifestado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo. Alega que cabível a cobrança intentada, em vista da efetiva prestação de serviço e a adesão tácita da ré. Defende a aplicação do prazo prescricional decenal, afastando-se a sentença no tocante ao reconhecimento da prescrição trienal.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 313/317).

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

É o relatório.

1 - Inicialmente, não é o caso de se aplicar ao caso o prazo prescricional decenal, conforme pretendido pela associação apelante.

Com efeito, não se pode olvidar que o prazo prescricional para situações envolvendo pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, IV, do CC de 2002), já que não há nesta lide qualquer responsabilização contratual pelo pagamento de taxas relacionadas ao imóvel, é de três anos.

Isto posto, tendo em vista a distribuição do presente processo em 22.04.2013, era mesmo de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão de cobrança das parcelas anteriores a abril de 2010, conforme asseverado pela r. sentença.

Sobre o tema, já se pronunciou esta colenda 2ª Câmara de Direito Privado, em recente acórdão relatado pelo eminente desembargador José Carlos Ferreira Alves:

> Ação de Cobrança - Loteamento - Despesas com manutenção e conservação - Não pagamento implicaria em enriquecimento sem causa - Comprovação de que as despesas beneficiam o proprietário do bem - Prescrição trienal nos termos do artigo 206, § 3º, IV do Código Civil - Prescrição das mensalidades anteriores a 09/08/2010 - Sucumbência carreada à Ré - Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 3000205-

Acesso ao Sumário

27.2013.8.26.0097; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Buritama - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/12/2016; Data de Registro: 13/12/2016).

No mesmo sentido:

Ação de Cobrança - Loteamento - Despesas com manutenção e conservação - Não pagamento implicaria em enriquecimento sem causa - Comprovação de que as despesas beneficiam o proprietário do bem - Prescrição trienal nos termos do artigo 206, § 3º, IV do Código Civil - Prescrição das mensalidades anteriores a 09/08/2010 - Sucumbência carreada à Ré - Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 3000205-27.2013.8.26.0097; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Buritama - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/12/2016; Data de Registro: 13/12/2016).

CONDOMÍNIO - AÇÃO DE COBRANÇA - AUTORA, QUE APÓS REINTEGRAÇÃO DE POSSE DO IMÓVEL ADQUIRO PELOS REQUERIDOS, TEVE CIÊNCIA DE DÍVIDA JUNTO À ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E BUSCA A COBRANÇA DO DÉBITO - SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR FALTA DE LEGITIMIDADE AFASTADA, VISTO QUE A APELANTE COMPROVOU ACORDO DE PAGAMENTO DO DÉBITO COM A ASSOCIAÇÃO - MAIOR PARTE DA DÍVIDA QUE SE ENCONTRA PRESCRITA - PRAZO TRIENAL - ARTIGO 206, §3º, INCISO IV, DO CÓDIGO CIVIL - EXTINÇÃO AFASTADA - SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP; Apelação 0000113-78.2013.8.26.0654; Relator (a): Neves Amorim; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Vargem Grande Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 30/06/2016).

2 - No tocante ao mérito, o recurso está em vias de ser provido quanto à pretensão de cobrança das parcelas não atingidas pela prescrição.

Conquanto não se ignore o entendimento agora pacificado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.280.871/SP, pelo rito do artigo 543-C do antigo Código de Ritos (recurso repetitivo), no caso concreto, verifica-se a ocorrência de relevante particularidade, na medida em que a demandada, ora apelada, contribuiu espontaneamente com as taxas de conservação e manutenção do loteamento durante aproximadamente seis anos, realizando o pagamento de sua cota parte no rateio mensal.

Anote-se que, em sede de contestação, tal circunstância não restou impugnada pela apelada, que se limitou a alegar a ocorrência de prescrição de parcelas e ausência de prova dos serviços prestados e de elaboração de cálculo na forma correta.

Acesso ao Sumário

Neste aspecto, é o caso de se reconhecer a adesão da apelada à associação de moradores apelante, ainda que de forma tácita, impondo-se a obrigação de efetuar o pagamento pelos serviços prestados.

Sobre o tema, confira-se o entendimento desta egrégia Corte manifestado em recente julgado em que foi parte o mesmo loteamento apelante:

> Loteamento. Cobrança de taxas associativas. Inexistência de inovação recursal. Preliminar rejeitada. Ação movida em face de proprietários de lote não associados à entidade encarregada da conservação e manutenção do loteamento. Cobrança inadmissível. Aplicação da tese consolidada pelo STJ para efeitos do art. 543-C do CPC/1973: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". **Comprovação, contudo, de pagamentos anteriores realizados pelos réus. Adesão tácita à associação autora.** Intenção de não mais contribuir com a associação manifestada somente na contestação. Débito anterior exigível, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva. Proibição do *venire contra factum proprium*. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido. (grifos nossos) (TJSP; Apelação 1002977-57.2013.8.26.0271; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapevi - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/08/2017; Data de Registro: 12/08/2017).

Também nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA DE TAXA DE ASSOCIADO - Sentença que reconheceu a prescrição de parte das parcelas cobradas, bem como entendeu pela ausência de dever de pagamento pela ausência de adesão do proprietário do imóvel situado em área administrada pela associação - Inconformismo da autora - **Demonstrada a adesão da proprietária o que é suficiente para determinar o pagamento das parcelas inadimplidas** - Dever de pagamento das mensalidades não englobadas pela prescrição - Recurso parcialmente provido (grifos nossos) (TJSP; Apelação 1004052-33.2015.8.26.0281; Relator (a): José Carlos Ferreira Alves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/12/2017; Data de Registro: 04/12/2017)

> Associação de moradores. Loteamento. Cobrança de contribuição. **Adesão quando menos tácita. Pagamentos que vinham sendo normalmente realizados por anos, sem que nunca comunicada intenção de desligamento**, o que apenas devido com a contestação na demanda, assim a partir de quando o débito se faz inexigível. Precedente da Suprema Corte. Sentença somente nesta parte revista.

Acesso ao Sumário

Recurso parcialmente provido (grifos nossos) (TJSP; Apelação 0004425-91.2010.8.26.0108; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cajamar - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 03/06/2014; Data de Registro: 04/06/2014).

COBRANÇA - LOTEAMENTO FECHADO - CONTRIBUIÇÃO E TAXA DE MANUTENÇÃO - INADIMPLÊNCIA - Revelia - Presunção de veracidade dos fatos na petição inicial - **Réus proprietários que aderiram tacitamente à associação, com comprovação de pagamento de parte das parcelas - Inexistência de notícia de solicitação de exclusão da associação** - Cobrança devida - Não aplicação ao caso do entendimento contido no REsp nº 1.280.871/SP e 1.439.163/SP, STJ, art. 543-C, CPC - Sentença reformada - Sucumbência do réu - Recurso provido. (grifos nossos) (TJSP; Apelação 1006053-86.2014.8.26.0099; Relator (a): Fernanda Gomes Camacho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/05/2016; Data de Registro: 20/05/2016).

Isto posto, não se verificando solicitação expressa da apelada para que seja excluída da associação, impõe-se a reforma parcial da r. sentença, para que seja julgado procedente o pedido de condenação da apelada ao pagamento dos valores inadimplidos, excetuadas as prestações prescritas.

Anote-se, outrossim, que não vinga a alegação da apelada de que os serviços de manutenção não foram satisfatoriamente prestados, na medida em que não logrou êxito em comprovar, através de fotos ou documentos, a ausência da execução a contento das atividades a cargo da associação.

3 - Em vista do provimento do recurso, arcará a apelada com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios em favor dos patronos da parte apelante, ora fixados em 12% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, considerando-se o decaimento desta de parte mínima do pedido.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022327-88.2015.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ITAÚSEG SAÚDE S/A, é apelada MARIA LUISA ANDINO DEL BIANCO.

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, com majoração da verba honorária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12907)**

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

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Autora que era dependente de seu falecido esposo em plano de saúde coletivo estipulado por ex-empregadora - Falecimento do esposo da requerente que, a princípio, romperia o vínculo da demandante com a estipulante e a operadora de seguro saúde - Contrato que, no entanto, nada dispõe acerca do encerramento do contrato para o dependente após a morte do titular, nem prevê a hipótese de remissão - Ausência de previsão contratual expressa e de informação clara ao consumidor que obsta a exclusão - Direito da autora de manter-se no plano coletivo, nas mesmas condições de cobertura da época em que o seu esposo era vivo, devendo arcar com a sua cota parte da mensalidade, a qual deverá sofrer os reajustes previstos em contrato, aplicados a todos os demais beneficiários do plano de saúde - Recurso da ré desprovido, com majoração da verba honorária.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 175/182) interpostos por Itaúseg Saúde S/A, contra sentença (fls. 160/162) que julgou procedente ação de obrigação de fazer movida por Maria Luisa Andino Del Bianco, isto para determinar a manutenção do contrato de plano de saúde da autora, por tempo indeterminado, nas mesmas condições em que foi contratado pelo seu falecido marido, mediante pagamento do prêmio desde a data de concessão do prazo de remissão. A requerida foi condenada, ainda, a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Pleiteia a ré a reforma da sentença, sob a argumentação de que, por ser a autora dependente de beneficiário de plano de saúde coletivo firmado por seu falecido marido, após o óbito do titular do contrato ela possui direito a usufruir

Acesso ao Sumário

do plano de saúde, sem custo, mas apenas pelo prazo de cinco anos, sendo certo que, após o término do período de remissão, ela não poderá continuar vinculada a este contrato. Subsidiariamente, requer que, em caso de manutenção do plano, seja feita a readequação do valor das mensalidades.

Contrarrazões a fls. 192/217.

É, em síntese, o relatório.

Consta nos autos que a autora é beneficiária de plano de saúde oferecido pela ré, na qualidade de dependente do seu falecido esposo, através de contrato denominado "Seguro Hospitaú Grupal - Hospitaú de Conselheiros, Diretores e Funcionários".

Informa a requerente que, em junho de 2015, com o falecimento de seu marido, recebeu uma missiva da requerida na qual constava que ela permaneceria como beneficiária do plano de saúde, sem custo, pelo período de cinco anos, sendo certo que, após o término do referido prazo (que ocorrerá em 30/06/2020) ela perderá o direito à cobertura pelo plano (conforme documento de fl. 55).

Aduz a requerida que encontra-se em tratamento de câncer de mama, de modo que não pode ficar sem cobertura do plano de saúde. Por tais motivos, propôs a presente demanda pleiteando a condenação da requerida a mantê-la, por tempo indeterminado, como beneficiária do contrato de plano de saúde cujo titular era seu falecido esposo, mediante o pagamento das mensalidades.

Feito estes breves esclarecimentos acerca dos fatos discutidos nesta ação, cumpre destacar que, em oportunidades anteriores, já decidi que a operadora de saúde não poderia ser compelida a manter o beneficiário dependente, indefinidamente, como associado do plano de saúde coletivo após o encerramento do vínculo com a empregadora, em razão da morte do titular.

Isto porque, havendo expressa previsão contratual de concessão de prazo de remissão ao dependente após o falecimento do titular, bem como de término da relação contratual após o fim do referido período, entendi que mostrava-se descabido o pleito de manutenção do dependente no contrato coletivo por tempo indeterminado, mormente porque não seria aplicável, à hipótese, a Súmula Normativa nº 13, tendo em vista que esta norma infralegal disciplina a contratação de planos individuais ou familiares, e não de planos coletivos empresariais.

No caso em tela, contudo, uma peculiaridade milita a favor da autora, ora apelada. É que o contrato de plano de saúde do qual ela é dependente (fls. 57/62) nada dispõe sobre a forma e exercício do direito à remissão, nem sobre as consequências para o beneficiário após o término do período concedido.

Ora, considerada a severidade das consequências da exclusão para os dependentes, era preciso que isso constasse claramente do contrato de plano de saúde coletivo, diante da obrigação da prestadora de serviços de fornecer

Acesso ao Sumário

informação adequada e precisa ao consumidor.

E isto não foi feito, o que permite concluir que o período de remissão concedido pela ré (e consequente determinação de encerramento do contrato após tal prazo), foi feito ao arrepio do contrato, e das regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesta conformidade, este Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Cível nº 1009531-75.2014.8.26.0011, Relator o Desembargador Cláudio Godoy, assim se manifestou a respeito do tema: "*De um lado, mesmo se admitisse a extinção do ajuste, como se pretende, não só ela deveria ser previamente comunicada como, mais ainda, deveria dimanar de previsão contratual clara e destacada. Nada do que, convenha-se, ocorre com o contrato em questão. Se se verificar o que está na cláusula em comento (10.1, fls. 123/126), bem se constatará a absoluta ausência da devida informação de que, cumprido o período de remissão, extinguir-se-ia a cobertura. O que, como visto, mercê do padrão de lealdade e transparência que deve permear a relação, se impunha. Em verdade, a cláusula de remissão, como a querem as rés, a rigor acaba representando flagrante abusividade ao consumidor. A pretexto de um benefício, que é a isenção, por algum tempo, do pagamento do prêmio, decorrente da morte do titular do plano (como ocorre, aí, sim, com as cláusulas de quitação de financiamento imobiliário, por exemplo), o dependente se vê descoberto da garantia contratada e na contingência de aderir a um novo plano, em condições, claro, muito mais desvantajosas e isso é especialmente notório no caso concreto, em que a autora, segurada há mais de trinta, hoje conta cerca de 90 anos.*"

Assim, ante a inexistência de previsão contratual expressa relacionada à remissão e ao término do contrato após a morte do titular, mostra-se de rigor que seja conferido à autora o direito à permanência no contrato de plano de saúde do qual ela era beneficiária, por tempo indeterminado.

Ressalte-se que a manutenção do contrato deverá ser feita nas mesmas condições anteriores, de modo que caberá à requerente arcar com o plano de saúde do mesmo modo que sempre pagou, com a diferença que, por óbvio, ela pagará apenas a sua cota-parte (excluída, portanto, a do seu falecido esposo).

Os reajustes aplicáveis, por sua vez, deverão ser aqueles previstos em contrato, aplicáveis a todos os demais beneficiários do plano de saúde.

Por fim, nos termos do art. 85 § 11, do Código de Processo Civil, de rigor a majoração da verba honorária, para o patamar de 15% sobre o valor da causa.

Daí porque, ante o exposto, pelo meu voto, nos termos supraconsignados, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001163-23.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante E.G.N.R.M., é apelada V.N.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34170)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente) e J.L. MÔNACO DA SILVA.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

A.C.MATHIAS COLTRO, Relator

Ementa: Indenização por danos morais - uso indevido de imagem - Autora que, apesar de ter consentido em ser fotografada ao lado da filha, no estabelecimento da ré, para publicação em página da rede social *Facebook*, tem sua imagem abalada pela exibição de parte de seu seio na foto - Imprudência da demandada em publicar a referida fotografia - Situação que equivale à falta de consentimento - Danos morais configurados - Redução, todavia, do quantum arbitrado - sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta em face da sentença de págs. 74/78 e respectiva declaração de págs. 92/93 que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais à autora no valor de R$ 10.000,00, corrigido monetariamente desde a sentença e com juros de mora a partir da citação. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com a verba respectiva ao advogado do adverso, fixada a honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Pretende a demandada a reforma do decisum alegando, em síntese, que por descuido divulgou a fotografia da autora, na rede social Facebook, em que parte pequena do seio aparecia. Aduz, também, não ter havido nenhuma intenção de angariar publicidade ou valor econômico, até e porque o estabelecimento é

Acesso ao Sumário

frequentado por famílias. Sustenta, ainda, a culpa concorrente da vítima, que teria usado vestido decotado na ocasião. Assim, não há dano a ser ressarcido. Subsidiariamente, postula a redução do quantum indenizatório fixado.

Foram apresentadas as contrarrazões (págs. 107/112).

É o relatório, ao qual se acresce o da sentença.

Trata-se de ação de indenização por danos morais, em que a autora assevera ter concordado em ser fotografada junto com sua filha, no estabelecimento da ré, ciente de que as imagens seriam divulgadas na rede social Facebook. Todavia, veio a saber por terceiros que, na dita fotografia, uma parte de um dos seus seios ficou à mostra, causando-lhe dano à imagem. Assinalou, ainda, que informou a demandada, que imediatamente retirou a fotografia da página na aludida rede social.

Como bem assinalado pelo egrégio juízo, incontroversa a publicação da fotografia da autora, em que foi exibida parte do seio direito da demandante.

Inconteste, ainda, que a autora consentiu com a publicação de sua imagem na página do estabelecimento no Facebook.

Contudo, exsurge cristalino que a demandante não pretendia exibir seus seios na foto, mormente ao posar ao lado de sua filha.

A publicação foi vista por diversas pessoas, causando vergonha à requerente.

No caso, ainda que não tenha agido com má-fé a demandada, o fato tão só de ter sido utilizada a imagem da autora, com parte do seio exibida acabou por gerar situação em que violado o direito à imagem.

Tal situação pode ser equiparada àquela em que há ausência do consentimento, pois evidente que a requerente não aquiesceria em ser fotografada com os seios à mostra, para publicação no Facebook, consoante o bem afirmado na sentença.

Assim, podem ser invocados os seguintes julgados desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, também como razão de decidir:

> DANO MORAL - Cobrança cumulada com danos materiais - Admissibilidade - Publicação não autorizada de fotografia - Violação do direito à imagem - Dever de reparar danos materiais e compensar os morais, independentemente de ter sido afetada ou não a reputação da vítima (STF) - RT 802/146
>
> DIREITO À IMAGEM. UTILIZAÇÃO COM FINS ECONÔMICOS SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO STJ. SÚMULA 7.
>
> - A divulgação de fotografia sem autorização não gera, por si só, o dever de indenizar. “Para imputar o dever de compensar danos morais pelo uso indevido da imagem com fins lucrativos é necessário analisar as

circunstâncias particulares que envolveram a captação e exposição da imagem" (REsp 622.872/NANCY).

- Não é necessária a demonstração do prejuízo. Tratando-se de direito à imagem, "a obrigação de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo" (REsp 267.529/SÁLVIO).

- Em recurso especial somente é possível revisar a indenização por danos morais quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto, ou baixo, a ponto de maltratar o Art. 159 do Código Beviláqua. Fora desses casos, incide a Súmula 7, a impedir o conhecimento do recurso.

DIREITO À IMAGEM. MODELO PROFISSIONAL. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE. QUANTUM. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a conseqüência do uso, se ofensivo ou não.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

IV - O valor dos danos morais pode ser fixado na instância especial, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na entrega da prestação jurisdicional.

(EREsp 230.268/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11.12.2002, DJ 04.08.2003 p. 216)

Todavia, relativamente ao quantum indenizatório, tem-se que o apelo comporta acolhida.

Quanto ao uso indevido da imagem da autora e diante da falta de critério objetivo e específico para a quantificação do dano sofrido em decorrência disso, deve o juiz valer-se da equidade, com sua função integradora e corretiva, de sorte a, atendendo às circunstâncias em que o fato se tenha dado, estabelecer o quantum cabível no caso concreto, evitando tanto exagerar nessa quantificação, em prejuízo do responsável, quanto ficar aquém do valor adequado.

Enfim e de forma equilibrada, deve ponderar sob os interesses em jogo e de forma a buscar resultado que não prejudique qualquer das partes, conforme o interesse de cada uma e o objeto da lide.

Na hipótese em tela, levando-se em conta critérios de razoabilidade, tem-se como adequado estabelecer-se o valor da indenização em R$ 2.000,00,

Acesso ao Sumário

mantidos os critérios de atualização da sentença.

Para tanto, pois, fica provido o apelo.

No mais, fica mantida também a sucumbência recíproca, nos moldes delineados em primeiro grau.

Essas as razões pelas quais se entende ser possível acolher parcialmente o recurso interposto, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie, sem ensejo a disposição diversa e conducente a outra conclusão, inclusive no tocante a eventual prequestionamento de questão federal, anotando-se, por fim, haver-se decidido a matéria consoante o que a turma julgadora teve como preciso a tanto, na formação de sua convicção, sem ensejo a que se afirme sobre eventual desconsideração ao que quer que seja, no âmbito do debate travado entre os litigantes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008408-20.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLAUDIO AVELINO DE LOIOLA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CASA DE SAÚDE SANTA MARCELINA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30440)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente) e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 1º de março de 2018.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ação de indenização moral - Erro médico - Morte da paciente decorrente de complicação em procedimento cirúrgico eletivo - Sentença de improcedência - Reforma que se impõe - Aplicação da teoria da perda de chance - Verificação de nexo causal entre a conduta médica e o dano incorrido - Pedido procedente - Sentença reformada -

Acesso ao Sumário

Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 401 a 404, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a Ação de Indenização c/c Antecipação de Tutela ajuizada pelo autor, ora recorrente, por concluir não existir qualquer indício de omissão, negligência ou imprudência médica que tenha resultado no óbito da filha do recorrente.

2. A r. sentença, ainda, condenou-o em custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no importe de 10% do valor da causa, corrigidos desde o seu ajuizamento.

3. Irresignado, insurge-se o recorrente (fls. 406 a 420), sustentando, em suma, que a cirurgia médica se qualifica como uma obrigação de resultado e que o recorrido tinha meios de antever os riscos aos quais a paciente estava se expondo, sendo aplicáveis, *in casu*, os artigos 8º e 14 do CDC. Aduz se tratar de prestação de serviço público sendo que a responsabilidade do recorrido é objetiva, consoante o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal. Por fim, alega que pela inversão do ônus da prova, caberia ao recorrido comprovar os fatos desconstitutivos de seu direito.

4. Contrarrazões apresentadas às fls. 423 a 430.

5. Recebi o recurso em seus regulares efeitos.

FUNDAMENTOS.

6. Trata-se de Ação Indenizatória c/c Antecipação de Tutela, ajuizada pelo recorrente, pai de Raphaela Oliveira de Loiola, considerando que, após ter sido a paciente diagnosticada com ptose palpebral congênita, foi submetida à cirurgia unilateral eletiva, tendo sofrido complicações decorrentes do uso do anestésico, razão pela qual veio a falecer durante o procedimento.

7. Consoante o laudo pericial (fls. 341 a 349), elaborado dentro dos critérios legais, a hipertermia maligna é uma condição rara, com incidência a cada 50 mil anestesias realizadas em adultos e 15 mil realizadas em crianças. A afecção é vinculada à herança genética, de modo que a constatação de incidência em familiares pode levantar a suscetibilidade da paciente à doença. O diagnóstico definitivo da doença pode ser realizado por meio do teste de contração à exposição de halotano-cafeína (TCHC).

8. O mesmo laudo é categórico ao afirmar que não existiu omissão, negligência ou imprudência por parte da equipe médica durante a cirurgia. De fato, detectada a ocorrência da hipertermia, de pronto foi iniciado tratamento visando reverter o quadro, tendo sido administradas duas doses de Dantrolene (medicamento que diminui o risco de morte por hipertermia maligna de 70% para 10%), bem como realizado procedimento de reanimação por 90 minutos,

Acesso ao Sumário

após a evolução do quadro para uma parada cardiorrespiratória. A propósito, confira-se trecho do relatório de anestesiologista:

> *3,5: início de cirurgia as 18h10; as 18h30h houve dessaturação, hipertermia e trismo; iniciado tratamento para possível HM, oxigenação a 100%, retirado halogenado, uso de bolsas de soro gelado na superfície corporal, bicarbonato de sódios e Dantrolene em duas doses de 2,5 mg/Kg; as 18:50 houve parada cardio-respiratória e iniciadas manobras de ressuscitação, e declarado o óbito após 90 minutos, de Dr. Enrique Ventura.*

9. E a conclusão pericial:

• *A pericianda apresentou quadro clássico fulminante de Hipertermia Maligna;*

• *Não houve inadequação da técnica anestésica aplicada.*

10. Dessa forma, não restam dúvidas de que o tratamento dispensado à paciente durante o procedimento cirúrgico foi adequado. A mesma certeza, contudo, não se aplica ao tratamento pré-operatório.

11. Com efeito, conforme se extrai dos autos, à paciente foram solicitados diversos exames pré-operatórios, bem como, em momento anterior à cirurgia, foi realizada uma avaliação pela equipe anestésica, na qual a paciente recebeu a avaliação ASA I (saudável).

12. Contudo, à fls. 130 verifica-se a realização de um questionário "Avalição de Pré-Anestésica" na qual os pais da paciente responderam uma série de perguntas a respeito de seus antecedentes. Curiosamente, quanto à indagação de histórico de hipertermia na família, nada consta na ficha, sendo que o anestesista responsável liberou a paciente **sem ressalvas**:

"CIRURGIAS PRÉVIAS:
HIPERTERMIA MALÍGNA ( ) SIM (**X**) NÃO
E NA FAMÍLIA ( )SIM ( )NÃO"

13. De outro lado, verifico que o "Termo de Ciência e Consentimento Informado para Anestesia ou Sedação" informa que o médico anestesiologista fez perguntas que foram respondidas satisfatoriamente e alertou os responsáveis de todos os riscos e complicações potenciais que a anestesia implica (fls. 132).

14. Penso, todavia, que se todas as respostas tivessem sido respondidas satisfatoriamente, tal como consta no termo, não restaria em branco o questionamento quanto ao histórico familiar da paciente.

15. Vale dizer, por se tratar de doença genética, a verificação de ocorrência de episódios familiares é de suma importância, e, ao ignorar esse entrave, o hospital perdeu a chance de agir com maior zelo e cautela, por realizar uma avaliação pré-anestésica incompleta.

Acesso ao Sumário

16. Ademais, tampouco consta no "Termo de Ciência, Consentimento e Responsabilidade" (fls.133), dentre os diversos riscos ou complicações possíveis elencados, a possibilidade ocorrência de hipertermia maligna durante o procedimento.

17. E nem se diga que o recorrente assentiu com o risco de hipertermia maligna ao assinalar "NÃO" no questionário sobredito, em relação às cirurgias anteriores. Ora, considerando que a menor jamais havia se submetido a qualquer procedimento cirúrgico, não poderiam os anestesistas delimitar com absoluta certeza a respeito da não incidência de tal condição.

18. De fato, tudo indica que os prepostos do recorrido, calcados em um questionário incompleto, não admitiram a possibilidade de incidência dessa condição que, ainda que extremamente rara, pode ser diagnosticada precocemente, e, nesses casos, utilizado outro método anestésico que não seja letal à vida da paciente.

19. Afora isso, ainda que se argumente que essa afecção é tão incomum de forma que não faz parte do protocolo pré-operatório o exame para sua constatação, caberia ao hospital alertar o recorrido a respeito de tal risco de forma satisfatória.

20. Aliás, por esse motivo é que a Resolução nº 1.802/2006 do Conselho Federal de Medicina estabelece, em seu artigo 1º, inciso I, que antes da realização de qualquer anestesia é indispensável conhecer, com a devida antecedência, as condições clínicas do paciente, cabendo ao anestesista decidir da conveniência ou não da prática do anestésico, de modo soberano e intransferível.

21. Nesse contexto, a chamada "teoria da perda de chance" ou "*pete d´ une chance de survie ou guérison*", de inspiração francesa, que vem encontrando aderência por parte dos tribunais pátrios, aplica-se em casos em que o dano seja incontestável e que a omissão, negligência ou imprudência médica tenha reduzido as chances do paciente.

22. Sobre o assunto, é valiosa a lição de Miguel Kfouri Neto:

> "*O médico que descumpre esse dever de informação priva o paciente da possibilidade de optar - e a falta consistirá na perda de chance de recusar o ato prejudicial. Se o doente tivesse sido regular e completamente informado quanto aos riscos, por ocasião da solicitação de seu consentimento, poderia ter recusado o tratamento causador do dano*".

23. E a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é elucidativa a esse respeito:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva; II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde; **III - A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável**; IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance"; V - Recurso especial provido (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1104665, Rel. Min. MassamI Uyeda, j. 09.06.2009) (Grifo nosso).

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. **O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada**. Precedentes. [...]

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês,

Acesso ao Sumário

acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. **Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano**. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada. (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012) (Grifo nosso).

24. Dessa forma, em que pese o hospital tenha proporcionado tratamento adequado à paciente durante o procedimento cirúrgico, tendo feito o que era possível para reverter o quadro de hipertermia maligna, entendo que o mesmo agiu de forma omissa e negligente no tratamento pré-operatório, em especial no tocante à Avaliação pré-anestésica, à revelia do artigo 1º, inciso I da Resolução 1.802/2006.

25. Por deter conhecimento técnico do qual os pais da paciente são desprovidos, era responsabilidade do hospital optar pelo procedimento anestésico mais adequado, preenchendo o formulário de forma completa, ou, ao menos, informando-os de todos os riscos provenientes do contato com o anestésico, dentre eles, a hipertermia maligna.

26. Noutras palavras, é incontestável que a equipe médica perdeu a chance de agir com cautela no tocante às avalições anteriores ao procedimento, o que culminou em dano real, certo e atual, a saber, a perda da vida da paciente.

27. Assim, resta demonstrado o nexo causal entre a conduta médica e o dano incorrido, de modo que o recorrido deverá responder solidariamente pelos atos culposos de seus prepostos.

28. No tocante à quantia indenizatória, a fim de não promover o enriquecimento do autor à custa de desgraça pessoal, mas objetivando cumprir sua função ressarcitória, fixo o montante indenizatório no importe R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a serem corrigidos a partir da publicação deste acórdão, nos termos da Tabela praticada por este Tribunal (Súmula nº 362 do STJ), acrescidos de juros moratórios desde a data do evento danoso.

29. Ante o exposto, condeno o recorrido no pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no importe de 10% do valor condenatório.

Acesso ao Sumário

30. Pelo meu voto, pois, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003475-65.2013.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante I.A.G. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado E.S.B.

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 32961)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 2 de março de 2018.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C.C. ALIMENTOS. Exame de DNA não realizado. Presunção relativa de paternidade. Autor não apresentou nenhuma prova capaz de justificar a procedência da demanda. Não aplicação da Súmula 301 do STJ. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por I.A.G., menor representado por sua genitora M.A.S.G., contra a r. sentença (fls. 86/87), relatório adotado, que julgou improcedente a ação de investigação de paternidade c.c. fixação de alimentos ajuizada contra E.B.S.

Sustenta, em síntese, que deve ser aplicada ao caso a Súmula 301 do STJ, que induz à presunção de paternidade quando o investigado não comparece ao exame hematológico designado (fls. 91/94).

Recurso tempestivo e isento de preparo por ser a parte beneficiária da Justiça Gratuita (fls. 11/12)

Sem contrarrazões (fls. 98)

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 113/117).

É o relatório.

Pesem os argumentos apresentados, o recurso não comporta provimento.

De fato, agendada a perícia, o apelado não compareceu (fls. 66).

Entretanto, nos termos do art. 373, I, do CPC, compete ao autor o ônus da prova "*quanto ao fato constitutivo do seu direito*".

O sistema de provas no processo civil brasileiro permite que sejam utilizados todos os meios legais e moralmente legítimos para comprovar a verdade dos fatos. Assim, o exame genético, embora de grande proveito, não pode ser considerado o único meio de prova da paternidade, em um verdadeiro processo de "sacralização" do DNA, como pontuam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (Direito das Famílias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 719).

No intuito de mitigar esse *status* de prova única, a Lei 12.004/09, alterando o art. 2º-A da Lei 8.560/92, estabeleceu que a recusa do réu a se sujeitar à perícia genética terá o condão de gerar presunção de paternidade, desde que em apreciação conjunta com as demais provas encartadas nos autos.

Referida norma positivou o entendimento já cristalizado na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, enunciado na Súmula 301/STJ, no sentido de que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz ***presunção relativa*** de paternidade.

A comprovação do vínculo biológico pode se dar por outros meios, que não necessariamente o científico.

Neste sentido, ensina a moderna doutrina do Direito de Família: "*Deve existir uma dose mínima de preocupação com o uso abusivo da investigação de paternidade e a precipitada presunção de paternidade diante da mera recusa na submissão à perícia genética, já ordenada no início do processo, como sucessivamente tem ocorrido diante do deslumbramento para com as perícias com marcadores genéticos de DNA.*

(...) Embora o direito à identidade, como atributo da personalidade da pessoa, seja considerado como um direito fundamental do indivíduo, no outro extremo deve também ser respeitado o direito à honra e sobretudo, à intimidade das pessoas e das famílias afetadas pela demanda investigatória, cujos valores também ingressam na dimensão dos direitos fundamentais, reclamando da atuação forense uma compreensível restrição aos abusos, para o escopo de, sem ferir direitos extremos das pessoas, ao menos suscitar um adequado juízo de ponderação pelo princípio da proporcionalidade entre a intromissão na vida e na intimidade do investigado e de seus familiares, e a finalidade processual perseguida, referentes à personalidade social do investigante e seus eventuais

Acesso ao Sumário

direitos oriundos da paternidade investigada.

Assim deve ser entendido porque também o investigado deve ser respeitado em sua dignidade pessoa e familiar, cujos atributos são construídos ao longo de anos de trabalho, respeito e credibilidade, alguns desses investigados com ampla visibilidade pública. Esse patrimônio moral não pode ser processualmente desdenhado, ou relegado a uma importância secundária, deixando o decisor de tomar as cautelas mínimas de viabilidade processual e de exigir do autor da investigatória a indicação e apresentação dos pressupostos e indícios mínimos, capazes de realmente permitir direcionar ao investigado a suspeita e o peso de uma investigatória de perfilhação, com seus relevantes efeitos na vida pessoal, social, familiar e cultural de ambos os protagonistas da ação.

(...) A Lei n. 12.004/2009 teve a felicidade de alertar para a noção de que em ações de filiação a perícia em DNA deixou de servir como presunção absoluta do elo parental e do equívoco do endeusamento da perícia genética, vindo sempre em boa hora uma lei que reforça princípios fundamentais de processo civil e realça o efeito da presunção relativa que já constava da Súmula n. 301 do STJ.

Nessa seara das provas mostra Jaime de Castro García ser necessário um juízo mínimo de probabilidade da paternidade para dar curso à demanda de investigação, com a existência, ao menos, de um fumus boni iuris, capaz de responder à finalidade de evitar as graves consequências resultantes de um processo investigativo, carente de fundamento real e ocasionando todo o tipo de extorsões ao suposto genitor. Por isso devem os ordenamentos jurídicos evitar alucinadas invasões na vida privada dos investigados, dando margem a possíveis condutas vingativas e dolosas, de pessoas visando simplesmente à obtenção de lucro pela ameaça de escândalo, e de causar total desassossego na vida pessoal, familiar e profissional do investigado, exigindo o julgador, como restrição ao direito de ação, um prévio aval probatório, capaz de creditar na mente do juiz a viabilidade de provimento da ação. Os litigantes devem e têm o direito de aportar ao processo de pesquisa da filiação os mais diversos meios de prova admitidos em direito, conformando todos eles uma unidade, a qual deve ser examinada e apreciada pelo juiz, concordando ou discordando, para concluir por um resultado final e justamente essa liberdade probatória se constitui em direito fundamental de averiguação da verdade, e a verdade não deve sofrer obstáculos ou restrições.

Destarte, não obstante mereça prestígio o direito à filiação, não é menos importante e igualmente fundamental o respeito social e jurídico à dignificação da pessoa humana, preservando valores morais, culturais e éticos, porque não há como esquecer da existência de duas verdades no processo de investigação de paternidade, sendo direito do investigado reclamar do julgador um adequado juízo de ponderação, com a usual imparcialidade e cautela, conceitos que não

Acesso ao Sumário

se conciliam com qualquer gesto processual de predileção por provas, onde, as tarifar por preferência pessoal fere o princípio do devido processo legal e essa finalidade foi alcançada com a edição da Lei n. 12.004/2009, que disciplina o efeito da recusa ao exame de DNA."[1]

Ora, como se sabe, o que se pretende através da ação de investigação de paternidade é permitir ao seu autor a descoberta da sua identidade genética; saber quem é o seu verdadeiro pai.

Considero, contudo que para se chegar a essa verdade não basta pura e simplesmente a presunção da paternidade que decorre do fato de o investigado se negar a fazer o exame denominado DNA, é necessário que haja elementos mínimos capazes de corroborar a tese do autor.

Em outras palavras, como essa presunção é relativa, é evidente que não prescinde de outras provas para que possa ter força suficiente no sentido de apontar o apelado como sendo o pai biológico do investigando.

Na hipótese, como bem assinalou o MM. Magistrado, nenhuma outra prova foi produzida para que se pudesse embasar a inversão do ônus probatório e a aplicação da Súmula 301 do STJ. Não trouxe o autor nenhum documento, fotografia ou testemunha que indicasse a existência de relacionamento entre sua genitora e o apelado.

Portanto, a improcedência da demanda era medida que se impunha.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1036872-38.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANIBAL MARTINS DA SILVA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.173)**

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

São Paulo, 5 de março de 2018.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Acesso ao Sumário

1 Madaleno, Rolf. Direito de Família. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 566/570).

Ementa: PLANO DE SAÚDE. AÇÃO REVISIONAL DE PLANO DE SAÚDE.

I. Cerceamento. Inocorrência. Suficiência da prova documental ao desate da controvérsia, tornando prescindível a produção de prova pericial. Adequada aplicação do disposto no artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada.

II. Reajustes de mensalidade fundados na sinistralidade do negócio. Inexistência de nulidade *per se* da previsão contratual de reajuste financeiro, dado o pacto securitário coletivo considerado na espécie. Carência de evidência, sequer indiciária, de exasperação abusiva da contraprestação ao longo da relação continuada. Convicção, contrariada, pela ré, que informa a imposição de reajustes anuais dotados de notória razoabilidade. Improcedência bem decretada. Precedentes desta Colenda Corte. SENTENÇA PRESERVADA. APELO DESPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de ação revisional de plano de saúde julgada IMPROCEDENTE pela sentença de fls. 328/332, da lavra da MMª Juíza de Direito Claudia Felix de Lima e de relatório adotado, condenando o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% da causa.

Opostos embargos de declaração (fls. 335/337), restaram desprovidos (fl. 338).

Recorre o autor.

Consoante as razões de fls. 232/254, busca o provimento recursal a fim de que, anulada a r. sentença em virtude de cerceamento de defesa, tornem os autos à origem para a produção de necessária perícia contábil. No mérito, pretende a inversão do julgado, com decreto de procedência do pedido, afirmando que é titular de plano de saúde individual - e não coletivo - e que "*a empresa Apelada vem reajustando de forma abusiva as mensalidades, não respeitando os limites estabelecidos pela ANS, descumprindo assim, as ordens da agência reguladora, conforme planilha anexa, com a evolução dos pagamentos e reajustes desde a data da contratação até a distribuição da presente demanda*" (fl. 345).

O recurso foi processado e respondido (fls. 351/399), sendo tempestivo e isento de preparo, pois o apelante é beneficiário da gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

Intimadas as partes, não manifestaram oposição ao julgamento virtual no prazo regimental.

É O RELATÓRIO.

2. O recurso é insubsistente, nada havendo a prover.

De saída, não vinga a preliminar de cerceamento de defesa.

O alongamento da demanda, para produção de prova pericial, como pretendido, não se revela essencial para debate da lide, sobretudo porque, ao exame da abusividade da conduta, bastam os documentos juntados pelas partes, no momento processual adequado.

Por conseguinte, restou bem aplicado, à espécie, o permissivo contido no artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, acrescentando-se, na diretriz traçada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, que: "**Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia**" (Ag 14.952, Min. Sálvio de Figueiredo).

Superada a preliminar, no mérito, bem lançada a r. sentença.

Consoante consta dos autos, a apelante aforou demanda visando à declaração de abusividade de reajustes anuais impostos à mensalidade, que lhe é exigível para manutenção do plano de saúde contratado junto à apelada.

Na causa de pedir, alega resumidamente que "*mantém com a Requerida contrato de plano de saúde por adesão desde 03/01/2003, sob a matrícula n.º 11033272980 conforme extrato de pagamentos anexo, sendo que à época da contratação, estava com 67 e atualmente está com 80 anos de idade. Contudo, os pagamentos das mensalidades foram se tornando muito onerosos para o Requerente, pois os valores foram reajustados de forma absurda conforme se depreende dos comprovantes de pagamentos anexos fornecidos pela Requerida*" (fl. 02).

Requer, assim, a adequação dos reajustes impostos que superam os índices da ANS para os planos individuais e familiares, com a consequente repetição do indébito.

Razão, todavia, não lhe assiste.

Deve-se reconhecer, de proêmio, que o instrumento contratual de fls. 30/39 é mais que suficiente a revelar que o apelante aderiu a um plano coletivo por adesão - e não individual, como sustenta - na medida em que figura como participante da massa de segurados elegíveis dentre funcionários do Banco do Brasil e seus parentes.

Neste particular, bem fundamentou o i. Juízo: "*a ré demonstrou que, em que pese constar da denominação do plano 'saúde família', trata-se de plano coletivo, e referida denominação apenas indica que o segurado é familiar de*

Acesso ao Sumário

um funcionário ou ex-funcionário do Banco do Brasil e nada tem a ver com a modalidade familiar do plano" (fl. 330).

Em casos como o presente, a previsão de majoração da mensalidade, fundada na sinistralidade do negócio, conforme prevista na Cláusula 20 (fl. 35), não é abusiva em si, sobretudo porque se sabe que o plano de saúde coletivo é estruturado em sistemática diverso que o individual, sem qualquer vinculação à normativa da ANS a esse respeito.

Em sendo assim, *a priori*, há presunção de que os reajustes anuais impostos pela seguradora são legítimos e necessários à preservação da mutualidade do negócio.

Por outro lado, a seguradora apelada, por meio do quadro de mensalidades exposto às fls. 151/155, correspondente àquelas pagas pelo apelante no período da contratação (fls. 17/21), apontou os reajustes anuais impostos desde a adesão se revelaram bastante razoáveis. Frise-se, inclusive, em que houve períodos (janeiro/2008 a janeiro/2011) nos quais a contraprestação exigida sequer foi reajustada por qualquer índice anual.

De mais a mais, inobstante tenha mais de oitenta anos (fl. 15), o consumidor paga mensalidade no valor de R$ 1.643,83 (fl. 153), o que tampouco se revela demasiado para a faixa etária ostentada, considerando os produtos usualmente comercializados no mercado.

Em conclusão, não há qualquer elemento, sequer indiciário, a lastrear a convicção de conduta abusiva imputável à apelada acerca da implementação de reajustes anuais ao prêmio devido pela apelante, prevalecendo a convicção de que foram os suficientes para recompor a mutualidade do negócio, de modo que bem decretada improcedência do pedido na origem.

Em casos parelhos, já decidiu esta E. Corte: "**PLANO DE SAÚDE COLETIVO - Reajuste por sinistralidade - Possibilidade de reajuste por sinistralidade que nada tem de abusivo, mas, ao contrário, tem o escopo de manter o equilíbrio de contrato cativo - Reajuste visa manter o sinalágma contratual, preservando correlação entre o valor do prêmio e a ocorrência de sinistros durante determinado período - Reajustes em percentuais razoáveis e semelhantes aos de outros planos coletivos - Associação de engenheiros estipulante que aceitou os reajustes, certamente precedidos de negociação com a operadora - Planilha juntada pela operadora, embora unilateral, demonstra o percentual aceito pela estipulante, após negociações e aferição da utilização - Não faz sentido que todos os demais segurados do plano coletivo tenham reajuste superior ao do autor e, pior, rateiem entre si a diferença do prêmio menor - Ação improcedente - Recurso improvido.**" (Apelação Cível nº 1009349-17.2016.8.26.0562, Rel. Francisco Loureiro, j. 04.12.2017). E também: "**AÇÃO DECLARATÓRIA**

Acesso ao Sumário

DE NULIDADE DE REAJUSTE EM PLANO DE SAÚDE COLETIVO. IMPROCEDÊNCIA. MAJORAÇÃO POR SINISTRALIDADE. ÍNDICES RAZOÁVEIS. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. INAPLICABILIDADE DAS RESTRIÇÕES PREVISTAS PARA CONTRATOS DE NATUREZA INDIVIDUAL/FAMILIAR. IMPERATIVO DE ASSEGURAR O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação Cível nº 1024378-72.2014.8.26.0564, Rel. Paulo Alcides, j. 12.05.2016).

3. Diante de todo o exposto, preserva-se a r. sentença recorrida.

No mais, tendo em vista o disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários devidos aos patronos da apelada para o importe correspondente a 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, respeitada a gratuidade concedida ao sucumbente.

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1048423-64.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, é apelada TASSIA LORENA NUNES DE LIMA VALLIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13982)**

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

São Paulo, 5 de março de 2018.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Gestante beneficiária do plano de saúde. Feto portador de enfermidade denominada mielomeningocele. Recusa da ré. Abusividade. Súmula 102 deste Tribunal. 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. Danos

Acesso ao Sumário

morais indevidos. Quanto ao valor da multa, ela só é devida em caso de descumprimento da ordem judicial, e seu valor poderá ser fixado de forma definitiva até a fase de execução. Apelo parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer na qual a autora alega ser beneficiário do plano de saúde junto à ré e encontra-se na 26ª semana de gestação, passando por acompanhamento médico desde o início da gravidez com médico credenciado pela ré, sendo que este detectou ser o feto portador de enfermidade denominada Mielomeningocele, que pode vir a lhe gerar consequências graves e também à gestante por produzir um eventual parto prematuro. Requer o custeio para cirurgia intrauterina, sendo esta recusada pela ré.

A sentença de págs. 185/189, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré a custear todos os valores destinados ao procedimento prescrito à autora, inclusive internação, custos com medicamentos e quaisquer outros que se fizerem necessários ao ato, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00. Ainda, condenou a ré, a título de danos morais, na quantia de R$ 10.000,00.

Apelação interposta às págs. 192/211 pela ré alegando cerceamento de defesa, uma vez ter requerido consulta pelo meio eletrônico à Conitec, bem como a expedição de ofício à Agencia Nacional de Saúde Suplementar para dirimir questão relacionada à cobertura contratual vinculado ao rol de procedimentos e eventos em saúde. No mérito, reitera que a prestação de serviços é restrita aos procedimentos constantes no rol da ANS e descritos no contrato. Ressalta que a Resolução n. 387/2015 não inclui o procedimento recomendado à autora, qual seja, cirurgia intra-uterina para a correção de defeito no tubo neural do fato - cirurgia fetal para correção de meningomielocele, como procedimento de cobertura obrigatória. Diz não haver abuso ou ilegalidade na sua recusa. Alega a minoração ou limitação da multa diária excessiva. Alega inexistir danos morais.

Contrarrazões apresentadas às págs. 215/235.

Certidão de pág. 248 informando o transcurso de prazo sem manifestação de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Primeiramente, afasto o alegado cerceamento de defesa. Conforme será abaixo explanado, a realização das provas requeridas em nada alteraria o julgado.

Cabe ao juiz indeferir as diligências inúteis e desnecessárias ao deslinde da questão.

Inicialmente, cumpre lembrar que a relação entre as partes é tipicamente de consumo e a Lei n. 9.656/98 se aplica ao caso.

Acesso ao Sumário

Acerca do tema, cumpre transcrever ensinamentos de CLÁUDIA DE LIMA MARQUES, na Obra CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, em sua 4ª edição, às págs. 399, que bem delimita a aplicação do CDC aos contratos firmados já na égide da Lei 9.656/98 e que aqui também merecem transcrição:

"... Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço a consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º...."

Este assunto já, inclusive, sumulado por este Tribunal de Justiça e pelo STJ:

"**Súmula TJSP n. 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*".

"**Súmula STJ n. 469**: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde"

Assim, as exclusões e limitações impostas devem ser avaliadas com ressalvas, já que se trata de típica relação de consumo, a ser adequada ao Código de Defesa do Consumidor e se mostram abusivas, ante a previsão do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC.

Esta Câmara vem entendendo que os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

E ainda, os procedimentos de saúde não devem sofrer limitações quando o paciente está em tratamento, de grave enfermidade, caso dos autos.

A interpretação acima mencionada está em consonância com o artigo 423 do CC que assim dispõe: "*quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*". Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 47, dispõe que "*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*".

Os julgados deste Tribunal de Justiça têm sido no sentido de determinar ao plano de saúde a cobertura do tratamento completo para recuperação do paciente.

Aplicável ao caso a **Súmula 102** deste Tribunal:

Acesso ao Sumário

"*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***." (grifei)

O procedimento utilizado para tratamento foi recomendado por médico especialista (fls. 67), devendo, assim, o seguro-saúde cobrir as despesas do tratamento da autora.

Na realidade, como bem decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é o médico a pessoa apta a escolher o melhor tratamento para o paciente, e não o plano de saúde.

"*Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido*" (STJ-3ª T., Resp 668216/SP, Recurso Especial 2004/0099909-0, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15/03/2007).

Assegurar a cobertura da moléstia, porém excluir do contrato o tratamento mais adequado equivale, em última análise, a nada cobrir, afetando em excesso o sinalagma contratual e colocando o consumidor em manifesta desvantagem.

Nesse sentido, foi editada a **Súmula 96** deste E. Tribunal, que dispõe: "*Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento*".

Entre a aceitação de novos procedimentos pela comunidade científica médica e os demorados trâmites administrativos de classificação, não pode o paciente permanecer a descoberto, colocando em risco bens existenciais.

Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados com base científica. Por isso, a pretendida exclusão do custeio do tratamento somente poderia ser acolhida se houvesse manifesto descompasso entre a moléstia e o tratamento proposto, o que não restou demonstrado nos autos.

Ademais, conforme preceitua o artigo 35-F, da Lei n. 9.656/98, "*a assistência a que alude o artigo 1º desta lei, compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta lei e do contrato firmado entre as partes*".

Conforme já ficou decidido na apelação 582.104.4/5-00, 8ª Câmara, j.

Acesso ao Sumário

10.12.2008, que teve como relator o Desembargador Salles Rossi, participando do julgamento os Desembargadores Caetano Lagrasta e Joaquim Garcia, o que se aplica ao presente caso:

"*Ressalte-se que o contrato não prevê a exclusão específica do tratamento indicado, sendo, por conta disso, injusta a recusa da ré, à luz do Código de Defesa do Consumidor... A alegação de que o procedimento não está relacionado na 'Tabela Sul América' e nem mesmo em Resolução da CONSU - Conselho de Saúde Suplementar não pode prevalecer, haja vista que o contrato deve ser interpretado de forma a ajustá-lo aos avanços da medicina, sendo de rigor a cobertura para o tratamento com a droga prescrita*".

Não compete à operadora definir ou questionar a necessidade do tratamento de médico especializado que definirá a técnica empregada no tratamento que deve surtir o melhor resultado possível, reduzindo assim a possibilidade de complicações e agravamento do quadro do paciente, o que pode, inclusive, onerar ainda mais a operadora.

No mesmo sentido, vários julgados proferidos por este Tribunal:

Ementa: Ementa: *PLANO* DE *SAÚDE*. Autora gestante, cujo feto foi diagnosticado portador de "*mielomeningocele* sacral associada a Chiari tipo II, CID O35.0". Indicação de cirurgia fetal para correção de disrrafismo da coluna espinhal. Negativa de cobertura, sob alegação de que o procedimento não consta do rol da ANS. Abusividade da ré. Desnecessidade de expedição de ofícios à Conitec ou à ANS. Enunciados do CNJ que são apenas recomendações. Aplicação da Súmula 102 desta Corte. Necessidade de realização da cirurgia até a 26ª semana de gestação. Obrigatoriedade de cobertura no Hospital indicado pela autora. Não comprovação, pela ré, da existência de hospitais credenciados capacitados à realização da cirurgia. Dano moral caracterizado. Conduta que ultrapassou mero aborrecimento. Precedentes do STJ. Valor da indenização mantido. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados. Recurso não provido, com observação. (Apelação cível n. 1005093-44.2017.8.26.0320, Rel. Des. Fernanda Gomes Camacho).

Ementa: Ementa: Apelação Cível. *Plano* de *saúde* - Ação de obrigação de fazer - Autora que pretende a realização de cirurgia intrauterina corretora de *mielomeningocele* no feto no Hospital e Maternidade Santa Joana - Negativa de cobertura da ré, sob alegação de ausência de previsão do tratamento no rol de procedimentos de cobertura obrigatória da ANS - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Tratamento indicado por possuir a técnica mais avançada - Caracterização de situação de urgência e emergência - Aplicação da Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça - *Recusa* injustificada - Sentença mantida. Nega-se

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso. (Apelação cível n. 1015182-44.2016.8.26.0003, Rel. Des. Christine Santini).

O entendimento adotado por esta Câmara é no sentido que o reembolso das despesas deverá ser feito segundo a lição de Luiz Antônio Rizzato Nunes:

"*É claro que o reembolso se dará nas bases e pelos preços fixados no respectivo plano do qual o beneficiário faça parte. Assim, se houver diferença de preço para mais no atendimento feito fora do serviço próprio, ele ficará a cargo do consumidor. Se, ao revés, a diferença for a menor, a operadora não está obrigada a entregá-la ao consumidor, sob pena de se caracterizar enriquecimento ilícito*". (*in* "Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde", Luiz Antônio Rizzatto Nunes - Saraiva, 2ª ed., p. 13).

Todavia, no caso, a ré não comprovou a existência de hospitais credenciados capacitados para a realização da cirurgia de que necessitava a autora, conforme artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Esta Câmara entende que a mera discussão quanto à interpretação de cláusula contratual de plano de saúde não gera dano moral sujeito à indenização. Estaria caracterizado apenas um aborrecimento não suscetível de acarretar condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

"*PLANO DE SAÚDE - Cobertura - Recusa indevida - Ausência, no entanto, de danos morais que necessitem de reparação - Verba não devida - Sentença confirmada*" (JTJ 251/151).

Quanto ao valor da multa, ela só é devida em caso de descumprimento da ordem judicial, e seu valor poderá ser fixado de forma definitiva até a fase de execução.

Como é cediço, o valor da multa diária poderá ser alterado de ofício pelo juiz, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, segundo art. 537 do CPC.

Ainda não existem parâmetros para esta avaliação, pena de restar configurada supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Tendo a ré decaído do pedido principal e ante o princípio da causalidade, mantenho a condenação da ré nos ônus da sucumbência e fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Do exposto, dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007231-

62.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelada HEMINIA PRATA CESTAROLLI DIAS DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.865)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 8 de março de 2018.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Plano de saúde - Sentença de procedência parcial - Apelação da ré - Reajuste por faixa etária - Reajuste, em princípio válido, ressalvada análise de abusividade - Reajuste aplicado aos 66 anos de idade de maneira injustificada - Abusividade caracterizada - Vedação à aplicação de percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor de forma a praticamente excluir o idoso do plano - Necessidade de apuração de percentuais adequados e razoáveis de majoração das mensalidades que deverá ser feita por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença, em exata obediência ao entendimento firmado quando do julgamento do Recurso Especial Representativo de controvérsia nº 1.568.244-RJ - Ônus da prova da ré - Devolução simples dos valores pagos a maior, respeitada a prescrição trienal. Dá-se provimento em parte ao recurso.

VOTO

1. Trata-se de ação revisional de plano de saúde ajuizada por Herminia Prata Cestarolli Dias dos Santos contra Sul América Seguro Saúde S.A., visando à declaração de abusividade dos reajustes aplicados por mudança de faixa etária, após os 66 anos; seja determinada a aplicação do índice indicado pela ANS (13,46%), bem como a condenação da ré na devolução dos valores pagos a maior ou sua compensação nos próximos boletos de cobrança de mensalidade.

A ação foi julgada procedente em parte, nos termos da R. Sentença de

Acesso ao Sumário

fls. 206/211, para o fim de declarar abusivo o reajuste aplicado pela ré a partir de novembro de 2016, determinar o reajuste das mensalidades pelo índice máximo autorizado pela ANS para planos individuais a partir de agosto de 2016 e condenar a ré na devolução de eventuais valores cobrados a maior de forma simples, com correção monetária desde a data do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da data da citação. Face à sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas e despesas processais, além dos honorários advocatícios, estes fixados, por equidade, em R$ 1.800,00.

Inconformada, apela a ré, insistindo na improcedência da ação (fls. 273/294).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 344/358).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual, nos termos da certidão de fls. 365.

É o relatório.

2. O recurso merece parcial provimento.

Cinge-se a controvérsia à legalidade dos reajustes por mudança de faixa etária após os 66 anos aplicados pela ré à mensalidade do plano de saúde da autora, bem como à devolução de valores pagos a maior desde então.

De início, cumpre salientar que, tratando-se de plano de saúde, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, ainda que o contrato firmado entre as partes seja anterior à edição dos referidos diplomas, caracteriza-se ele como contrato de longa duração, renovável automaticamente e, desta forma, passa a ser regido pela nova legislação.

Tal entendimento, inclusive, foi consagrado pela Súmula nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> "*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.*"

Necessário considerar que recentemente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia 1.568.244 - RJ pacificou a possibilidade do reajuste de mensalidade do plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária e estabeleceu orientação a respeito, cuja ementa é de seguinte teor:

> "*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA.*

Acesso ao Sumário

LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO- ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii)

Acesso ao Sumário

não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela

Acesso ao Sumário

operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: 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.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido".

(REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Portanto, à luz dessa V. Decisão, os beneficiários de planos de saúde após completarem 60 (sessenta) anos poderão ter suas mensalidades reajustadas, desde que em índices razoáveis e concretamente fundamentados, não incorrendo na vedação disposta no Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que proíbe a discriminação nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade em seu artigo 15, parágrafo 3º.

No caso dos autos, o reajuste das mensalidades segue a disciplina do item 15 do contrato (fls. 98/99), e que prevê o seguinte regime de reajuste por mudança de faixa etária:

Faixa etária

- até os 17 anos,
- de 18 a 55 anos,
- de 56 a 65 anos,
- acima de 65 anos.

As cláusulas 15.3 e 15.3.1, respectivamente, dispõem o seguinte teor:

Acesso ao Sumário

"*15.3 Os prêmios mensais expressos em US serão convertidos em cruzados novos e depois transformados em BTN Fiscal, tornando-se como as datas em que passaram a vigorar os valores em cruzados novos das US vigentes nas respectivas datas previstas para pagamento do seguro.*

15.3.1 Na eventualidade de ser extinto o BTN Fiscal, os prêmios mensais expressos em US, serão convertidos em cruzados novos e depois transformados através de Indicador Oficial a ser estabelecido em sua substituição ou por outro que venha a ser estabelecido pela Seguradora".

O valor da US - Unidade de Serviço, por sua vez, é atualizado com base em fórmula contida nas cláusulas 15.4 e 15.4.1 do contrato, fundada na variação dos custos médico-hospitalares, entre outros fatores lá dispostos.

"*15.4 Os prêmios expressos em US, serão reajustados na mesma época a proporção em que for reajustado o Coeficiente de Honorários (CH) estipulado pela Associação Médica Brasileira - AMB*.

15.4.1 Independente do reajustamento acima, semestralmente, ou ainda, por força dos aumentos dos custos médicos e hospitalares, a Seguradora poderá efetuar o recálculo do prêmio mensal, cobrado do Segurado, a partir do mês subsequente a esse procedimento, o prêmio mensal resultante".

Da forma como foram redigidas as mencionadas cláusulas, é impossível verificar a correção da própria fixação da Unidade de Serviço, já que fundada em elementos unilaterais e não comprovados de forma contábil.

Aliás, esta Câmara já fixou entendimento da nulidade da US - Unidade de Serviço, entendimento que aqui se confirma.

Não se sabe a origem do percentual de reajuste aplicado, eis que não especificado em nenhuma cláusula contratual.

Desse modo, imperioso o reconhecimento da abusividade e, consequentemente, da nulidade das cláusulas contratuais que serviram de fundamento para os reajustes impostos unilateralmente pela ré, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, não é possível desde logo a fixação do valor do prêmio devido pela segurada, ante a ausência de parâmetros certos e seguros.

Reconhecida a abusividade dos reajustes objeto da lide, deverão ser apurados na fase de cumprimento de sentença índices alternativos que se mostrem mais adequados e razoáveis, em exata obediência ao entendimento firmado no Recurso Especial representativo de controvérsia acima mencionado, em seu item 9 que assim dispõe:

"*(...)*

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora

Acesso ao Sumário

de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença".

Em hipóteses análogas, já decidiu esta Colenda Câmara:

"REVISÃO DE CONTRATO - Seguro-saúde - Reajuste das parcelas do prêmio do plano de saúde de modalidade individual ou familiar - Legalidade, desde que previstos no contrato as faixas etárias e os percentuais de reajuste de forma clara - Inexistência de vedação, pelo Estatuto do Idoso, ao reajuste de mensalidades, por faixa etária, após o implemento de 60 anos, desde que o aumento não seja abusivo, desvinculado de qualquer justificativa atuarial e não atue como 'cláusula de barreira', expulsando indevidamente o idoso, do contrato, de forma discriminatória - Necessidade de observância de parâmetros para o reajuste das contraprestações, tais quais, (i) expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios; (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais - Abusividade a ser aferida no caso concreto, de acordo com a tese firmada para os fins do art. 1.040 do CPC/2015 (STJ, REsp 1568244) - ***Valor correto do prêmio apurável em liquidação por arbitramento, mediante perícia atuarial a ser custeada pela seguradora - Ação parcialmente procedente - Recurso parcialmente provido****".*

(TJSP; Apelação 1004282-41.2017.8.26.0011; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/10/2017; Data de Registro: 16/10/2017).

No mesmo sentido:

"Seguro Saúde - Contrato anterior à lei 9.656/98 e ao Estatuto do Idoso - Previsão contratual de reajustes por faixa etária aos 60 anos de idade - Regularidade, nos termos de Recurso Repetitivo apreciado pelo E. STJ - Magnitude dos aumentos, contudo, abusiva e injustificada - Redução a patamares adequados em cumprimento de sentença - Recurso parcialmente provido".

(TJSP; Apelação 1000716-21.2016.8.26.0011; Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03.03.2017).

"PLANO DE SAÚDE - Contrato Individual - Reajustes anuais e com base na mudança de faixa etária - Reajustes anuais efetivados segundo

Acesso ao Sumário

os índices autorizados pela ANS - Inexistência de abusividade - Reajuste por mudança de faixa etária - Em face do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.568.244 /RJ, submetido ao regime do art. 1.036 do CPC, no tocante aos planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS - Hipótese em que os índices foram aplicados de maneira totalmente aleatória, desprovidos de base contratual e atuarial, onerando demasiadamente a consumidora - Necessidade de apuração de percentual adequado e razoável, em fase de cumprimento de sentença, a fim de evitar desequilíbrio contratual - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido".

(Apelação nº 1077816-76.2016.8.26.0100; Relator: Moreira Viegas; 5ª Câmara de Direito Privado; 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09.08.2017).

Logo, a R. Sentença deve ser parcialmente reformada para determinar a apuração de percentual alternativo da mensalidade no que toca ao reajuste por faixa etária afastado, por meio de cálculos atuariais, na fase de cumprimento de sentença em exata obediência ao entendimento firmado quando do julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.568.244-RJ.

Anote-se que a produção da prova relativa aos cálculos atuariais é ônus da operadora, a quem incumbe demonstrar o valor do prêmio a ser pago.

Até a realização da perícia pagará a segurada o valor da última parcela do prêmio antes do reajuste por idade combatido, atualizado anualmente pela variação autorizada pela ANS, sem qualquer reajuste por faixa etária.

Por fim, destaco que apurando-se eventuais valores pagos a maior deverão ser devolvidos de maneira simples, acrescidos de correção monetária desde as datas dos respectivos desembolsos, com juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação, respeitada a prescrição trienal.

Por conta da sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com 50% das custas e despesas processuais, devendo a autora pagar ao advogado da ré honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, e a ré pagar ao advogado da autora honorários advocatícios, fixados também em 10% sobre o valor da causa.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001336-40.2015.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante S.R.X. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados J.C.O. (ESPÓLIO) e M.E.O. (INVENTARIANTE).

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 15884)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 9 de março de 2018.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: União estável - A autora e o falecido tiveram apenas um namoro, não havendo prova de convivência pública como marido e mulher, tampouco de relação duradoura e contínua e com o objetivo de constituição de família - Ação improcedente - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação de reconhecimento de união estável.

Alega a apelante: a) há fotos do casal em eventos festivos e recibos de compras de pão e leite na padaria realizadas pelo falecido que comprova terem morado juntos; b) possuía documentos pessoais como comprovantes de recebimentos de salário e declaração do INSS; c) há prova da união estável; d) a testemunha R. afirmou terem vivido juntos por pelo menos oito anos; e) V.A. esclareceu que o falecido alternava noites com a mãe e com a autora; f) H.M. afirmou que mantiveram relacionamento por pelo menos cinco anos e, na véspera de sua morte, o ***de cujus*** esteve com a autora.

É o relatório.

2. Na inicial, diz a autora ter mantido união estável com J.C.O. do ano de 2006 até seu falecimento em 30 de outubro de 2014.

Em contestação, afirmou-se que o falecido morava com sua mãe e namorou com a autora por breve período.

Ensina Milton Paulo de Carvalho que "são os requisitos da união estável: a)

Acesso ao Sumário

convivência pública: a publicidade exigida pela lei é a que significa notoriedade da relação, ou seja, que a união seja reconhecida no meio social em que vivem os companheiros (...); b) duradoura e contínua: a união do homem e da mulher deve ser durável, e não passageira, breve, circunstancial e momentânea (...); c) objetivo de constituição de família: não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. (...) Assim, o namoro aberto, a 'amizade colorida', o noivado não constituem união estável. É indispensável esse elemento subjetivo para configuração da união estável."[1]

A testemunha da autora, C.R.M., diz que tem amizade com a autora e frequenta sua casa. Afirmou que o falecido morava com a autora e viveram juntos por oito ou nove anos. Reconhecia o ***de cujus*** como sendo marido da autora.

A testemunha da autora, H.M.R., afirmou que o falecido não morava com a autora e era seu namorado. Às vezes o falecido "pousava" na casa da autora, mas ele vivia com sua mãe. Nunca lhe apresentou a autora como esposa.

A testemunha da autora, V.A.M., afirmou que o falecido tinha residência fixa na casa da mãe, mas "pousava" frequentemente na residência da autora. O "de cujus" afirmava que ela "era a mulher da vida dele", mas sabia-se que eram namorados.

A testemunha dos réus, G.S.M., afirmou que o falecido e a autora não moravam juntos. Ele teve um namoro com a autora e na época do falecimento sequer namoravam.

A testemunha dos réus, M.S.M., afirmou que não moraram juntos e apenas tiveram um namoro.

A autora juntou aos autos alguns poucos documentos pessoais do autor e também algumas fotos.

Com exceção da oitiva de C.R.M., de conteúdo muito duvidoso, as testemunhas não indicaram a existência de união estável.

Ao que se depreende, a autora e o falecido tiveram apenas um namoro, não havendo prova de convivência pública como marido e mulher, tampouco relação duradoura e contínua e com o objetivo de constituição de família.

De tal modo, não há nos autos prova suficiente da união estável.

3. Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Considerando o disposto no CPC 85, § 11, majoro os honorários advocatícios arbitrados aos advogados dos apelados para R$ 2.000,00, observada a gratuidade de justiça concedida à autora.

Acesso ao Sumário

1 Código civil comentado, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, 5ª edição, Manole, pp. 2031 e 2032.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001822-74.2016.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante DWAIR PRADO VIANNA JÚNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado UNIMED PINDAMONHANGABA COOPERATIVA TRABALHO MEDICO.

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, Por maioria de votos, vencidos o 4º juiz e o relator que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.139)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, vencedor, PAULO ALCIDES, vencido, VITO GUGLIELMI (Presidente), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 12 de março de 2018.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator Designado

Ementa: Plano de saúde coletivo - Autor demitido sem justa causa - Ausência de contribuição - Irrelevância - Remuneração indireta - Aplicação do artigo 30 da lei 9.656/98 - Direito de permanecer com o plano com as mesmas condições de cobertura, desde que arque integralmente com as parcelas, observado o prazo máximo previsto em lei - Recurso provido para julgar procedente a ação.

VOTO

Ação ordinária de restabelecimento de plano de saúde julgada improcedente pela r. sentença de fls. 297/311, de relatório adotado.

Recorre o autor, forte na alegação de que com sua demissão, ele e sua dependente foram automaticamente excluídos do plano de saúde coletivo, embora façam jus à permanência e dela dependam para prosseguir com seus tratamentos. Sustenta que o valor pago a este título pela empregadora constituía sua remuneração mensal, tratando-se, portanto, de contribuição do trabalhador, devendo ser aplicado o disposto no art. 30 da Lei 9.656/98.

Recurso isento de preparo e respondido (fls. 334/345).

É o relatório.

O D. Relator sorteado negou provimento ao recurso, pois entendeu inexistente custeio do plano de saúde pelo autor.

Acesso ao Sumário

Respeitado seu entendimento, ouso divergir.

O custeio integral do plano de saúde pelo empregador não tem relevância para afastar a incidência dos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98.

Não desconheço precedentes, inclusive do STJ, em sentido contrário, mas entendo que o benefício da assistência à saúde se traduz como salário indireto, perfazendo contribuição do trabalhador.

A interpretação restritiva que se busca dar à Resolução 279/2011 da ANS não se sustenta, pois não pode com essa interpretação de norma infra legal impor restrição que não consta expressamente na lei.

Em hipóteses análogas já decidiu esta C. Câmara: EI 0008218-60.2011.8.26.0445, Rel. Paulo Alcides, j. 27/02/2014 e Ap. 0003943-34.2012.8.26.0445, Rel. Francisco Loureiro, j. 13/06/2013.

No mesmo sentido:

"*Esta Corte igualmente vem interpretando de forma extensiva a palavra 'contribuição', para admitir como contribuição tanto o pagamento direto, feito pelo empregado mediante desconto em folha de pagamento, quanto a contribuição indireta, caracterizando-se esta segunda modalidade quando o empregador arca integralmente com o pagamento do plano de saúde como forma indireta de remuneração para o empregado (salário indireto), que é o caso dos autos. (...) Fica evidente, assim, que a RN 279/2011 permite que a contribuição seja feita de forma direta, mediante desconto em folha de pagamento, mas, ao utilizar a expressão 'inclusive com desconto em folha de pagamento', também admite que mesma possa ser feita de outras maneiras, inclusive de forma indireta, em consonância, portanto, com o entendimento desta Corte*". (Ap. 1084076-77.2013 - Rel. Miguel Brandi - 7ª Câmara de Direito Privado - j. 22/08/2014)

E a descrição do fornecimento de assistência à saúde como "utilidade" e não como "salário", trazida no bojo da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 458, º2º, inc. IV), não descaracteriza sua natureza essencialmente remuneratória, ainda que indireta.

Tal classificação tem efeitos somente em relação àquele normativo legal específico - "*para os efeitos previstos neste artigo*" (art. 458, §2º) - e somente reforça seu caráter de contraprestação aos serviços oferecidos pelo empregado.

Sobre o tema já se pronunciou este E. Tribunal no sentido de que "*A irresignação das rés acerca do não preenchimento dos requisitos previstos do artigo 31 da Lei nº 9656/98 não se sustenta. A contribuição paga pela ex-empregadora nada mais é do que salário indireto, ainda que a mensalidade do plano seja arcada integralmente pela pessoa jurídica. Não há colidência deste com o disposto no artigo 458, §2º, inciso IV, da CLT*". (Ap. 0001022-12.2013, rel. Milton Carvalho, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 12/12/2013).

Acesso ao Sumário

Já o § 6º do artigo 30 da Lei 9.656/98 dispõe apenas que não se considera contribuição a coparticipação do consumidor como fator moderador. Entretanto, isso não altera a natureza de salário indireto do benefício, nem afasta a aplicação do artigo 31 da mencionada lei.

Preenchidos assim os requisitos legais para que o apelante e sua dependente continuem na condição de segurados do plano em questão, desde que arquem com a integralidade do valor mensal, de rigor a procedência da demanda.

Em face do exposto, meu voto daria provimento ao recurso para julgar procedente a ação, invertidos os ônus a sucumbência, majorados os honorários recursais para 12% do valor da causa, considerado o disposto no art. 85, parágrafo 11, do CPC/15.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32346)

Respeitando o entendimento da Douta Maioria, ousei divergir pelas razões seguintes:

Inicialmente, indefiro a liminar pleiteada, pois, a despeito dos argumentos apresentados pelo apelante, ausentes os requisitos para sua concessão, em especial a plausibilidade do direito.

Além disso, a medida seria ineficaz nesta oportunidade, visto que o mérito do recurso está sendo apreciado.

Pois bem.

Cuida-se de ação de manutenção de plano médico ajuizada por funcionário aposentado e posteriormente demitido, na qual pretende a sua permanência e de seus dependentes no Plano de Saúde, por tempo indeterminado, nas mesmas condições de cobertura assistencial anteriormente contratadas, mediante o pagamento integral do benefício, conforme estabelece o artigo 31 da Lei nº 9.656/1998.

Revendo meu posicionamento anterior sobre o tema, entendo, em consonância com orientação firmada pelas 3.ª e 4.ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, que ex-empregado que não contribuiu para o plano de saúde coletivo durante a vigência do contrato de trabalho (pois o seguro era custeado integralmente por seu empregador) não tem direito à manutenção como beneficiário da apólice coletiva após o seu desligamento da empresa.

Isto porque, conforme disposto nos artigos 30 e 31, da Lei nº 9.656/98, foi assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa, ou ao aposentado, o direito de manutenção como beneficiário do plano, desde que tenha contribuído para o plano em decorrência do vínculo empregatício.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que, para efeitos da Lei de Planos de Saúde, a coparticipação no pagamento de procedimentos ou na utilização dos serviços de assistência médica e hospitalar não é considerada contribuição (art. 30, § 6º).

Nesse contexto, contribuir para o plano de saúde significa pagar uma mensalidade, independentemente de estar usufruindo os serviços de assistência médica. Portanto, quando os planos de saúde coletivos forem custeados exclusivamente pelo empregador, não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário.

Além do mais, nos termos do art. 458, § 2º, IV, da CLT[1], as assistências médica, hospitalar e odontológica oferecida aos trabalhadores não podem ser consideradas como salário.

Assim, considerando que o pagamento efetuado pelo empregador ao seguro saúde não possui natureza salarial e que a Lei 9.656/98 expressamente exige como requisito para fazer jus ao benefício dos artigos 30 e 31 a contribuição por parte do empregado, tem-se a impossibilidade de manutenção do plano de saúde.

Nesse sentido, pela força do argumento, vale transcrever julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO. MANUTENÇÃO DA ASSISTÊNCIA MÉDICA. ART. 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa faz jus à manutenção no plano de saúde coletivo empresarial quando, na atividade, a contribuição foi suportada apenas pela empresa empregadora. 2. É assegurado ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998). 3. Nos termos dos arts. 30, § 6º, e 31, § 2º, da Lei nº 9.656/1998, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar. 4. Contribuir para o plano de saúde*

Acesso ao Sumário

1 Art. 458, § 2.º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: [...]

IV - assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde.

significa, nos termos da lei, pagar uma mensalidade, independentemente de se estar usufruindo dos serviços de assistência médica. A coparticipação, por sua vez, é um fator de moderação, previsto em alguns contratos, que consiste no valor cobrado do consumidor apenas quando utilizar o plano de saúde, possuindo, por isso mesmo, valor variável, a depender do evento sucedido. Sua função, portanto, é a de desestimular o uso desenfreado dos serviços da saúde suplementar. 5. O plano de assistência médica, hospitalar e odontológica concedido pelo empregador não pode ser enquadrado como salário indireto, sejam os serviços prestados diretamente pela empresa ou por determinada operadora (art. 458, § 2º, IV, da CLT). Com efeito, o plano de saúde fornecido pela empresa empregadora, mesmo a título gratuito, não possui natureza retributiva, não constituindo salário- utilidade (salário in natura), sobretudo por não ser contraprestação ao trabalho. Ao contrário, referida vantagem apenas possui natureza preventiva e assistencial, sendo uma alternativa às graves deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), obrigação do Estado. 6. Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa, prevista em contrato ou em convenção coletiva de trabalho, sendo irrelevante a tão só existência de coparticipação, pois esta não se confunde com contribuição. 7. Recurso especial provido. (REsp 1.594.346-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09.08.16).

Confira-se, ainda:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO. MANUTENÇÃO DA ASSISTÊNCIA MÉDICA. ART. 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO. [...] 4. Agravo interno não provido". (STJ. AgInt no REsp 1603757/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO. ASSISTÊNCIA MÉDICA. MANUTENÇÃO. ART. 31 DA LEI 9.656/98. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONTRATO DE TRABALHO. VIGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. 1. A Quarta Turma,

Acesso ao Sumário

em recente julgado, posicionou-se no sentido de que 'os valores pagos pelo ex-empregado, única e exclusivamente, a título de coparticipação ou franquia em procedimentos, como fator de moderação na utilização dos serviços, não caracterizam contribuição e, consequentemente, não ensejam o exercício do direito de manutenção no plano de saúde coletivo empresarial previsto nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656/98' (REsp 1.608.346/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe de 30/11/2016) '2. No caso, tendo o plano de saúde sido financiado integralmente pela ex- empregadora, não estão caracterizados os requisitos necessários para sua manutenção nas mesmas condições do plano de saúde coletivo de quando empregado. 3. Agravo interno não provido'". (STJ. AgInt no AgInt no REsp 1615164/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 14/03/2017).

Por tais razões, a improcedência da demanda era medida que se impunha.

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

PAULO ALCIDES AMARAL SALLES, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1074365-77.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SEI BARONESA DE BELA VISTA EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA. e SETIN INCORPORADORA LTDA., é apelado BONS ARES - ARQUITETURA, CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.089)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 13 de março de 2018.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, cumulada com pedido de restituição de valores, formulado pela compradora, por simples

conveniência desta - Revisão do negócio anterior decretada, com ordem de retenção do percentual de 10% sobre o valor pago, após deduzida a comissão de corretagem - Apelo exclusivo das alienantes - Validade do distrato celebrado pelas partes que encontra apoio no que dispõe o artigo 104, e seus incisos I a II, do Código Civil - Ausente comprovação de quaisquer vícios legais, como aqueles previstos nos artigos 138, 145, 151, 156 e 157, do Código Civil, a justificar a modificação de valores recebidos, pena de violar o princípio da boa-fé contratual que devem prevalecer em todos os negócios jurídicos - Apelo provido.

VOTO

1. Ao relatório constante da sentença de fls. 251/254, acrescento que esta julgou procedente em parte ação declaratória de nulidade de cláusulas, cumulada com pedido de ressarcimento de valores, para declarar a "(...) nulidade das cláusulas 6.8, 6.8.1 e 6.8.2 dos contratos entabulados entre as partes (fls. 46), ela reduzindo-se o percentual de restituição para 10% do valor pago após desconto da comissão de corretagem, valores que deverão ser restituídos com correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, a serem apurados em fase de cumprimento de sentença (...)".

Recorreram as alienantes (fls. 257/267), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da corré, pois não fez parte do negócio celebrado pelas partes. Defendem ainda a carência de ação por falta de interesse de agir, uma vez que firmado instrumento particular de distrato pelas partes (fls. 79/83), por meio do qual restou acordado que haveria devolução de valores, já acrescidas das deduções prevista na cláusula 6.8, descabida seu arrependimento posterior objetivando a suplementação deste, tanto que aceitou ao assinar o distrato. Logo, a prevalecer o decisum, "significará enterrar a segurança jurídica dos negócios firmados entre partes plenamente capazes" (fl. 261), pois houve ampla, rasa e irrevogável quitação. Por fim, pede o afastamento da moratória, já que o desfazimento do contrato é imputado à adquirente ou, quando no máximo, se devida, que a incidência dos juros seja a partir do trânsito em julgado.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 276/285.

2. De início, não há que se falar em ilegitimidade passiva da corré Sei incorporação e Participações Ltda., como insistido no recurso, pois, como bem esclarecido pelo julgador monocrático as rés integram o mesmo grupo econômico, tanto que na Junta Comercial de São Paulo (fls. 85/86) e no contrato

Acesso ao Sumário

social (fls. 116/139), esta consta como sócia e detentora de 99,9% das cotas sociais da empresa ré (fls. 85/86 e 116/139).

No mais, respeitada a convicção do ilustre julgador a quo, o recurso merece guarida.

Isto porque não se questiona o direito da apelada compradora de postular a rescisão da avença celebrada, por pura conveniência desta, ou seja, pela impossibilidade de continuar suportando os encargos assumidos.

No caso concreto, contudo, as partes já firmaram espontaneamente distrato do negócio em questão em 24 de julho de 2014, ocasião em que foi acertada a devolução da quantia de R$ 220.880,58 (sete parcelas de R$ 31.554,37), isto é, quase 66% dos valores pagos (fls. 79/83).

Nesse cenário, não se mostra razoável que agora a adquirente venha rever as condições nele livremente estabelecidas, até porque nada a obrigava a aceitá-lo, podendo livremente se socorrer do Poder Judiciário, como tardiamente o fez.

Com efeito, a validade do distrato celebrado pelas partes encontra apoio no que dispõe o artigo 104, e seus incisos I a II, do Código Civil: "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei".

Logo, ausente comprovação de quaisquer vícios legais, como aqueles previstos nos artigos 138, 145, 151, 156 e 157, do Código Civil, no distrato celebrado entre as partes, nele deve prevalecer o pactuado/acordado, pois não comprovado vício de coação ou de consentimento, evidenciando hipótese de clara evidência de que houve simples arrependimento.

Nem se cogite argumentar que a apelada firmou o distrato premido por necessidade financeira, e por isso decidiu fingir que aceitava o que lhe foi proposto, para depois buscar em juízo uma quantia maior.

Isto porque, se isto veio a ocorrer, tal conduta não pode ser incentivada pelo Poder Judiciário, pois viola claramente o princípio da boa-fé contratual que devem prevalecer em todos os negócios jurídicos.

Além disso, esse comportamento, também conhecido como reserva mental encontra restrição no artigo 110, também do Código Civil: "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

Nem mesmo é possível impor, nesses casos, a interpretação de que o Código de Defesa do Consumidor autoriza o julgador a desconsiderar as cláusulas tidas como abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem desproporcional.

Isto porque essa possibilidade existe quando da análise de contratos ainda em vigor, ou seja, quando o próprio consumidor, no curso da ação demonstra seu inconformismo quanto a esta e coloca a questão a exame do juízo e não como

forma de rever o arrependimento ineficaz daqueles que não se assenhoraram melhor de seus possíveis direitos antes de firmar qualquer composição extrajudicial para prevenir litígios.

Não se cuida, pois, de insistir na aplicação da antiga regra do pacta sunt servanda, mas a apenas em impor aos consumidores o encargo de assumirem a responsabilidade por seus atos, não se justificando a posterior busca pela proteção paternalista do Estado, que deve tratar de forma igualitária a parte adversa.

Por essa razão, descabida a pretensão de recebimento de diferença de valores que entende devida, pois ausente prévia demonstração e pedido expresso de anulação do anterior ajuste, comprovando que, naquele primeiro momento, ocorreu vício de consentimento, e não somente, depois, mero arrependimento daquilo que antes se ajustou.

A hipótese, pois, é de improcedência do pleito inicial, o que conduz à transferência total dos encargos da sucumbência à adquirente, nos quais se inclui a verba honorária devida ao patrono das apelantes, fixados agora em 10 % do valor da causa.

Com o acolhimento integral do apelo, responderá exclusivamente a vencida pelos encargos da sucumbência, nas quais se inclui a honorária devida em favor do patrono da recorrente, ora fixada em 10%, do montante pleiteado na inicial.

3. Ante o exposto, para os fins acima, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001710-21.2007.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que são apelantes D.V.M. e F.V.M., são apelados B.A.S.M. (JUSTIÇA GRATUITA) e M.J.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21491)**

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

São Paulo, 20 de março de 2018.

COELHO MENDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME HEMATOLOGICO CONCLUSIVO A EXCLUIR A PATERNIDADE. PRINCÍPIOS DO CODIGO CIVIL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE NEGATORIA DE PATERNIDADE DEPENDE, ALÊM DA EXISTÊNCIA BIOLÓGICA, TAMBÉM DE EVIDÊNCIA DE RELAÇÕES SOCIOAFETIVAS. OITIVA DE TESTEMUNHAS COMPROVANDO A SOCIOAFETIVIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls. 687/689 que, nos autos da ação de Desconstituição de Paternidade proposta por D.V.M. e F.V.M. em face de B.A.S.M., julgou-a improcedente, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I.

O Magistrado condenou os requerentes no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformados, apelam os autores sustentando que o exame de DNA veio ao encontro do foi narrado na inicial, confirmando que o requerido não é filho de J.R.M., pai dos requerentes.

Afirmam, também, que não existe, nos autos, nenhuma prova de afetividade entre o apelado e J., genitor deles.

Pleiteiam a procedência da ação, reconhecendo e declarando a desconstituição da relação de paternidade de J.R.M. em relação a B.A.S.M.

Recurso tempestivo, com apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não prospera.

Os autores ingressaram com ação de desconstituição de paternidade alegando, na inicial, que, diante das características morfológicas externas diferentes entre eles e o requerido, tinham dúvida de que era fruto de um relacionamento extraconjugal do pai.

Pleitearam a realização do exame pericial.

O feito foi extinto pela sentença de fls. 26/27, que reconheceu a ilegitimidade "ad causam" dos autores.

Pelo V. Acórdão de fls. 70/79, a sentença foi anulada, com determinação do prosseguimento do feito.

Acesso ao Sumário

As partes realizaram o exame de DNA que excluiu a possibilidade do vínculo genético entre o requerido e o pai dos requerentes.

No caso em questão, entretanto, foram produzidas provas robustas, tanto testemunhais, como documentais, que J. manteve vínculo de afetividade com o apelado.

Com isso, a ação foi julgada improcedente, o que ensejou o recurso dos autores.

Como bem salientado pela Magistrada:

"*Em que pese o exame de DNA de fls. 587/597 tenha excluído a paternidade de J.R.M em relação a B.A.S.M, verifica- se, através da escritura acostado a fls. 457v., que o falecido reconheceu espontaneamente a paternidade do requerido, não havendo indícios de que tenha sido ludibriado ou induzido em erro pela genitora do requerido B, não estando configurado a hipótese prevista no artigo 1.604, última parte, do Código Civil.*"

Mais adiante destaca:

"*Ademais, as testemunha arroladas pelos requeridos corroboraram a prova documental. A testemunha A.F.S. disse que conheceu J.M e B. os quais moravam em T. Afirmou que B. morava com o pai desde os três ou quatro anos de idade e que apenas se mudou da T. aos doze anos, quando o pai ficou doente. Disse também que B. e J. se comportavam como pai e filho. A testemunha D.B.S. disse que conhece B. desde a infância. Disse também que estudaram juntos dos seis aos doze anos na cidade de T. e que conhecia J. como o 'pai do B' em razão de serem colegas de escola. Por fim, afirmou que J. tratava B. como filho.*"

Oportuna transcrição de trecho de Maria Berenice Dias a respeito do tema:

"*A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força da presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.*". ("Manual de Direito das Famílias". 9ª Edição. São Paulo: Editora RT. 2013. Página 381).

No mesmo sentido escreveu Rolf Madaleno:

"*A grande controvérsia fica por conta da conveniência em proceder à anulação do falso reconhecimento procedido por erro, por coação, ou por não corresponder à verdade, principalmente quando já se estabeleceu para o descendente uma relação socioafetiva de filiação, optando os tribunais por negar a anulação do registro e por reconhecer como válida e jurídica a filiação sociológica*". (Curso de Direito de Família, 3ª ed., Ed. Forense, p. 425).

Acesso ao Sumário

No caso foram juntados, aos autos, cópias de ação de busca e apreensão de menor, que culminou com ação de guarda, onde houve acordo com a mãe apelado, no que concerne à guarda, alimentação e regulamentação de visitas, ficando o apelado em companhia do genitor dos apelantes.

Há documentação comprovando que J. acompanhava o desempenho de B. na escola.

Pelo depoimento prestado pelo pai dos autores, na medida cautelar inominada (fls.260), nota-se a existência de afetividade entre ele e B., onde destacou a sua convivência com a mãe e com o menor.

Ressaltou, na oportunidade, que não podia fazer uma aproximação entre seus filhos, os autores da demanda e o requerido, porque a esposa e mãe deles, não aceitava o menino, por se tratar de fruto de adultério do marido.

Vale destacar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu que o êxito em ação negatória de paternidade, em conformidade com os princípios do Código Civil e da Constituição Federal, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência da origem biológica e de que não tenha sido constituído o estado de filiação.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"'DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido.' (STJ. REsp 1059214/RS. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 16/02/2012) (grifei). Ausente qualquer prova no sentido de inexistência de socioafetivade entre o autor e a menor, inclusive sem oitiva

Acesso ao Sumário

de testemunhas, realização de estudo psico-social, e, ainda, parecer de mérito do Ministério Público sobre o tema, incabível o julgamento no estado do processo."

Os autores acreditam que o pai tenha sido induzido a erro. Entretanto, eles não se desincumbiram de seu ônus probatório.

Com isso, uma vez feito o reconhecimento da paternidade, a ação desconstituição de paternidade só seria pertinente se houvesse a demonstração de erro, vício de consentimento ou falsidade da declaração, o que não ocorreu.

A filiação socioafetiva, ainda que comprovado a inexistência de vínculo biológico, constitui uma relação de fato a ser reconhecida e amparada juridicamente.

Com isso, a sentença deve ser mantida.

E, em razão da interposição do recurso, com apresentação de contrarrazões por parte do apelado, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro em mais 10% do valor atualizado da causa, os honorários advocatícios fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1043588-75.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAIMUNDO PEREIA DE MAGALHÃES 817 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são apelados JOSÉ DO NASCIMENTO e ELISA GOMES FRANCISCO NASCIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14109)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 27 de março de 2018.

Acesso ao Sumário

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. RETENÇÃO DE PARCELAS PAGAS. JUROS DE MORA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. Sentença de procedência, rescindindo o contrato de compra e venda e condenando a ré a restituir aos autores os valores pagos, com retenção apenas de 10% (dez por cento). Irresignação da ré.

1. Devolução/Retenção de parcelas pagas. Pretensão de aplicação de percentual contratual de retenção. Cláusula abusiva (art. 51, IV, CDC). Percentual de retenção fixado em 10% (dez por cento) do valor do contrato. Manutenção.

2. Personalização do imóvel. Cláusula contratual que previa prefixação de valor para reversão das alterações. Ausência de comprovação do custo da reversão, ônus da ré (art. 373, II, CPC). Abusividade da prefixação ao consumidor (art. 51, IV e X, CDC). Incidência apenas da multa de 20% (vinte por cento) dos valores pagos pela personalização.

3. Juros de mora. Incidência a partir do trânsito em julgado. Precedentes do STJ.

Sentença parcialmente reformada, (i) condenando a ré a devolver 80% (oitenta por cento) dos valores pagos pela personalização do imóvel (ps. 92/94), autorizada retenção de 20% (vinte por cento), (ii) condenando a ré a devolver 90% (noventa por cento) dos valores pagos pela compra do imóvel (ps. 102/105), autorizada a retenção de 10% (dez por cento) dos valores pagos, e (iii) cada condenação será corrigida monetariamente pela tabela prática do TJ-SP, desde cada desembolso, e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado. Sucumbência mínima dos autores (art. 86, § único, CPC). Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de ps. 224/227, que julgou procedentes pedidos de rescisão de contrato de compra e venda c/c restituição

de parcelas pagas, formulados por José do Nascimento e Elisa Gomes Francisco Nascimento em face de Raimundo Pereia de Magalhães 817 Empreendimentos Imobiliários Ltda., rescindindo o contrato de compra e venda e condenando a ré a restituir aos autores os valores pagos, com retenção apenas de 10% (dez por cento).

Sentença integrada por decisão de ps. 233, que rejeitou embargos declaratórios da ré (ps. 229/232).

Inconformada, apela a ré (ps. 235/248), alegando, em síntese, que o direito de retenção em caso de rescisão por culpa dos compradores englobaria valores para compensação de custos administrativos, com despesas comerciais do empreendimento e para pagamento de impostos. Afirma que a culpa pela rescisão foi dos apelados, pela inadimplência contratual. Sustenta que a crise econômica deveria ser fator considerando, causando problemas a todos os setores nacionais, tendo havido aumento considerável dos compradores que requereram o distrato nos últimos anos. Assim, haveria efeito em cascata pelas constantes rescisões e decisões judiciais para devolução de 90% (noventa por cento) dos valores pagos. Alega que seria mais razoável o percentual de 30% (trinta por cento) de retenção, para prestigiar a reposição adequada ao *status quo ante*. Aduz também que os juros de mora apenas poderiam incidir após o trânsito em julgado, e não desde a citação, com base no artigo 394 do Código Civil. Por fim, pretendem também que se exclua do valor de restituição o que fora pago para personalização do imóvel, havendo cláusula contratual que prevê valor a ser pago a título de multa para a reversão da personalização do imóvel. Além disso, a personalização seriam benfeitorias voluptuárias, não indenizáveis.

Recurso regularmente processado.

Contrarrazões a ps. 253/260.

Sem oposição ao julgamento virtual (p. 266).

Os autos encontram-se em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Trata-se de ação de rescisão de contrato de compra e venda, julgada procedente para rescindir o contrato, condenada a ré a devolver o valor de 90% (noventa por cento) das parcelas pagas.

A ré recorre exclusivamente quanto ao valor da retenção, de forma que a declaração de rescisão do contrato deve ser mantida.

A ré pretende a reforma da sentença para que (i) seja aplicado o percentual de devolução previsto contratualmente ou (ii) seja majorada a retenção de 10% (dez por cento) para 30% (trinta por cento), isto é, limitada a devolução a 70% (setenta por cento) dos valores pagos.

Acesso ao Sumário

A divergência das partes está no eventual percentual a ser retido, em caso de rescisão do contrato, retenção que varia dependendo de ser a rescisão por inadimplemento dos autores (art. 475, CC) ou se apenas por manifestação de direito potestativo (art. 473, CC).

A ré pretende a incidência da cláusula VIII (p. 59), que prevê o desconto de algumas despesas administrativas e do imóvel: A - custos administrativos e de promoção de venda, de 10% (dez por cento) dos valores recebidos pela vendedora, B - contribuição ao PIS à taxa vigente na ocasião, C - contribuição ao COFINS à taxa vigente na ocasião, D - outros impostos, tributos ou contribuições incidentes sobre este negócio imobiliário, E - multa compensatória de 10% (dez por cento) sobre o valor total do contrato, e F - outras despesas comprovadas pela vendedora.

Trata-se de cláusula, em grande parte de seus incisos, claramente abusiva, cuja incidência é indevida nos termos dos artigos 51, inciso IV, e 53 do Código de Defesa do Consumidor, como bem decidido pelo I. Magistrado sentenciante.

Apenas o valor do item A revela-se razoável já que calculado sobre os valores pagos, e não sobre o total do contrato.

Os itens B, C e D são despesas que, antes da imissão do comprador na posse do imóvel, devem ser arcadas pela vendedora, além de estarem relacionadas ao objeto do negócio da empreendedora.

O item poderia representar percentual razoável para prefixação de danos, como cláusula penal (arts. 408 e ss., CC), mas o cálculo sobre o valor total do contrato representa fixação abusiva, já que se calcula não sobre o que foi efetivamente arcado pelo comprador rescindente, mas também sobre aquilo que ainda não foi quitado.

Assim, apenas o percentual previsto no item A da cláusula VIII deve ser aplicado para a devolução, já que é o único compatível ao limite que a jurisprudência considera não excessivo, conforme o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.* ***CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL*** *COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA SOBRE ESSE MESMO BEM.* ***INADIMPLEMENTO DOS COMPRADORES. RESCISÃO DO NEGÓCIO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS****. NECESSIDADE DE ALIENAÇÃO DO IMÓVEL PARA QUITAÇÃO DA DÍVIDA. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.514/1997. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 3.* ***A jurisprudência desta Corte, em casos análogos, de resolução do compromisso de compra e venda por culpa do promitente comprador, entende ser lícito ao vendedor reter entre 10% e 25% dos valores pagos.*** *4. Agravo interno a que se nega provimento.*"

Acesso ao Sumário

(STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp n° 1.361.921/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23/06/2016 - sem destaque no original).

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.* ***1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga.*** *2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do distrato, bem como em se tratando de* ***comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior. 3. É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada.*** *4. Agravo interno não provido.*" (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp n° 807.880/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 19/04/2016 - sem destaque no original).

A apelante pretende a retenção de pelo menos 30% (trinta por cento) dos valores pagos, mas que não representa percentual nem fixado em contrato nem compatível com a jurisprudência acima referida.

Portanto, deve ser mantida a retenção de apenas 10% (dez por cento) dos valores pagos (ps. 102/105).

Para os valores contratados para personalização do imóvel, contudo, respeitado o entendimento divergente do I. Magistrado sentenciante, deve-se acolher retenção maior.

Conforme contrato firmado para a personalização (ps. 96/98), previa-se que haveria, em caso de rescisão do contrato de compra e venda, o pagamento de R$ 12.291,69 (doze mil, duzentos, noventa e um reais e sessenta e nove centavos), além de multa equivalente a 20% (vinte por cento) do valor total da personalização (cláusula terceira - p. 97).

O primeiro valor previsto representaria o custo para reversão das modificações solicitadas. Porém, cabia à apelante (art. 373, II, CPC), comprovar que o valor da reversão seria correspondente a este montante pré-fixado, já que a prefixação representava o custo do serviço de reversão.

Acesso ao Sumário

Sem provas de que o valor pré-fixado representava o custo para a execução da reversão, a incidência de tal montante bruto previsto representa cláusula abusiva ao consumidor, na forma do artigo 51, incisos IV e X, do Código de Defesa do Consumidor.

Já o percentual previsto, de 20% (vinte por cento) do valor da personalização, não representa montante exagerado, de acordo com os precedentes acima colacionados.

Portanto, cabível a incidência parcial da cláusula terceira do termo de opção da personalização, para que, dos valores pagos pela personalização, a ré devolva 80% (oitenta por cento), com retenção de 20% (vinte por cento) dos pagamentos (ps. 92/94).

Por fim, também tem razão a apelante quanto à incidência dos juros de mora.

A correção monetária deverá ocorrer a partir de cada desembolso, tal como constou na sentença. Quanto aos juros de mora dessa condenação, a sentença comporta reforma, pois eles devem incidir a partir do trânsito em julgado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DESEMBOLSO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.* ***1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em caso de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, a correção monetária das parcelas pagas, para efeitos de restituição, incide a partir de cada desembolso. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo interno não provido.***" (STJ, 4ª Turma, AgInt no AREsp nº 208.706/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 22/08/2017 - sem destaque no original).
>
> "*DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C PEDIDO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. ARRAS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CUMULAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS ARRAS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. [...]* ***9. Os juros moratórios, na hipótese de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa dos promitentes compradores, devem incidir a partir da data do trânsito em julgado, posto que inexiste mora anterior do promitente vendedor****. Precedentes. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.*" (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.617.652/DF,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/09/2017 sem destaque no original).

"*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROMESSA. COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA PELO PROMITENTE COMPRADOR. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DECISÃO JUDICIAL. SÚMULA 83/STJ.* ***1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o termo inicial dos juros de mora na hipótese de devolução de valores decorrente de resolução de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador é a data do trânsito em julgado da decisão.*** *2. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp nº 474.503/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 09.09.2014 - sem destaque no original).

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** ao apelo, reformando-se a r. sentença, (i) condenando a ré a devolver 80% (oitenta por cento) dos valores pagos pela personalização do imóvel (ps. 92/94), autorizada retenção de 20% (vinte por cento), (ii) condenando a ré a devolver 90% (noventa por cento) dos valores pagos pela compra do imóvel (ps. 102/105), autorizada a retenção de 10% (dez por cento) dos valores pagos, e (iii) cada condenação será corrigida monetariamente pela tabela prática do TJ-SP, desde cada desembolso, e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado.

Embora reformada a sentença, mantém-se a condenação sucumbencial exclusiva da ré, pela sucumbência mínima dos autores (art. 86, § único, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4002191-63.2013.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada MAILY MÓDOLO MUNHOZ BONILHA, é apelado/apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Alteraram o v. acórdão proferido no julgamento da apelação para limitar a condenação da ré à restituição dos valores pagos a maior às mensalidades vencidas a partir de dezembro de 2010. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13274)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), RÔMOLO RUSSO e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 27 de março de 2018.

Acesso ao Sumário

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: Submetido o presente recurso de apelação a novo julgamento pela Turma Julgadora, em razão da determinação do Exmo. Des. Presidente da Seção de Direito Privado, nos termos do art. 1.030, II, do CPC. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. PRESCRIÇÃO. E. STJ, em regime de recursos repetitivos (REsp 1360969/RS), definiu a prescrição trienal para pretensão de restituição de quantias pagas a maior em virtude de reajustes abusivos, podendo a revisão de cláusula contratual abusiva ser requerida a qualquer tempo durante a vigência do contrato. Restituição de valores pagos a maior devida, limitada pela prescrição trienal. Acórdão da apelação alterado para limitar a condenação da ré à restituição dos valores pagos a maior às mensalidades vencidas a partir de dezembro de 2010.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*AÇÃO DECLARATÓRIA C/C DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS A MAIOR COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA 'INAUDITA ALTERA PARTE*'" (*sic*) ajuizada por MAILY MÓDOLO MUNHOZ BONILHA em face de SULAMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, visando a declaração de nulidade das cláusulas contratuais relacionadas com o reajuste do prêmio por mudança de faixa etária ao completar 56 e 60 anos de idade e o aumento anual progressivo de 5% após os 71 anos, bem como a restituição das quantias pagas a maior.

A r. sentença (fls. 252/254) julgou a ação parcialmente procedente, nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, DECIDO por* ***JULGAR PROCEDENTE EM PARTE*** *o pedido formulado por* ***MAILY MÓDOLO MUNHOS BONILHA*** *em face de* ***SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE****, para reconhecer a nulidade dos aumentos por faixa etária a partir dos 60 anos de idade, condenando-se a ré a restituir os valores cobrados a maior, com correção monetária desde o desembolso, pela tabela prática do TJSP, e juros de 1% ao mês, a partir da citação, a ser apurado em liquidação de sentença.*

Acesso ao Sumário

Havendo sucumbência reciproca, cada parte arcará com as custas, despesas processuais dos atos que praticou, compensando-se os honorários advocatícios com fundamento no artigo 21 do Código de Processo Civil."

Inconformadas, apelam ambas as partes.

Apelo da ré às fls. 268/292.

Alega, preliminarmente, a prescrição da pretensão da autora com relação aos valores pagos mais de um ano antes da propositura da ação, por aplicação do art. 206, §1º, II, "b", do Código Civil.

No mérito, alega que é admissível o reajuste do valor das mensalidades após o beneficiário completar 60 anos, uma vez que o contrato foi firmado antes da entrada em vigor do Estatuto de Idoso. Sustenta que o acréscimo do valor que cobra dos usuários, expressamente previsto na avença firmada entre as partes, se dá em virtude do incremento dos riscos a que estão expostos com o avanço de sua idade, de modo que não pode ser considerado ilegal.

Ressalta que a jurisprudência tem admitido o reajuste do plano de saúde por faixa etária mesmo após os sessenta anos de idade, desde que não se mostre abusivo, a fim de evitar que o decurso do tempo traga desequilíbrio à relação contratual. Pede a reforma da sentença, par a julgar a ação integralmente improcedente.

Apelo da autora às fls. 297/337.

Aduz, em síntese, que o contrato não faz nenhuma referência aos percentuais de reajuste que serão aplicados a cada uma das faixas etárias de seus beneficiários. Ressalta que a tabela ilustrativa trazida aos autos pela ré não integrou o instrumento contratual e que não conhecia tal tabela até a propositura da presente ação.

Nega ter conhecimento sobre a forma pela qual se daria a alteração das mensalidades do plano e alega a nulidade das cláusulas que a preveem, pois são genéricas, abstratas e trazem desvantagens abusivas ao consumidor, além de estarem em desacordo com o previsto na Lei 9.656/98.

Impugna, ainda, o aumento das mensalidades em virtude da modificação da sinistralidade no período, expressamente admitida na sentença, uma vez que não está prevista no contrato.

Pede que a ação seja julgada integralmente procedente, para que a ré se abstenha de aumentar o valor do plano de saúde em virtude de sua mudança de faixa, quer aos 56, quer aos 60 anos, e determine a aplicação somente dos reajustes anuais previstos pela ANS. Requer também que a ré seja condenada à devolução dos valores pagos a maior e ao fornecimento, no prazo máximo de 60 dias, de uma cópia do novo modelo de contrato de plano de saúde vigente entre as partes.

Acesso ao Sumário

Tempestivos, os recursos foram regularmente processados, recolhido o preparo (fls. 293 e 338).

Contrarrazões da autora às fls. 342 /369.

Esta C. Câmara deu provimento ao recurso da autora e negou provimento ao da ré, por meio do v. acórdão de fls. 379/391, para: **i)** determinar que "*a partir de 14 de maio de 2004, os aumentos da quantia que deve ser paga mensalmente pela autora à ré em virtude do plano de saúde contratado devem restringir-se ao valor e à periodicidade permitidos e divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar*"; **ii)** reconhecer que "*A autora faz jus à devolução, na forma simples, de todos os valores que pagou a maior desde a data acima referida, acrescido de correção monetária desde a data de cada desembolso, e juros de mora desde a citação. O valor da condenação deverá ser calculado em fase de liquidação de sentença*"; e **iii)** condenar a ré "*a apresentar a autora, no prazo de 60 dias, cópia da versão mais atualizada do contrato que hoje se encontra vigente entre as partes, a fim de permitir que a consumidora tome conhecimento de todas as suas condições*".

A seguradora-ré interpôs recurso especial (fls. 394/409), contrarrazoado pela autora às fls. 448/476.

Diante do julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça em regime de recursos repetitivos, a D. Presidência da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça determinou: "*Ante o posicionamento adotado pela douta Turma Julgadora, encaminhem-se os autos ao excelentíssimo senhor relator ou a seu sucessor, conforme o disposto nos artigos 108, inciso IV, e 109, caput, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, para que o órgão colegiado reaprecie a questão nos termos do artigo 1.030, inciso II, do atual Código de Processo Civil (artigo 543-C, parágrafo 7º, inciso II, do antigo Código).*" (fls. 562/564).

É o relatório.

A cerca do prazo prescricional em demandas como a presente, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em regime de recursos repetitivos, no REsp 1360969/RS, de relatoria do Ministro MARCO AURELIO BELLIZZE, definiu que se aplica o prazo prescricional trienal (art. 206, §3º, IV, do Código Civil) para a pretensão de restituição dos valores pagos a maior em virtude de reajustes considerados ilegais:

Veja-se:

"1. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO

FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

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). 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.

Acesso ao Sumário

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 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;

Acesso ao Sumário

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 g.n.)

Por outro lado, no mesmo precedente citado, verifica-se que o E. STJ reconheceu que a pretensão de revisão da cláusula contratual considerada abusiva ou ilegal, com o consequente redimensionamento da mensalidade, pode ser deduzida a qualquer tempo durante a vigência do contrato, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo.

O mesmo entendimento foi exarado no recurso especial nº 1.361.182/RS, também proferido em regime de recursos repetitivos e de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

"*1. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.*

2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a

Acesso ao Sumário

consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato(CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última 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.

[...]

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"

(STJ, Segunda Seção, REsp 1.361.182/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellazzi, j. 10/08/2016).

Assim, tendo a presente ação sido ajuizada na vigência do contrato celebrado entre as partes, não há que cogitar de prescrição ou decadência da pretensão de revisão da cláusula contratual de reajuste por faixa etária reputada abusiva, com o consequente redimensionamento da mensalidade, conforme determinado no v. acórdão.

De outro lado, como a ação foi proposta somente em 21/11/2013, encontra-se prescrita a pretensão de restituição de valores pagos a maior anteriormente a 21/11/2010.

Ante o exposto, **altera-se o v. acórdão proferido no julgamento da apelação para limitar a condenação da ré à restituição dos valores pagos a**

Acesso ao Sumário

maior às mensalidades vencidas a partir de dezembro de 2010.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026860-56.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SIDNEY CARLOS LILLA, é apelado TELECINE PROGRAMAÇÃO DE FILMES LTDA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, Negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz; Tendo em vista o Julgamento não unânime e considerando o disposto no art. 942, 'Caput' e § 1º do CPC/2015, prossegue-se o julgamento, nesta sessão, ficando convocados a integrarem a Turma Julgadora, a Desembargadora Angela Lopes, como 4ª Juíza, e o Desembargador Piva Rodrigues, como 5º Juiz. A 4ª Juíza votou com o Relator e o 5º Juiz votou com a divergência; Portanto, por maioria de votos, Negaram provimento ao Recurso, vencidos os 2º e 5º Juízes. Acórdão com o Relator Sorteado. Declara voto o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21113)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), EDSON LUIZ DE QUEIROZ, ANGELA LOPES e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 13 de março de 2018.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: DIREITO AUTORAL. DUBLAGEM. VIOLAÇÃO A DIREITO CONEXO, DA PERSONALIDADE NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença (fls. 284/288), cujo relatório adota-se, julgou improcedente a "ação de reparação de danos materiais e morais" movida por Sidney Carlos Lilla em face de Telecine Programação de Filmes Ltda., nos termos do art. 487, I, do CPC. Custas e despesas processuais dispensadas. Custas e despesas processuais,

e honorários advocatícios (10% sobre o valor da causa) pelo autor.

Apela o autor (fls. 291/306), postulando a reforma da r. sentença. Sustenta, em suma: a) cerceamento de defesa, b) que a ré viabilizou a divulgação da película "Arthur e a Vingança de Matazard", onde atuou, dublando a voz de um personagem, em diversas mídias, sem sua expressa autorização (desconhece a existência de qualquer documento escrito) e sem lhe conferir os créditos na referida obra, violando as disposições contidas na Lei 9.610/98.

Tece considerações acerca dos direitos da personalidade e direitos conexos que envolvem o serviço por ele prestado, bem como sua proteção legal e constitucional. Por fim, afirma que tal conduta abusiva da apelada ocasionou-lhe danos passíveis de indenização, sendo: i) o dano material, no valor correspondente a vinte vezes o valor que deveria ter sido pago (art. 109 da Lei de Direitos Autorais), ii) o dano moral (decorrente de violação ao seu direito de personalidade), no valor de 600 salários mínimos.

Recurso regularmente processado, e contra-arrazoado (fls. 310/326).

É o relatório.

I) O cerceamento de defesa arguido pelo apelante não se verifica.

Os motivos apresentados pelo apelante para justificar a anulação da r. sentença não são convincentes.

A prova pericial pretendida e que destinaria a comprovar a verificação de sua voz é desnecessária, pois inexiste questionamento relativo a sua atuação como dublador.

Também não havia óbice para a juntada da mídia pretendida (do filme dublado) diretamente em cartório, mesmo em se tratando, na hipótese, de autos digitais. Aliás, é corriqueiro o arquivamento de peças como DVD e CD, contendo, por exemplo, depoimentos pessoais e testemunhais, nas serventias de primeira e segunda instância.

Oportuno salientar que era ônus seu apresentar, com o pedido inicial, os documentos ou outras provas indicativas dos fatos constitutivos do seu direito, como cópia da série que afirmou deter e que deixou de ser apresentada, não se vislumbrando, de outro modo, quais seriam as dificuldades enfrentadas para demonstrar as alegações constantes em sua petição. Limitou-se, nesse sentido, a juntar "prints" de tela de computador que fazem referência ao filme "Arthur e a Vingança de Maltazard" (fls. 49/53), contendo a sinopse da obra com data de lançamento em 2009, e, as fls. 51, ainda há anotação "Dublado 2013" ao lado do título do filme, do qual nada se pode concluir.

A hipótese dos autos prescinde de realização de novas provas, bastando àquelas contidas nos autos para o deslinde da matéria controvertida.

Portanto, não há falar-se em cerceamento de sua defesa.

Acesso ao Sumário

II) A r. sentença recorrida tem os seguintes fundamentos (fls. 285/288):

"JULGO ANTECIPADAMENTE O PEDIDO, com fundamento no artigo 355, inciso I, do CPC, prescindindo o feito de aprofundamento instrutório, em razão da farta documentação já constante dos autos. Confira-se o entendimento a respeito: '*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, antes as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório*' (STJ-4ª Turma, REsp 3.047-ES, rel. Min. Athos Carneiro).

Inicialmente, afastou a matéria preliminar ventilada em contestação que, na realidade, se harmoniza com o mérito. Vale dizer, a petição inicial atendeu aos requisitos dos artigos 319 e 321 do CPC, propiciando regular exercício do direito de defesa. Resta apurar, portanto, se há (ou não) prova do direito constitutivo do autor. Por outro lado, a ré é parte legítima para integrar o polo passivo, pois a prática de ato ilícito teria ocorrido com a exibição da obra.

Superada a matéria preliminar, no mérito, os pedidos são improcedentes.

Como consabido, '*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*' (artigo 186 do Novo Código Civil) e, por consequência, fica obrigado a repará-lo (artigo 927 do mesmo diploma). Como regra, os contratos de dublagem possuem cláusula expressa determinando a cessão dos direitos relativos à dublagem pelo dublador, para nada mais reclamar, especialmente no tocante à remuneração, que se resume àquela contratada com o estúdio de dublagem, contratado pela distribuidora da obra, sendo esta última quem possui os direitos sobre os filmes ou séries, negociando-os com as emissoras de televisão.

Consequentemente, no momento da contratação, tem o dublador conhecimento de que a obra será distribuída para emissoras de televisão e, portanto, para que possua direitos sobre eventual distribuição e possa auferir renda decorrente da transmissão dos filmes dublados, indispensável previsão contratual expressa neste sentido. Assim, incumbia ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, em conformidade com os artigos 373, I e 434, do Código de Processo Civil, ou seja, a existência de contrato entre as partes, demonstrando eventuais direitos sobre a distribuição. Note-se que, além do contrato, caberia ao autor especificar e demonstrar também quantas vezes a obra foi exibida, o que não ocorreu no caso vertente.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se o entendimento jurisprudencial:

'*Apelação. Ação de indenização. Sentença de improcedência. Inconformismo do autor. Descabimento. Direitos autorais. Dublagem. Inexistência de comprovação de direitos sobre as reexibições do programa dublado. Precedentes desta C. Corte. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.*' (TJSP, Apelação nº 1016359-47.2013.8.26.0068, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, data do julgamento 07.10.2016).

'*Apelação Cível. Direito autoral - Ação de Indenização por danos materiais e morais - Veiculação não autorizada de obra dublada pelo autor sem a devida contraprestação e atribuição de créditos pela dublagem dos personagens - Sentença que julgou improcedente a ação - Recurso de apelação interposto pelo autor em que se pleiteia o julgamento de procedência da ação - Autor que, ao integrar o elenco de dubladores da ré e prestar-lhe serviços consentiu com a veiculação de sua fala na dublagem de personagens da película 'Lost - Sem Saída' - Existência de inúmeras ações idênticas à presente, todas elas sob a alegação de veiculação não autorizada de obra dublada - Conduta do requerente que ofende o princípio da boa-fé objetiva e caracteriza 'venire contra factum proprium' - Violação de direito autoral não configurada - Julgamento de improcedência mantido - Recurso desprovido. Nega-se provimento ao recurso de apelação.*' (TJSP, Apelação nº 1060183-57.2013.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Christine Santini, data do julgamento 20.09.2016).

'*DIREITO AUTORAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. I. Dublagem de personagem do filme 'Jesus - A História do Nascimento'. Alegação de reexibições não autorizadas pela ré, violando direitos autorais conexos do autor. Decreto de improcedência. Imperativa manutenção. II. Inexistência de provas da atuação do autor na dublagem do personagem 'Arrecadador de Impostos' na obra cinematográfica apontada ou da veiculação indevida das gravações por parte da ré. Autor que não se desvincula de seu ônus probatório. Disposição do artigo 333, inciso I, do CPC/73. Ilícito não caracterizado. Pretensão indenizatória bem apartada. SENTENÇA PRESERVADA. APELO DESPROVIDO.*' (TJSP, Apelação nº 1105406-33.2013.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Donegá Morandini, data do julgamento 10.08.2016)"

Acesso ao Sumário

É certo que o autor encontra-se amparado pelo ordenamento jurídico, no que pertine aos seus direitos conexos, enquanto intérprete. Contudo, não se podem desprezar os princípios que também orientam as relações jurídicas.

Como ele mesmo confirma, é dublador profissional há cerca/ou mais de vinte anos, não sendo crível que, quando prestou seus serviços, havia somente emprestado sua voz a um personagem de filme ou série sem saber para qual finalidade, e desconhecendo se havia cedido formalmente a sua voz e interpretação, não constando ainda que o tenha feito de modo gratuito.

Tal conduta revela clara violação ao princípio da boa-fé objetiva que deve permear as condutas dos contratantes envolvidos. Ou seja, aceitou a contratação verbal de seus serviços de dublador, por obra lançada em 2009 e cuja exibição afirmou ter ocorrido em 30/06/2013 e 10/08/2013 (sem o suporte probatório pertinente). Em 2016, sem mitigar o seu próprio prejuízo se vale dessa ação (e de outras, como adiante se verá), para indicar violação de conduta da ré, pela ausência de contrato escrito de cessão de direitos e concessão de créditos (não demonstrados), postulando de forma desarrazoada e exacerbada direito de crédito de 20 vezes o valor pago e 600 salários mínimos pelo abalo moral sofrido.

Ou seja, inicialmente acata uma contratação verbal para os serviços de dublagem (cuja finalidade de comercialização tem plena ciência), para algum tempo depois, exercitar o seu direito contra a ré, alegando fraude e desconhecimento do conteúdo da avença e violação de direitos autorais.

A conduta desleal e contrária aos preceitos da ética e solidariedade protegidos constitucionalmente praticada pelo autor e apelante pode ser verificada em inúmeras outras demandas semelhantes a dos autos, onde postula indenizações astronômicas, com idênticas causa de pedir, e mesmos argumentos genéricos em relação a outras empresas, onde atuou como dublador ou que supostamente exibiram filmes nos quais não foram lhe concedidos os créditos pelos serviços de intérprete.

Veja-se, a propósito, os seguintes julgados, nos quais teve negada a sua pretensão indenizatória:

> a) "COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS - Prescrição da pretensão do autor - Aplicação à espécie do prazo trienal do art. 206, § 3º, V do Código Civil - Precedentes dos tribunais - Ainda que acolhida a tese do requerente de renascimento de sua pretensão a cada distribuição/exibição do filme em que atuou como dublador, pleito estaria fadado ao insucesso por violação ao princípio da boa-fé objetiva - Demandante que atuou por quase duas décadas como dublador, e resolveu ajuizar mais de uma centena de ações idênticas à presente, ao argumento de que nunca forneceu autorização escrita para uso de seus direitos autorais - Conduta que ofende a boa-fé objetiva, caracterizando, a um só tempo, as figuras da suppressio e do venire contra factum proprio - Reprodução que, à vista das circunstancias do caso concreto e da própria natureza da

Acesso ao Sumário

operação econômica entabulada entre as partes, já se encontra inserida na autorização original de exibição, mediante utilização dos mesmos meios de comunicação - Sentença mantida - Recurso não provido.

(Apelação 1008157-16.2013.8.26.0704; Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/05/2016; Data de registro: 19/05/2016)"

b) "RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DUBLAGEM. FALTA DE REFERÊNCIA AO NOME DO DUBLADOR NA OBRA. AUSÊNCIA DE CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS. SUPOSTA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA INDENIZADA DA VOZ DO AUTOR EM EXIBIÇÕES CONTÍNUAS DA OBRA.

Prescrição. O autor, na presente demanda, não esclareceu quando teria iniciado a exibição do filme, sendo certo que era de se supor que, como profissional que tenha atuado na produção da obra, tivesse tido conhecimento anterior da suposta violação. Contudo, a demanda somente foi ajuizada em dezembro de 2013, passados cinco anos do término do trabalho, o que indicaria a prescrição da pretensão indenizatória, com fundamento no art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil.

Não há dúvida de que o dublador é titular do direito que tem sobre a criação que representa o seu trabalho de dar vida ao texto e à interpretação do personagem. Contudo, no caso em exame, ao aceitar o trabalho como dublador, por certo, ocorreu autorização expressa para supervenientes edições da obra, a que título ocorressem, por exibições em redes de cinema ou mesmo comercialização.

Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido.

(Apelação 4001681-59.2013.8.26.0008; Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/05/2016; Data de registro: 18/05/2016)"

c) "APELAÇÃO DO AUTOR. DIREITOS AUTORAIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Inocorrência de ato ilícito. Celebração de contrato de cessão de direitos autorais originários e derivados para exibição, veiculação, reprodução da voz do autor na série 'Combo Niños'. Pagamento comprovado por recibos. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO DO RÉU. DIREITOS AUTORAIS. Execução do trabalho de dublagem em série. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO ESTÚDIO DE DUBLAGEM. Inocorrência. A empresa de dublagem é parte legítima a figurar no polo passivo da demanda, havendo contrato de prestação de serviços assinado pelas partes. PRESCRIÇÃO. Ocorrência. Aplicação do

Acesso ao Sumário

prazo de 03 anos, previsto no art. 206, §3º, V, do CC/02. Precedentes jurisprudenciais. Prescrição da pretensão reconhecida. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação 0078577-69.2012.8.26.0002; Relator(a): Rosangela Telles; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/05/2016; Data de registro: 17/05/2016)"

d) "INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INOCORRÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NÃO VERIFICADA. AUTOR QUE CELEBROU CONTRATO QUE CONTINHA CLÁUSULA EXPRESSA DETERMINANDO A CESSÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS, DE FORMA ONEROSA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 49 E 50 DA LEI Nº 9.610/98. AUSÊNCIA DE FRAUDE À LEI OU DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. COMPROVAÇÃO DOS PAGAMENTOS EFETUADOS AO DEMANDANTE PELO SERVIÇO DE DUBLAGEM. DANOS MATERIAIS, OUTROSSIM, INEXISTENTES. SUPOSTA EXIBIÇÃO DO FILME SEM A INSERÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CRÉDITOS QUE NÃO FOI COMPROVADA. APLICAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(Relator(a): Vito Guglielmi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/03/2016; Data de registro: 18/03/2016)"

e) "DIREITO AUTORAL. DUBLAGEM. VIOLAÇÃO A DIREITO CONEXO, DA PERSONALIDADE NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO. 1. Recurso interposto contra a sentença que julgou improcedente a pretensão inicial (pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de violação de direito conexo/autoral do autor). 2. Recorre o autor, sob argumento de desconhecer contrato de cessão de direitos para transmissão de novela, em rede televisiva, onde atuou como personagem secundário, e ausência de autorização para exibição em outras mídias (no caso, DVD) e de créditos pertinentes. 3. Reexibição em outra mídia que não foi comprovada pelo autor. Ausência de contrato escrito de cessão de direitos que, no caso concreto, não acarreta para o autor a pretensão ao ressarcimento patrimonial ou moral por ofensa a direito de personalidade, diante da violação ao princípio da boa-fé objetiva pelo próprio postulante. 4. Manutenção da r. sentença de improcedência. 5. Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação 1003817-61.2014.8.26.0100; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2016; Data de Registro: 21/07/2016)"

Com intuito de reforçar a violação de seu dever lateral de conduta (boa-fé objetiva), observo que em alguns desses julgados, o contrato de dublagem fora firmado em 2007, em 2008, e as ações propostas em 2014, 2013, respectivamente, o que revela que o autor já firmava outros contratos verbais remunerados, continuando a manter essa conduta anos depois, para posteriormente, postular em juízo a violação de seu direito de personalidade, em evidente abuso de direito, o que não se pode admitir.

III) Portanto, a r. sentença de improcedência deve ser mantida.

Considerada a sucumbência recursal, os honorários advocatícios devem ser majorados para 15% sobre o valor da causa.

Diante do exposto, **nego provimento à apelação**.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4849)

Fiquei vencido por entender que o julgamento foi açodado, uma vez que a prova é pertinente para o deslinde da questão sendo plenamente possível a sua realização.

No caso, o autor, como dublador, esta amparado pelo ordenamento jurídico, especificamente pela Lei 9.610/98 e Lei 6.533/78.

O recorrente busca a exibição de documentos relativos à cessão/autorização de seus direitos autorais e, concomitantemente, deduz pedido indenizatório pelo prejuízo que aduz ter sofrido em razão do uso não permitido de sua voz pela ré e também pela omissão dos créditos da dublagem que alega ter realizado, quando a ré transmitiu o filme "*Arthur A Vingança de Maltazard*".

Pede expressamente que a apelada exiba o instrumento de cessão dos direitos autorais referente à aludida dublagem, requerendo, também, a juntada da obra dublada em DVD, fls. 12 e15.

Diante de tais pedidos, há que se dar oportunidade ao apelante de produzir as provas que pretende a fim de se constatar a veracidade de suas alegações.

Diante disso, há que se anular a sentença para que seja procedida a instrução do feito com a juntada do DVD da referida obra para que seja constatada por meio de perícia, a ser custeada pelo autor, a realização da dublagem, bem como a ausência dos créditos e posteriormente a intimação da apelada para carrear aos autos contrato de cessão de direitos celebrado com o dublador.

Assim, o processo deve prosseguir nos seus ulteriores termos; para que seja oportunizada ao autor a possibilidade de produzir as provas que entender pertinentes, como a juntada do DVD da obra objeto da presente ação, com produção de prova pericial competente.

Ante o exposto, o meu voto **anulava de ofício a sentença**, nos termos expostos.

JOSÉ CARLOS COSTA NETTO, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001810-52.2011.8.26.0607, da Comarca de Tabapuã, em que é apelante/apelado L.C.O. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes M.S.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e R.M.S.S.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25473)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 11 de abril de 2018.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - AÇÃO AJUIZADA PELO PAI BIOLÓGICO EM FACE DO FILHO E DO PAI REGISTRÁRIO - AUTOR QUE AO DESCOBRIR A PATERNIDADE SE APROXIMOU DA CRIANÇA - ESTUDO PSICOSSOCIAL QUE APONTOU, POR OUTRO LADO, A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO AFETIVO COM O PAI REGISTRÁRIO - PECULIARIDADES DO CASO EM QUESTÃO QUE RECOMENDAM O RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DOS VÍNCULOS PARENTAIS - TESE JURÍDICA FIXADA NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060-SC, APRECIANDO O TEMA 622 DA REPERCUSSÃO

Acesso ao Sumário

GERAL - AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de ação negatória de paternidade, ajuizada por L.C.O., em face de M.S.S. e R.M.S.S., que a respeitável sentença de fls. 98/101, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou improcedente.

Irresignado, apela o autor alegando, em suma, que restou demonstrado que existe conflito entre a genitora do menor e o requerido. Afirma que o estudo elaborado constatou que a criança é pequena e apresenta capacidade de estabelecer novos vínculos afetivos. Argumenta que o recorrido sequer se manifestou sobre os documentos acostados aos autos, principalmente sobre o laudo que confirma a sua paternidade biológica. Aduz que o requerido ajuizou ação negatória de assento de nascimento em face da criança, pleiteando a exclusão da paternidade, deixando de comparecer ao IMESC para a realização de exame de DNA. Pugna, ao final, pela reforma da sentença. Ou, alternativamente, pela realização de novo estudo.

O corréu M. também recorre, sustentando, em síntese, que restou demonstrado pelo exame de DNA que o autor é seu pai biológico e pelo estudo psicossocial a aproximação entre eles, com a construção de vínculo afetivo. Pede, no final, a procedência da ação.

Os recursos foram recebidos, tendo decorrido *in albis* o prazo para a apresentação de resposta. E o D. representante do Ministério Público opinou pelo seu improvimento.

Recebidos os autos nesta Superior Instância, foi convertido o julgamento em diligência, pelo acórdão de fls. 142/147, para que fosse procedido novo estudo psicossocial.

Os autos retornaram ao juízo *a quo* e, após realizado o estudo psicossocial às fls. 155/169, foram devolvidos à esta Relatoria.

É o relatório.

Conforme se observa da análise dos autos, o apelante moveu a presente ação negatória de paternidade em face do menor M.S.S., cuja paternidade pretende ver reconhecida e do pai registrário, sob o argumento de que, embora este último tenha reconhecido a criança como seu filho, na verdade, ele é seu pai biológico.

O feito foi regularmente instruído, inclusive com a realização de estudo psicossocial, sendo julgada improcedente a ação.

A paternidade biológica do apelante em relação à criança restou

Acesso ao Sumário

incontroversa nos autos, diante do resultado do exame de DNA realizado.

Com efeito, a matéria tratada na presente demanda não é de fácil solução, uma vez que tanto o pai registrário como o biológico pretendem ver reconhecida a paternidade.

No primeiro estudo psicossocial realizado, o menor contava com 3 anos de idade e informou que, assim que o autor soube da paternidade, se aproximou da criança, fazendo-lhe visitas e pagando pensão alimentícia e que o pai registrário demonstrou forte vínculo afetivo com o infante, com o desejo até mesmo de obter sua guarda.

Por cautela, foi determinada por esta Corte de Justiça a realização de novo estudo psicossocial, para que fosse constatada com segurança, a situação atual do relacionamento do menor com o autor e com o corréu.

O novo estudo realizado, constatou que o autor deseja "*assumir legalmente a paternidade, sendo esta a principal motivação para a presente ação. Acredita que com a garantia de seu direito, poderia ter mais proximidade com o filho, sem interferências. Pois, segundo ele, R. dificulta sua relação com M. Também, gostaria de auxiliar o filho economicamente, através do pagamento justo de alimentos*". A genitora "*demonstrou interesse de que M. tenha o registro de nascimento modificado, e que L. assuma de fato a paternidade, justificando que este teria mais condições de exercê-la com responsabilidade. Elencou que, apesar do vínculo entre M. e R., este apresenta comportamentos que a seu ver, tem prejudicado o desenvolvimento saudável do filho*". No tocante ao corréu R., foi verificado que ele tem apego ao menino, sendo observadas "*contradições em sua fala, principalmente em relação à aproximação de M. com L. e de J., atual companheira de A. Além disso, teceu algumas críticas a A., quanto ao exercício da maternidade, expondo desejo em ter a guarda da criança, não aceitando a mudança da paternidade*". Em relação ao menor, concluiu que "*aparentemente nutre afeto por ambos, contudo possui maior convivência com R. M., explicou de forma clara, que 'o pai G. é só de consideração, o pai L. é do meu sangue*'" (fls. 161/162).

Pois bem. Não se pode deixar de considerar que, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, não basta a assunção voluntária da condição de pai sem progênie biológica, sendo mister que haja, entre os envolvidos, tratamento familiar, ou seja, as partes devem estar ligadas por outros fatores que supram a ausência de vínculo biológico e que revelem convivência e suporte emocional sem os quais não se pode reconhecer a socioafetividade.

Por outro lado, embora o vínculo biológico não seja, por si só, determinante para o reconhecimento da paternidade, certo é que no caso em análise restou demonstrado que assim que o autor tomou conhecimento de que era pai do menor, buscou uma aproximação e, atualmente, ele o reconhece também como

Acesso ao Sumário

pai.

Desta forma, a solução da questão discutida nos autos deve proteger os interesses do menor, diante das consequências que a decisão a ser proferida lhe causará, não se olvidando que M. também ingressou com recurso, buscando o reconhecimento da paternidade pelo autor.

Assim sendo, de acordo com os elementos constantes dos autos, não vislumbro viável desconstituir a paternidade do menor em relação ao corréu, diante do forte vínculo existente entre ambos, permanecendo a paternidade socioafetiva.

Porém, o autor também pretende ser reconhecido como pai de M., assumindo seu papel, demonstrando a intenção de se aproximar do filho. E, a criança, também pleiteia o reconhecimento da paternidade biológica.

Desta forma, na espécie dos autos, sopesadas as circunstâncias fáticas acima descritas, deve prevalecer a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060-SC, apreciando o tema 622 da repercussão geral, fixou a seguinte tese jurídica "*a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*" (STF - RE nº 898060/SC - Tribunal Pleno - Rel. Ministro Luiz Fux - j. 22.09.16).

No julgamento do recurso, foi ressaltado que não se pode reduzir as realidades familiares a modelos pré-concebidos, sendo necessário garantir tutela jurídica ampla e que "*os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)*" (STF - RE nº 898060/SC - Tribunal Pleno - Rel. Ministro Luiz Fux - j. 21.09.16 - DJe 23.08.17 m.v.).

Acesso ao Sumário

Nessa conformidade, uma vez demonstrada a existência do forte laço paterno filial socioafetivo do menor com o pai registrário e que o autor, pai biológico, desde que tomou conhecimento da paternidade, tem buscado uma aproximação mais estreita, tanto que a criança já nutre afeto por ele, com o intuito de garantir o interesse do menor, que tem prioridade absoluta, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser reconhecida a dupla paternidade.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar L.C.O. pai biológico do menor M.S.S., mantendo, no entanto, a paternidade de R.M.S., expedindo-se o respectivo mandado de averbação ao

Cartório de Registro Civil de Pessoais Naturais da Comarca de Catanduva - SP, para acrescentar no assento de nascimento nº (...), fls. (...), livro (...), o nome de L.C.O. na condição de genitor, e de seus pais na qualidade de avós paternos, sem prejuízo da paternidade já reconhecida por R.M.S.S., passando o menor a chamar-se: M.S.S.O.

Assim sendo, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015974-57.2012.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que são apelantes/apelados ALESSANDRA DIAS CARDOSO DO NASCIMENTO e ANDRÉ CAMBAÚVA DO NASCIMENTO, é apelado/apelante MTA ENGENHARIA LTDA. e Apelado JCE ENGENHARIA LTDA. - EPP.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negado provimento ao recurso da autora e parcial provimento ao recurso dos réus. v.u. Sustentaram oralmente os Drs. Iuri Reis e Rubens Tilkian", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.986)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 5 de abril de 2018.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Ação de produção antecipada de provas - Nulidade de sentença que homologou laudo pericial - Processo de natureza cautelar com objetivo de assegurar a prova e não de resolver a lide - Situação do imóvel avaliado em sede de medida cautelar - Prova produzida há 06 (seis) anos - Valoração da prova reservada ao Juízo em caráter definitivo - Admissibilidade da prova pericial - Impossibilidade de nova perícia - Requisitos suplementares não respondidos - Fato sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 quando cabível agravo de instrumento para decisão interlocutória em sede de produção

Acesso ao Sumário

de prova antecipada - Preclusão da prerrogativa da parte de questionar falha antes da r. sentença - Inexigibilidade de os réus aceitassem a realização de reparos no imóvel durante a celeuma com a autora sobre o que estaria incluso e o que seria serviço extra - Produção de provas tomada pela autora e não resistida pelos réus - Honorários advocatícios indevidos - Custas processuais a serem divididas igualmente entre as partes - Negado provimento ao recurso da autora e parcial provimento ao recurso dos réus.

VOTO

A sentença de fls. 1900/1903, cujo relatório se adota, acolheu a medida cautelar de produção antecipada de provas movida por MTA ENGENHARIA LTDA. em face de ANDRÉ CAMBAÚVA DO NASCIMENTO e ALESSANDRA DIAS CARDOSO DO NASCIMENTO ao homologar a prova pericial produzida nos autos principais, asseverando a sua formalidade procedimental, no que se refere a um projeto de edificação de uma mansão desenvolvido diretamente pelos réus e a sua posterior entrega pela autora. O MM. Juízo a quo esclareceu que "a sentença gera efeito meramente homologatório da prova, não impedindo às partes nova discussão acerca das circunstâncias da causa no âmbito do processo principal". Nesse sentido, deixou de acolher o questionamento sobre o laudo pericial, visto que "sendo apenas homologatória a sentença na ação cautelar, não há valoração da prova, o que se dará na vida adequada". Por fim, condenou os réus em custas e despesas processuais, bem como nos honorários fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Foram opostos embargos de declaração pela autora, a fls. 1921/1924 e pelos réus a fls. 1933/1939, os quais não foram acolhidos (fls. 1940/1942).

Inconformadas, as partes apelam a fls. 2027/2037 e 2041/2066.

Os réus apresentam uma síntese dos fatos e buscam a reforma parcial da r. sentença ao alegar que, no mérito, não houve resistência à produção antecipada da prova, visto que, desde a sua manifestação inicial às fls. 408/415 e durante outras oportunidades em que puderam se pronunciar (fls. 528/533), concordaram com a realização da prova pericial, tanto que houve indicação de assistentes técnicos e de formulação de quesitos, e o laudo resultante foi devidamente homologado. Explicam que, ao contrário do que proferido na r. sentença quanto à resistência à produção probatória, apenas proibiram a entrada de prestadores de serviços da autora em sua residência devido à ocorrência de quebra contratual e de confiança entre as partes, impossibilitando-se manter a relação jurídica anterior. Aduzem, ainda, que, embora a sentença guerreada

Acesso ao Sumário

não mereça reparo em sua fundamentação, a condenação dos réus em custas, despesas e honorários advocatícios deve ser retificada, porquanto a produção antecipada de provas consiste em mera antecipação de uma fase procedimental, não havendo que se falar em ônus sucumbenciais, visto que a verdadeira análise do direito somente se dará no âmbito do processo principal. Assim, de rigor que a sucumbência seja invertida, para que as custas e as despesas processuais sejam custeadas integralmente pela autora, vez que é a requerente da prova, além de isentar a condenação em honorários advocatícios pela ausência de verdadeira lide quanto ao pedido da cautelar.

A autora, por seu turno, apresenta uma síntese dos fatos e busca a reforma integral da r. sentença ao sustentar, no mérito, que a produção da prova pericial teve como objetivo colher elementos que demonstrassem e identificassem que os itens de garantia e de manutenção foram atendidos e que não há que se falar em vícios imputáveis a ela. Aduz, porém, que a produção probatória incorreu em graves irregularidades procedimentais, tais como: (i) a destruição da área externa da residência antes mesmo da realização da prova oficial, que é objeto de Medida Cautelar de Atentado em autos apartados, cuja cópia segue anexa à apelação (fls. 2069/2147); (ii) a omissão de documentos, detidos pelos peritos dos réus, não apresentados ao assistente técnico da autora, mesmo com a determinação judicial em fazê-lo, o que indica parcialidade da perícia; e (iii) a dubiedade técnica quanto às conclusões, além da contrariedade nas informações colhidas, quanto às questões da impermeabilização da área externa e das análises dos pisos de madeira, de umidade na fachada, das portas de madeiras e do acabamento da escada de mármore. Por conseguinte, o laudo resultante foi impugnado com base em violação aos arts. 422 e 435 do Código de Processo Civil de 1973 e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Por essa razão, requer seja determinada a realização de nova perícia com um novo perito judicial nomeado pelo Tribunal, para que os quesitos complementares também sejam respondidos. Em caráter subsidiário, caso não seja este o entendimento adotado, pleiteia que os peritos já atuantes respondam aos quesitos suplementares sem resposta e valorem os custos para atendimento dos itens de garantia da obra, tal qual postulado.

A fls. 2149/2150, houve pedido de terceiro para atuar como assistente no polo ativo da demanda, o qual foi deferido (fls. 2158/2159).

Recursos processados e contrarrazoados a fls. 2174/2189 e 2200/2204.

A fls. 2224/2227, a autora requereu a conversão do julgamento em diligência, os quais foram vistos (fls. 2238).

É o relatório.

A apelação da MTA Engenharia pleiteia pela nulidade da r. sentença, para que seja desfeita a homologação do laudo pericial e nomeado novo perito para

Acesso ao Sumário

refazer a prova em sede cautelar.

Primeiramente, é muito importante relembrar que a produção antecipada de provas é um processo cautelar, ou seja emergencial, realizado com objetivo de se obter a prova antes de adulteração pelas partes ou pelo tempo. Dessa forma, quando se examina o cabimento da realização antecipada de prova, apesar de se reconhecer a existência do conflito instalado entre as partes, não se pretende resolvê-lo.

Indo além, é possível que a antecipação seja deferida por motivo diverso da urgência em colhê-la, porém, no presente caso foi a motivação do "*periculum in mora*" que ensejou a autorização judicial para que se documentasse a real situação do imóvel objeto da futura lide. Assim, não se perderá de vista na análise dos pontos apresentados pelas partes que este presente processo cautelar foi tomado como medida de urgência, e dessa forma não estando presente o elemento urgência nos apelos, não deverá ser autorizada a continuação do processo.

Ainda, ressalta-se que mesmo que não fosse esta a razão principal das partes, as extensas discussões sobre a prova em sede cautelar não podem ser admitidas, tendo em vista que a avaliação probatória está reservada ao juízo de caráter definitivo. Assim, não se isenta de análise todos os problemas e imprecisões apontados pela apelante MTA, tendo em vista que a homologação da prova neste procedimento não tem o condão de valorá-la ou nem ao menos de torná-la definitivamente válida.

Nesse contexto, cita-se um artigo sobre o tema do Prof. Livre Docente Eduardo Talamini:

> "*Não há coisa julgada quanto ao mérito da (possível) pretensão principal, pois nem cabe pronunciamento sobre ela. Mas também a própria regularidade da prova, atestada na sentença, é passível de revisão em futuro processo em que aquela venha a ser usada. A prova antecipada não é meramente provisória. Porém, é incompleta: a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada. Por outro lado, quem pediu e obteve a antecipação da prova não pode repetir a medida de produção antecipada, senão para outro objeto probatório ou para o desenvolvimento de outros meios probatórios. Falta interesse processual para tal reiteração. Já se a medida de antecipação foi indeferida, não há o que impeça nova demanda, dada a sumariedade da cognição que ampara o pronunciamento denegatório.*"[1]

Assim, como trata-se de procedimento cautelar, sumário e não estabilizador da coisa julgada, o juiz deve homologar a prova antecipadamente

Acesso ao Sumário

1 (endereço eletrônico constante no texto original)

produzida com base no princípio da ampla admissibilidade da prova.

Assim, ao verificar que a prova pericial dos autos é extensa (123 folhas), transparece qualidade, detalhamento e criticidade em alto grau não se encontra indícios de falta de zelo no trabalho realizado e deve-se manter a decisão judicial de homologá-la.

Quantos aos vários aspectos levantados pela apelação da autora que poderiam levar a conclusão diversa, nenhum deles realmente foi capaz de demonstrar que prova estava adulterada ou incompleta o suficiente para descartá-la em sede cautelar, porquanto tratam de particularidades que só podem ser balizadas no momento da valoração definitiva da prova pelo juízo principal.

No entanto, algumas das preocupações serão citadas por este relator, sem a pretensão de exaurimento dos pontos da apelação da autora, considerando que todos foram contemplados pelo fundamento de que possíveis "deficiências técnicas" ou "omissões periciais" são fatores que concernem a regularidade da prova antecipada que podem ser futuramente questionados, pois não estão abarcados pela homologação da perícia neste procedimento.

Dentro dessa perspectiva, se afasta a possibilidade de nova perícia diante do "fato novo", ou seja, da destruição da área externa do imóvel. Por óbvio, se houve degradação da parte externa a situação a ser periciada já não existe mais. Ressalta-se que com relação a valoração da prova, ou seja, a justificativa para a modificação, a necessidade de pericia no local que foi destruído (após a obra), eventuais negligencias e prejuízos decorrentes dessa alteração devem todos ser analisados no âmbito do processo principal.

Ademais, caso fique demonstrada a necessidade de manifestação do perito judicial no que diz respeito a motivação da parte contrária para realização da obra, no processo principal poderá ser requisitada sua manifestação técnica concernindo o assunto.

No mesmo sentido, caminha o entendimento para análise da afirmação da apelante MTA de que a "perícia foi produzida com base no parecer técnico dos apelados (...) a denotar a parcialidade dos peritos que tornaram a prova imprestável". Novamente, sublinha-se que o procedimento de antecipação de provas é sumário e deve ser realizado diante da situação de urgência e, dessa forma, não há vantagem em se refazer uma perícia cautelarmente, mesmo que esta se mostre "imprestável", se não houver mais o que periciar de forma premente. O que se quer dizer é que nos presentes autos a prova foi colhida há 6 anos e não se tem motivo para realização cautelar de prova após 6 anos.

A alegação de "juntada de fotografia simulada" pela perícia também não persiste, pois a foto de fls. 710 não tem indicações de nenhuma adulteração. Realmente, ela parece mais escura do que a anterior, mas isso pode ter ocorrido por conta da iluminação natural daquele momento do dia ou do "modo" em

Acesso ao Sumário

que estava configurada a câmera. Ademais, a conclusão que o perito retirou da foto de fls. 710 também é claramente perceptível nas fotos de fls. 709 e de fls. 813/814 (juntadas pela autora), qual seja a de que existem peças do piso com tonalidade diferente das demais, em especial as que foram assentadas ao redor do "ralo" da piscina.

Com relação aos "documentos apresentados clandestinamente durante a vistoria que [não] foram juntados mesmo com a expressa determinação judicial para fazê-lo", se for verificada a necessidade e real omissão dos referidos, estes serão requisitados nos autos da ação principal.

Também, evidencia-se, que a discussão a respeito do aferimento efetivo dos custos e dos serviços que estariam inclusos no atendimento de garantias e que seriam *a priori* a única responsabilidade da autora, não se verificou uma incompletude da prova neste sentido. Porém, está assegurado o direito da autora de questionar as conclusões do perito em sede do processo meritório.

No mais, foi alegado que os quesitos suplementares da autora não foram respondidos pelo perito e que houve omissão judicial na fase instrutória de abrir vistas ao perito para examiná-los. No entanto, o processo encontra-se sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, quando ainda era cabível agravo de instrumento em casos de produção de prova antecipada, dessa forma restou preclusa a prerrogativa da autora de questionar uma falha jurisdicional que ocorreu antes da r. sentença.

Quanto ao apelo dos réus, este merece guarida, pois de fato, na produção antecipada de provas não se verifica uma lide essencial, mas apenas um conflito no escopo do processo.

Assim, só seria possível a condenação em honorários sucumbenciais e na totalidade das despesas e custas processuais, se fosse aplicável ao caso o princípio da causalidade. Ou seja, se ficasse demonstrados que os réus deram causa a instauração da ação de colheita antecipada de provas.

De fato, o argumento acolhido pelo magistrado *a quo* para alegar que os réus foram criadores da necessidade de instauração deste procedimento, tem base na alegada resistência dos réus com relação ao oferecimento dos serviços da construtora/autora para reparar o que era de sua responsabilidade nos defeitos e falhas da obra realizada.

No entanto, verifica-se que no momento em que foram oferecidos estes serviços (fls.800/801) ainda se encontravam em negociação pontos de divergência das partes com relação ao cabimento e responsabilidade dos serviços faltantes (fls.49). Dessa forma, não é possível imputar aos réus a causalidade processual, pois o conflito já estava instaurado entre as partes durante a troca de e-mails.

Ademais, seria impossível exigir que os réus autorizassem as reparações em sua casa durante a celeuma entre as partes quanto ao que seria saldado pela

construtora e o que deveria ser considerada "extra" e de responsabilidade de ressarcimento do consumidor fls.42.

Ainda, é nítido que apesar da iniciativa de produção de provas ter sido tomada pela autora esta não foi resistida pelo réu no âmbito do processo - fls.531.

Assim, reforma-se a sentença para considerar indevidos os honorários advocatícios.

Ainda, as custas e despesas processuais devem ser arcadas pelas duas partes de forma igualitária, tendo em vista que as duas se beneficiaram com produção das provas antecipadas.

Ressalta-se que as periciais assistências que cada parte resolveu realizar, deverão ser arcadas pela respectiva parte que a requisitou.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da autora e dou parcial provimento ao recurso dos réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002722-39.2016.8.26.0063, da Comarca de Barra Bonita, em que é apelante CÉLIA RODRIGUES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado BARRA BONITA - SERVIÇO AUTONOMO DE ÁGUA E ESGOTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32367)**

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

São Paulo, 19 de fevereiro de 2018.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Obrigação de fazer - Fornecimento de água - Demonstração de contas em aberto de 14/07/2014 a 12/04/2016 - Longo período de inadimplência legitimando a interrupção dos serviços - Documentação dando ciência à autora dos débitos em aberto - Ausência de regularização - Corte que não se deu de forma inesperada - Discussão acerca da ausência de notificação - Questão que não fez parte do pedido inicial - Ação julgada improcedente - Decisão

Acesso ao Sumário

correta - Ratificação da sentença nos moldes do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 55/58, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer que CÉLIA RODRIGUES dirigiu contra SAAE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO.

A autora sustenta que a conta do mês de abril foi quitada, logo, inadmissível o corte em razão de dívidas pretéritas. Além disso, diz que, ao contrário, do que constou da r. sentença, não houve prévia notificação, logo, inadmissível o corte, mesmo porque se trata de serviço essencial. Busca a reforma do *decisum*.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Não prospera a irresignação recursal.

Verifica-se que o MM. Juiz *a quo* deu correto desate ao litígio, não se vislumbrando nenhum desacerto que mereça alteração por este Egrégio Tribunal.

Como bem observado na r. sentença: "*O inadimplemento, confessado pela própria requerente em sua peça inicial, autoriza a interrupção do fornecimento de água, afastando desde já a alegação de ilegalidade ou abusividade do ato praticado pela ré.*"

De fato, o documento anexado pela própria autora (fls. 13 - Relatório geral de débito com vencimento em 25/04/2016) comprova o inadimplemento das faturas vencidas em 14/07/2014 a 12/04/2016, totalizando R$ 2.271,24, legitimando o corte no mês de abril de 2016.

É certo que o documento de fls. 33 indica que houve o pagamento da fatura vencida em 11/05/2016, porém com atraso (20/05/2016), restando um débito de R$ 2,77, não havendo como ser considerado para fins de restabelecimento dos serviços.

Acesso ao Sumário

Quanto à alegada inexistência de notificação prévia, observa-se que não foi objeto do pedido inicial.

Ainda assim, vale anotar que a interrupção dos serviços não se deu de forma repentina, dado o longo período de inadimplemento da autora e a ausência de regularização no mês de abril de 2016.

Ora, a autora ingressou com a ação em 15/07/2016, alegando que a interrupção dos serviços se deu em 22 de abril de 2016.

Ocorre que não há qualquer prova de que o corte se deu na referida data, valendo observar que, no documento de fls. 13, acima mencionado, emitido em 25/04/2016, as 14:31 hrs, consta expressamente "estado da ligação NORMAL",

logo, conclui-se que a interrupção dos serviços se deu após referida data, não podendo a autora alegar desconhecimento.

Nesse sentido:

"Portanto, inegável que a interrupção do fornecimento de água no imóvel locado pelo autor, ante a inadimplência, foi legal.

Importante aqui ressaltar que, ao contrário do que constou na sentença apelada, a interrupção do serviço de fornecimento de água não foi repentina.

De fato, o apelado demonstrou, na inicial, que recebeu 'Reaviso de Débito', com vencimento em 18/07/2016, no valor de R$54,48, informando fatura pendente nos registros da concessionária, referência 05/2016, vencida em 10/06/2016, no valor de R$54,48 (fls. 15). O débito constante nos registros da ré foi por ela comprovada mediante documentos acostados aos autos (fls. 97/98).

Outrossim, ao contrário do alegado na inicial, verifica-se que o corte no fornecimento de água da residência do autor foi efetivado em 02/09/2016, portanto três meses após o 'Reaviso de débito', comunicando inadimplência, não se havendo falar em corte inesperado, tanto pelas correspondências recebidas anteriormente quanto pelo longo prazo concedido ao autor para providenciar o pagamento das faturas ou solicitar meios disponíveis pelo poder público aos alegados hipossuficientes. Assim, constatado o longo período de inadimplência, outra não poderia ter sido a decisão da ré, senão o corte no fornecimento de água, ato legalmente amparado." (Apelação nº 1011930-52.2016.8.26.0320, 37ª Câmara de Direito Privado, Relator Pedro Kodama, j. 24/10/2017).

Diante desse quadro, a improcedência da ação era mesmo de rigor, devendo ser mantida a r. sentença, tal como lançada.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006689-40.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelada HEIDE MARIE HELENE WIK.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 35.051 (19ª-DIG))**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO

NEGRÃO (Presidente), JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA e MARIO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: INDENIZATÓRIA - RESPONSABILIDADE CIVIL - QUEDA EM ESTACIONAMENTO DE AGÊNCIA BANCÁRIA - Comprovação da queda da autora no estacionamento da agência bancária - Falta de sinalização e de equipamentos adequados de proteção - Fato do serviço - Danos morais configurados - Paciente que sofreu TCE - Indenização devida - Valor arbitrado em R$ 35.000,00 mantido - Negaram provimento ao recurso da instituição financeira ré.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Bradesco S/A, dirigido contra a r. sentença proferida pela Dra. Bianca Ruffolo Chojniak, MMª. Juíza de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Santo André (fl. 154-155), que julgou procedente a denominada "ação indenizatória por danos morais" ajuizada pela Sra. Heide Marie Helene Wik (fl. 1-28).

Sustentam as razões recursais do banco, em síntese: (a) culpa exclusiva da apelada tendo em vista que seu neto estacionou o veículo em vaga não preferencial e encostado à mureta; prestou atendimento adequado; (b) inexistência de danos morais; mero dissabor; (c) excesso no arbitramento da indenização moral; (d) ausência de comprovação do dano; (e) correção monetária a partir da r. sentença (Súmula 362 do STJ); (f) juros de mora a partir da r. sentença (fl. 158-172).

Contrarrazões em fl. 185-191, pelo improvimento.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônica no dia 5 de outubro de 2017 (fl. 157), e o recurso de apelação interposto no dia 11 desse mesmo mês (fl. 158).

Preparo em fl. 173-174.

É o relatório do essencial.

I. DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De se declarar de início a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Não há mais discussões quanto a sua aplicabilidade às relações com instituições financeiras.

Tal assertiva já se respaldava em entendimento sumular do E. Superior

Tribunal de Justiça (Súmula n. 297, publicada aos 08 de setembro de 2004, Seção 1, pág. 129) sem que houvesse qualquer limitação a determinados contratos bancários e, portanto, tal orientação sumular abrange toda e qualquer atividade das instituições financeiras em contratos realizados com pessoas que não exerçam empresa e se utilizem do objeto contratual para incremento da atividade desempenhada, caracterizada a relação de consumo.

Não bastasse a referida súmula, o C. Pleno do E. Supremo Tribunal Federal recentemente se pronunciou sobre o assunto neste exato sentido ao julgar improcedente a ADI n. 2591 ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF (j. em 7 de junho de 2006).

Disso decorre a inversão do ônus probatório (art. 6º, VII, do CDC).

Obviamente, o reconhecimento, por si só, da aplicabilidade da legislação consumerista ao caso concreto não importa integral e irrestrito acolhimento das alegações do consumidor, dependendo de análise criteriosa e emprego correto dos institutos protetivos.

II. DA ANÁLISE DA CULPA - DO DEVER DE SEGURANÇA

O banco apelante busca o afastamento de sua responsabilidade e do pagamento da indenização moral imposta em razão de acidente ocorrido no estacionamento de seu estabelecimento, sustentando culpa exclusiva da autora-apelada e inexistência de prova de dano.

De acordo com os documentos juntados (fl. 32-48) constata-se a gravidade do acidente, que poderia ter acarretado a morte da apelada. O relatório emitido pelo Hospital (fl. 32) informa que a paciente sofreu Traumatismo Craniano Encefálico (TCE) decorrente de queda da própria altura, ao tropeçar em barra de ferro, o que corrobora com o relato inicial.

De acordo com as fotografias do local do acidente (fl. 35-37 e 137-139), o local onde ocorreu o acidente apresenta risco de acesso à agência bancária, o que recomendava maiores cuidados na sinalização, equipamentos de proteção e informações preventivas, para que acidente como este fosse evitado.

As fotos (fl. 6-8 e 40-48) demonstram a gravidade do acidente bem como os danos sofridos pela apelada, suficientes a comprovar a existência de ato ilícito. É certo que o apelante têm a obrigação de zelar pela segurança de seus clientes não somente no interior da agência bancária mas também em todos os locais de sua dependência, incluindo o estacionamento disponibilizados aos seus clientes.

É dever da instituição financeira promover segurança física não somente aos funcionários como também aos correntistas que estejam no interior do estabelecimento bancário ou em suas dependências; não somente enquanto circulam dentro das agências bancárias, mas também quando dela saem ou entram.

Acesso ao Sumário

Se o correntista deve dirigir-se à agência bancária para pagar contas, realizar contratos ou sacar dinheiro, deve fazê-lo com segurança. E essa segurança deve ser garantida pela casa bancária.

As alegações recursais por si só não são suficientes para afastar os fundamentos da r. sentença, pois nenhum outro elemento novo de prova se demonstrou ou se acostou aos autos.

É de se reconhecer a ocorrência de ato ilícito culposo da instituição bancária, que deixou de adotar as medidas necessárias e preventivas, para se evitar acidentes dessa natureza, assim como os danos sofridos pela autora apelada, em razão da queda, restando comprovado o nexo causal entre o acidente e a conduta omissiva da apelante.

A apelante não se desvencilhou do ônus que lhe recaia de comprovar a culpa exclusiva da apelada (art. 373, II, CPC).

Aplicável, na hipótese em exame, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que em seu parágrafo único, identifica o defeito na prestação do serviço como a falta de segurança.

No caso em testilha, não é necessário a comprovação do abalo psíquico, pois a dimensão do acidente já configura esse abalo.

Em casos análogos este Tribunal Bandeirante já reconheceu o dever de indenizar da instituição bancária em caso de que em estacionamento de agencia bancária, confira:

> Responsabilidade civil. Indenização por dano moral. Queda de cliente nas dependências de estabelecimento bancário. Lesão corporal. Responsabilidade objetiva do banco. Reparação devida. Pretensão de majoração da indenização. Impossibilidade. Inexistência de comprovação de sério comprometimento físico. Valor bem fixado (R$ 10.000,00). Manutenção. Honorária estabelecida como recíproca que é mantida, pois o Autor decaiu de sua pretensão a danos materiais. Recurso não provido. (TJ-SP, Apl. 0019864-64.2013.8.26.0003, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Pazine Neto, J. 16/09/2014, DJe 17-09/2014).
>
> INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - Inconformismo - Preliminar - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Queda nas dependências da loja da ré - Cliente que escorregou em piso molhado - Negligência do estabelecimento quanto à limpeza - Queda que culminou na necessidade de realizar uma cirurgia no joelho - Apelada que buscou minimizar os danos sofridos pela autora, conforme "Termo de Transação" (fls. 74/85) que bem demonstram que a ré comprometeu-se arcar com todo o tratamento, mas não comprovou que o tenha feito - A conduta negligente da ré ficou devidamente comprovada nos autos, acolhendo-se o nexo de causalidade entre a conduta do requerido e o dano experimentado

Acesso ao Sumário

pela autora - Indenização fixada em R$ 12.600,00 (doze mil, seiscentos reais) - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJ-SP, Apl. 0560270-84.2010.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel Des. Salles Rossi, J. 1º/08/2012, DJe 09/08/2012).

Estando em dependência do prédio da casa bancária o correntista tem direito à segurança física prestada pela instituição financeira.

É dever do banco, portanto, prestar segurança às pessoas que se encontram dentro da agência bancária ou em suas dependências, ao sair ou ao entrar no bem imóvel.

Enfim, descuidando-se desse dever, responde civilmente pelos danos causados a seus usuários.

III. DO MONTANTE INDENIZATÓRIO

Tormentosa é a quantificação em pecúnia de um dano extrapatrimonial sofrido. Sabido que a honra de uma pessoa (natural ou jurídica) não possui preço e que os reflexos de um protesto indevido na sociedade são, do ponto de vista monetário, irreparáveis. A indenização atualmente vem sendo amparada pelas vigas da atenuação dos prejuízos e da prevenção para que o causador não mais volte a agir de maneira repreensível.

Nesta esteira, formou-se entendimento remansoso que não apenas a dor, o constrangimento, o prejuízo subjetivo que se visa indenizar presta-se de norte do quantum. Também o caráter punitivo-preventivo da indenização deve ser prestigiado, evitando-se tanto o enriquecimento sem causa e prestígio da denominada "indústria do dano moral", como a sensação de impunibilidade daquele que age em desconformidade com os preceitos legais, sociais e morais.

O valor fixado pela r. sentença (R$ 35.000,00), se mostra adequado quando comparado com os critérios objetivos adotados pela Turma Julgadora em casos análogos, mostrando-se suficiente para punir o banco sem prestigiar o enriquecimento sem causa, considerando ainda: (a) a idade da correntista na data dos fatos (75 anos); (b) a ausência de indicação de que o banco prestou assistência à autora no sentido de minimizar os sofrimento causados; (c) a responsabilidade objetiva do prestador de serviços; (d) a ausência de comprovação de culpa exclusiva da autora (e) e o porte econômico das partes envolvidas.

IV. DOS JUROS E DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Engana-se o apelante quando pleiteia a incidência da correção monetária a partir da data do arbitramento (fl. 171) porque basta uma simples leitura da r. sentença para verificar-se que esse termo é idêntico ao determinado na r. sentença (fl. 155).

No que se refere aos juros de mora, incidem deste a citação, nos termos do que dispõe o diploma civil e a jurisprudência dominante, nada havendo a ser alterado.

Acesso ao Sumário

V. DISPOSITIVO

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028089-54.2016.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, são apelados ASTROPAN DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., MARCO ANTONIO DO NASCIMENTO e ENERGIA ATIVA ELETRICIDADE E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.240)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 2 de março de 2018.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Apelação - Prestação de serviços - Energia elétrica - Ação pretendendo declaração de inexigibilidade de débito correspondente à estimativa de consumo supostamente sonegado e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais - Sentença de acolhimento parcial dos pedidos - Ré que manifestou desinteresse pela produção de outras provas - Entendimento majoritário da Câmara, a que se curva este Relator, no sentido de que o TOI não é prova suficiente de fraudes como a tratada nos autos, havendo necessidade de produção de perícia, a cargo do fornecedor de serviços, para demonstrar a verificação da contrafação e da medida de consumo supostamente sonegada - Quadro diante do qual se impõe prestigiar a proclamação da inexigibilidade do débito em discussão - Ilícito bem reconhecido, assim como o manifesto dano moral dele oriundo, haja vista que houve corte do fornecimento dos serviços pelo

Acesso ao Sumário

não pagamento da conta relacionada ao consumo supostamente sonegado - Indenização, arbitrada em R$ 5.000,00, não comportando redução, sobretudo à luz da técnica do desestímulo - Sentença confirmada.

Dispositivo: Negaram provimento à apelação.

VOTO

1. Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c.c. cominatória c.c. indenização por danos morais proposta por ASTROPAN DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. e MARCO ANTONIO DO NASCIMENTO em face de COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ e ENERGIA ATIVA ELETRICIDADE E SERVIÇOS LTDA.

Diz a autor Marco que é proprietário de imóvel comercial localizado em Franca e que no indigitado imóvel funcionava, até novembro de 2013, a empresa de distribuição de alimentos coautora, da qual o primeiro era sócio. No período de dezembro de 2013 a setembro de 2015, o imóvel ficou sem nenhuma atividade. Em 25.2.16, entretanto, a ré realizou inspeção nas instalações elétricas do imóvel e, sob a alegação de que havia constatado irregularidades no medidor de consumo, lavrou o termo de ocorrência de irregularidade - TOI, de nº 722702541. Posteriormente, os autores foram compelidos a pagar a quantia de R$ 12.213,31, correspondente à diferença entre a medida de energia apurada e a efetivamente utilizada - estimativa realizada com base na média das cobranças anteriores, quando ainda funcionava no local a empresa coautora, afirma -, sob pena de a ré proceder ao corte do fornecimento de energia elétrica. Diz o autor que o imóvel está atualmente alugado para Igreja Universal e que o corte do fornecimento de energia tem trazido sérios problemas, tanto para o locador, como para o locatário. Donde a demanda, por meio da qual pretendem a declaração de inexigibilidade do débito e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, em valor correspondente a 10 vezes o valor atribuído à causa. A título de tutela antecipada, pleitearam os autores e obtiveram ordem de restabelecimento dos serviços.

A ré CPFL apresentou reconvenção, pretendendo a declaração da exigibilidade do débito e a condenação dos reconvindos ao pagamento do débito relacionado ao indigitado TOI (fls. 115/142).

A r. sentença, confirmando a ordem anteriormente concedida, julgou parcialmente procedente a ação, para declarar inexigível a cobrança derivada do TOI, de R$ 12.213,31, e condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de R$ 5.000,00, por danos morais. Pronunciou sucumbência recíproca, responsabilizado cada uma das partes pela metade das despesas processuais, arbitrada a honorária de responsabilidade das rés em R$ 1.000,00, para cada

Acesso ao Sumário

uma delas, e a de responsabilidade de cada um dos autores em R$ 1.000,00. Julgou ainda improcedente a reconvenção, responsabilizando a ré/reconvinte pelo pagamento das verbas da sucumbência, arbitrada a honorária em 10% sobre o valor atualizado da reconvenção (fls. 201/209).

Apela a ré CPFL. Como fundamentos da irresignação, diz, em síntese, que: (a) as providências adotadas por ela no procedimento impugnado são legítimas e em consonância com as disposições contidas na Resolução ANEEL 414/2010; (b) as provas juntadas aos autos pela ré comprovam a referida irregularidade no consumo de energia elétrica do imóvel em questão; (c) "durante a fraude encontrada, foram registrados consumos muito abaixo do que o gasto antes do apelado fraudar o relógio, o que fora cabalmente comprovado pelos documentos"; (d) não houve defeito na prestação de serviços; (e) a suspensão do fornecimento de energia é plenamente admissível e totalmente legal; (f) o apelado não demonstrou ter experimentado danos morais; e (g) subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da indenização (fls. 212/227).

2. Recurso tempestivo (fls. 211/212), preparado (fls. 228/229) e respondido (fls. 232/237).

É o relatório do essencial, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

3. A respeito do caso dos autos, anoto que, segundo o entendimento assente deste Colegiado, a que se curva este relator, o chamado TOI não é prova bastante da verificação de fraudes como a discutida nestes autos.

Aos olhos desta Colenda Câmara, é indispensável que a fornecedora dos serviços demonstre, mediante prova técnica, a afirmada contrafação do medidor de consumo e a medida do consumo supostamente sonegado.

Nesse sentido, entre outros, vejam-se os precedentes assim ementados:

> "DECLARATÓRIA. Fornecimento de energia elétrica. Irregularidades no medidor. CDC. Aplicabilidade. Relação de consumo caracterizada. Declaração de inexigibilidade da dívida. Cabimento. Ausência de perícia técnico-judicial para apuração do fato e do pretenso consumo. Não acolhimento do valor apontado pela concessionária. Débito apurado de forma irregular e unilateral. Ameaças de corte no fornecimento de energia. Inviabilidade. Sentença mantida. Apelo improvido. Dispositivo: negam provimento ao apelo." (Ap. 0013334-30.2005.8.26.0066, 19ª Câm. de Dir. Priv., Rel. Des. RICARDO NEGRÃO, j. 18.3.13).

> "DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Energia Elétrica - Irregularidade do procedimento unilateral adotado pela concessionária - Termo de ocorrência lavrado unilateralmente - Abusividade caracterizada - Necessidade de

Acesso ao Sumário

utilização de meios legais para a cobrança do crédito - Impossibilidade de suspensão no fornecimento da energia elétrica, por se tratar de serviço essencial e porque tal procedimento não pode ser utilizado como meio coercitivo de cobrança de débitos pretéritos - Recurso não provido." (Ap. 0011119-69.2007.8.26.0597, 19ª Câm. de Dir. Priv., Rel. Des. MARIO DE OLIVEIRA, j. 30.6.14).

"CONTRATO. Prestação de serviço. Fornecimento de energia elétrica. Irregularidades supostamente constatadas, de forma unilateral, pela concessionária, no relógio medidor de consumo. Lavratura de termo de ocorrência de irregularidade (*TOI*). Substituição do relógio medidor, que não foi preservado com a finalidade de realização de perícia judicial. Cobrança de diferenças retroativas de consumo. Prova produzida unilateralmente pela concessionária do serviço público de energia elétrica que não se presta a evidenciar a existência da fraude e da legitimidade do débito constituído a partir de base irreal. Inexigibilidade da dívida, na forma constituída pela ré, declarada. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido." (Ap. 0000455-36.2010.8.26.0156, 19ª Câm. de Dir. Priv., Rel. Des. JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, j. 15.12.14).

Nessa ordem de ideias, o relatório técnico de fls. 145/151, produzido unilateralmente pela apelante, não supre a falta da produção de prova pericial, sob a égide do contraditório.

E a ora apelante deixou de requerer a produção de perícia, afirmando, ao revés, desinteresse na produção de outras provas (cf. fl. 196).

Em face desse contexto, só resta prestigiar a solução atribuída ao litígio em primeiro grau, ao proclamar a inexigibilidade do débito em discussão.

4. O episódio dos autos certamente trouxe aos apelados sofrimento íntimo de monta, por razões óbvias, dada a essencialidade dos serviços interrompidos pelo não pagamento da conta correspondente ao consumo supostamente sonegado.

E o arbitramento da indenização por danos morais, na quantia global de R$ 5.000,00, foi até generoso para com a apelante, não comportando a pretendida redução.

5. Mantida a sentença, os honorários de sucumbência de responsabilidade da apelante ficam redimensionados para R$ 1.500,00, para cada um dos apelados, no que concerne à ação primeira, e para 15% sobre o valor atualizado da causa, no que se refere à reconvenção, por aplicação da regra do art. 85, §§ 8º e 11, do CPC.

Posto isso, meu voto **nega provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008004-50.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TOKIO MARINE SEGURADORA S/A, é apelado TRISUL TRANSPORTES LTDA. ME - SPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Converteram o julgamento em diligência. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 7267)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), SALLES VIEIRA e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 7 de março de 2018.

DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, Relatora

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO - TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ADVINDAS DO EXTERIOR - Alegação de avarias em produtos constatadas no ato de entrega para o destinatário final - Cópias de nota fiscal e comprovante de entrega de mercadoria apresentadas pelas partes que apresentam divergências - Documento essencial à solução da lide - Dúvidas quanto à idoneidade do documento - Converte-se o julgamento em diligência, determinando-se a juntada nos autos eletrônicos de novas cópias dos respectivos documentos, devidamente digitalizados. Julgamento convertido em diligência.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra r. sentença de fls. 179/180, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação regressiva, movida por TOKIO MARINE SEGURADORA S.A. contra TRISUL TRANSPORTES LTDA.-ME SPO, e condenou a autora no pagamento das custas e despesas processuais, bem como, honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Recorre a Cia. Seguradora autora (fls. 181/196). Pugna pela reforma da r.

sentença, a fim de que a empresa requerida seja condenada a reparar os prejuízos com a carga avariada, conforme conhecimento de transporte, no valor de R$ 12.999,11 (doze mil, novecentos e noventa e nove reais e onze centavos).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 201/220).

É o relatório.

Converte-se o julgamento em diligência, para que o Apelante junte, no prazo de **05 (cinco) dias úteis**, os documentos que comprovam a operação comercial aqui tratada, a saber:

(a) Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico DACTE nº 000.099.810 - Série 2, emitido em 02/04/2015;

(b) Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica DANFE nº 961 - Série 85.

Por se tratar de processo eletrônico e sendo a digitalização de tais documentos passível de manipulação, os documentos deverão ser juntados aos presentes autos, de forma digitalizada e que não restem dúvidas dos respectivos anversos e versos; tampouco, de que são digitalizações fiéis dos originais.

Sugere-se, para tanto, a digitalização de cópias autenticadas dos referidos documentos, anverso e verso; bem como, qualquer outra forma que entender a parte ser devida e apta de modo a demonstrar a idoneidade dos mencionados documentos.

Por serem documentos essenciais à análise das alegações recursais e em havendo questionamento acerca da idoneidade da autenticação/reconhecimento de firma e inversão/substituição de respectivo verso do documento juntado às fls. 119/120 destes autos digitais, por parte do Apelado, fica este também autorizado a juntá-los novamente aos autos, conforme orientação acima explanada, para o devido julgamento do recurso, sob pena do artigo 400 do CPC/2015 (correspondente ao art. 359, do CPC/1973).

Por todo o exposto, **converte-se o julgamento em diligência, para os fins acima expostos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000522-22.2017.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante HEBERT SOUZA LIMIRIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada BANCO BRADESCO CARTÕES 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:

Acesso ao Sumário

"por maioria de votos, em julgamento estendido, deram provimento ao recurso. Vencidos os 3º e 5º Desembargadores. Declarará voto vencido o 3º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24917)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA, vencedores e AFONSO BRÁZ (declarante) e IRINEU FAVA, vencidos.

São Paulo, 1º de março de 2018.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Envio de cartão de crédito sem expressa solicitação do autor, que teve debitados em sua conta os valores relativos à anuidade correspondente - Prática abusiva vedada pelo art. 39, III, do CDC - Ato ilícito configurado - Dano moral caracterizado - Inteligência da Súmula 532 do C. STJ - Dano *in re ipsa* - Indenização ora fixada em R$ 10.000,00 - Cabimento do pedido de devolução em dobro dos valores descontados, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC - Recurso provido.

VOTO

Acresça-se ao relatório da r. sentença de fls. 120/121 que foi julgado parcialmente procedente o pedido, para declarar o cancelamento do cartão de crédito não solicitado pelo apelante e condenar o apelado ao pagamento da quantia de R$ 67,86, correspondente a parcelas de anuidade do referido cartão, as quais vinham sendo debitadas em conta-corrente, tendo sido afastado, por outro lado, o pleito de indenização por danos morais, cujo fato ensejador a MMª. Juíza entendeu não caracterizado.

Acesso ao Sumário

O apelante afirma que a decisão não pode prevalecer, sustentando, em síntese, que o apelado agiu de má-fé ao emitir cartão de crédito sem requerimento e, ainda, subtrair mês a mês valores relativos a tarifas indevidas, razão pela qual a restituição deve se dar em dobro, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC, devendo o banco também ser condenado ao pagamento de indenização por dano moral, por não se estar diante de mero dissabor.

Recurso regularmente processado e contrariado.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Diante da ausência de prova no sentido de haver o apelante solicitado

o cartão de crédito mencionado na inicial e de ter havido o desbloqueio de tal cartão, a r. sentença condenou o apelado à restituição dos valores indevidamente descontados da conta-corrente do apelante a título de anuidade, mas de forma simples - e não em dobro, como pretendido -, sob o fundamento de inexistir indícios de má-fé na conduta do banco.

Respeitado tal entendimento, assim não pode ser.

Isto porque o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor não exige conduta de má-fé, mas a cobrança indevida e o pagamento em excesso, salvo engano justificável, o que não se vislumbra ter ocorrido na presente hipótese, já que os descontos se deram em razão de cartão de crédito emitido pelo recorrido sem qualquer solicitação e, sobretudo, sem utilização pelo recorrente.

Destarte, fica o banco apelado obrigado à devolução em dobro das quantias indevidamente descontadas da conta do apelante a título de anuidade do cartão de crédito, com atualização monetária desde cada desconto e juros de mora contados da citação.

Dito isto, deve ser examinado se o apelante sofreu dano moral indenizável na presente hipótese.

A resposta é afirmativa.

O C. STJ firmou o entendimento de que o envio de cartões de crédito aos consumidores, sem expressa solicitação, configura prática abusiva, prática essa vedada pelo art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor, dando ensejo à indenização por danos morais, ante o cometimento de ato ilícito.

Nesse sentido, editou a Súmula 532, que assim dispõe: "*Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa*".

Mencionada Súmula não permite outra interpretação que não a de se responsabilizar o banco apelado pelo dano moral causado ao apelante em virtude do ato ilícito praticado.

É sabido que as providências para o cancelamento de cartão não solicitado normalmente são dificultosas e geradoras de incômodos aos consumidores, acarretando dano moral.

Note-se que, no caso em tela, o apelante sofreu diversos débitos em sua conta-corrente de valores relativos à anuidade do cartão que nunca solicitou ou utilizou, sem que o apelado solucionasse a questão.

Assim, não se há de considerar não demonstrado o dano moral, porquanto decorre ele naturalmente da perturbação do estado de felicidade do apelante, por conduta ilícita do banco apelado que fica, assim, obrigado a prestar indenização

Acesso ao Sumário

proporcional ao evento.

O prejuízo moral, portanto, está comprovado *in re ipsa*, ou seja, por força dos fatos verificados.

Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força de simples violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: "*uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto*" (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: RT, 1993, p. 202).

O valor da indenização, por sua vez, deve ser estabelecido de modo adequado à hipótese, de forma a sancionar o banco e conceder lenitivo à vítima.

É de ser considerado que a indenização não se presta ao enriquecimento da parte lesada, mas à concessão de mero lenitivo. A situação por que passou o apelante foi provisória e não sofreu desdobramentos, fato que também deve ser levado em consideração para ser estabelecido o *quantum*.

Nessas circunstâncias, a indenização no importe de R$ 10.000,00 atende aos parâmetros acima, reprovando a conduta do apelado e concedendo alento ao apelante.

A r. sentença, portanto, fica modificada em parte, para o fim de ser julgado procedente o pedido, condenando-se o banco réu à devolução em dobro dos valores indevidamente descontados da conta do autor a título de anuidade do cartão de crédito mencionado na inicial, atualizados monetariamente a partir de cada desconto indevido e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados da citação, bem como ao pagamento indenização por danos morais, arbitrados em R$ 10.000,00, com correção monetária desde a data do acórdão (Súmula 362 do C. STJ) e juros de mora de 1% ao mês a contar a citação, devendo ele arcar também com a integralidade das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação (principal corrigido mais juros de mora), já incluídos aí os honorários recursais de que tratam os §§ 1° e 11 do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos acima lançados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 24868)

Respeitado o entendimento da D. maioria, entendo ser descabida a devolução em dobro no presente caso.

Acesso ao Sumário

Isso porque, a restituição em dobro das quantias pagas indevidamente pelo consumidor exige a caracterização de má-fé do fornecedor de produtos ou serviços, o que não restou evidenciado nos autos.

Não há prova de que o réu agiu com intuito malicioso na cobrança, revelando apenas tratar-se de falha no sistema operacional do banco, que efetuou descontos referentes a anuidade de cartão de crédito na conta corrente do autor.

Confira-se o entendimento do C. STJ:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. CULPA EXCLUSIVA DO PROMITENTE VENDEDOR. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. SÚMULA 543 DO STJ. MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL. REVISÃO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. 1. 'Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/ construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento" (Súmula 543/STJ). 2. **A Segunda Seção desta Corte Superior firmou o entendimento de que a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor**. Precedente: AgRg no AgRg no AREsp 731.339/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 3/5/2016, DJe 6/5/2016. 3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória e a interpretação de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7/STJ). 4. Agravo interno a que se nega provimento. STJ - AgInt no AREsp 1124791/MG 2017/0151704-0 Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI- 4ª Turma - Julgado em - 12/12/2017- DJe 18/12/2017 (grifos nossos).

AFONSO BRÁZ, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1121922-94.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado SERGIO ALVES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26308)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 20 de março de 2018.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. Roubo ocorrido em estacionamento conveniado à instituição bancária. Responsabilidade civil do banco configurada. Ausência de relação contratual entre as partes. Apelado que é consumidor por equiparação (art. 17 do CDC). Dever de segurança não observado pela instituição financeira (artigos 8º e 14 do CDC). Risco inerente à atividade empresarial. Danos materiais comprovados. Dano moral caracterizado. *Quantum* reparatório fixado em R$ 5.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por BANCO DO BRASIL S/A (fls. 117/133) nos autos da ação de reparação de danos que lhe move SERGIO ALVES, contra a r. sentença (fls. 113/114) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, Dr. Renê José Abrahão Strang, que julgou procedentes os pedidos para condenar o Apelante: (i) à restituição de R$ 9.200,00 (nove mil e duzentos reais) roubados do Apelado no estacionamento conveniado à agência bancária; e (ii) ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização do dano moral decorrente do episódio.

Sustenta o Apelante, preliminarmente: (i) a falta de interesse de agir do Apelado em relação ao Banco do Brasil, ante a ausência de ato ilícito ou falha na prestação dos serviços. No mérito, alega que: (i) os fatos extrapolariam a esfera de atuação da instituição bancária; (ii) tomou todas as providências para garantir a segurança no interior da agência bancária; (iii) a instituição financeira não deve ser responsabilizada pela conduta de criminosos; (iv) se houve o roubo, este "decorreu da atuação de um grupo de marginais", caracterizado como caso fortuito; (v) a inexistência de ato ilícito, dano e nexo causal a configurar sua responsabilidade civil; (vi) subsidiariamente, a necessidade de redução do quantum fixado, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do Apelado; e (vii)

Acesso ao Sumário

a inexistência do dano material alegado.

Contrarrazões às fls. 142/147.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada pelo Apelado em face do Apelante em razão de suposto assalto do qual foi vítima no estacionamento conveniado à instituição bancária.

Consta dos autos que o Apelado realizou o desconto de dois cheques, totalizando R$ 9.200,00 (nove mi e duzentos reais) e que, no interior do estacionamento, foi abordado por dois indivíduos que, mediante grave ameaça, subtraíram toda a quantia sacada.

A r. sentença julgou procedentes os pedidos por entender que houve falha na prestação dos serviços da instituição financeira:

> "O crime narrado na inicial ficou demonstrado nos autos.
>
> Assim, vê-se que o réu falhou na prestação de seus serviços, uma vez que não garantiu a segurança patrimonial de seus clientes.
>
> Considerando que o réu exerce atividade de alto riso, em troco de vultoso ganho financeiro, desperta o interesse de larápios. Neste sentido, crimes dentro de seu estabelecimento fazem parte do risco de sua atividade e, portanto, não falar em caso fortuito na espécie." (fls. 113/114)

Com efeito, o boletim de ocorrência (fls. 19/21) demonstra que o assalto ocorreu no interior do estacionamento localizado à Rua Álvaro Ramos nº 2217, Mooca, São Paulo.

Embora a instituição financeira alegue que os fatos extrapolariam sua esfera de atuação, o estacionamento no qual ocorreu o assalto é conveniado à instituição financeira, como se constata do comprovante de fls. 17.

Note-se, inclusive, que o Banco do Brasil oferece gratuidade na primeira hora estacionada e que o comprovante de estacionamento, que contém o horário de chegada e o número da senha de atendimento do cliente é, ainda, carimbado e assinado por funcionário da agência bancária (fls. 17).

Provado, portanto, que o assalto se deu no interior do estacionamento conveniado à instituição financeira, resta caracterizada a responsabilidade civil do banco Apelante pelos danos sofridos pelo Apelado em razão do assalto de que foi vítima, devendo ser mantida a r. sentença.

Inexiste controvérsia acerca da ausência de relação contratual entre as partes, vez que o Apelado compareceu à agência bancária do Apelante apenas para sacar cheques.

A questão, contudo, deve ser analisada sob o prisma do Código de Defesa

Acesso ao Sumário

do Consumidor, nos termos do art. 17 do referido diploma[1] - consumidor por equiparação, já que o Apelado foi vítima do serviço defeituoso prestado pelo Apelante.

Na lição de Cláudia Lima Marques, "basta ser 'vítima' de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC".[2]

Sobre o tema já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

"**INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - LATROCÍNIO PRATICADO EM ESTACIONAMENTO DE BANCO - VÍTIMA ESTACIONARA A MOTOCICLETA E AGUARDAVA AMIGO, QUE SE DIRIGIRA À AGÊNCIA BANCÁRIA, NA ÁREA DESTINADA AO PARQUEAMENTO DE VEÍCULOS - CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO (CDC, ART. 17) - RELAÇÃO DE CONSUMO - INTELIGÊNCIA DA REGRA INSCRITA NO ART. 14, 'CAPUT', DO CDC - FORTUITO INTERNO (STJ, SÚMULA Nº 479)** - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DECORRENTE DO RISCO DA ATIVIDADE - OBRIGAÇÃO DE VELAR PELA SEGURANÇA TANTO DOS VEÍCULOS, QUANTO DOS USUÁRIOS - EMBARGOS REJEITADOS." (Embargos Infringentes nº 9281879-14.2008.8.26.0000/50001, Rel. Theodureto Camargo, C. 9ª Câmara de Direito Privado, j. 27.01.2015) - destaque acrescentado.

"**Responsabilidade civil. Acompanhante de correntista vítima de roubo seguido de morte (latrocínio) em estacionamento adjacente à agência bancária. Indenização por danos morais aos sucessores da vítima**. Improcedência decretada. Inconformismo dos autores acolhido. Ocorrência incontroversa do delito. **Inadequação do sistema de segurança da agência bancária e área de estacionamento contígua. Defeito na prestação de serviços. Consumidor, ainda que por equiparação quanto ao banco (artigo 17, CDC), tem a legítima expectativa de não ser vítima de conduta criminosa no estabelecimento bancário ou em áreas consideradas como sua extensão física**. Responsabilidade objetiva. Assunção do risco da atividade. Alegação de força maior não funciona como causa excludente. Fortuito interno da atividade. Exegese da Súmula nº 479 do STJ. Dano moral configurado, infligido à esfera psicológica dos autores que sofreram a morte do irmão. Dano decorre propriamente da ocorrência do fato ilícito (dano *in re ipsa*). Arbitramento em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor a ser dividido entre os três autores. Sentença reformada. Recurso provido em parte, por maioria." (Apelação nº 9281879-14.2008.8.26.0000, Rel. Piva Rodrigues, C. 9ª Câmara de Direito Privado, j. 14.05.2013) -

Acesso ao Sumário

1 "Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."

2 MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

destaques acrescentados.

Logo, visto que o Apelado foi vítima de um defeito relativo à prestação de um serviço bancário e, supostamente, teria sofrido danos materiais e morais, aplica-se à espécie o Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade do banco Apelante é objetiva, a teor do disposto no art. 14 do CDC. Portanto, a conduta do Apelante independe de atuação culposa para a caracterização da sua responsabilidade civil, bastando o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Cumpre ressalvar ainda, que, não bastasse a genérica cláusula de segurança regulamentada no art. 14 do CDC, **a Lei nº 7.102/1983 criou para as instituições financeiras um dever de segurança para com o público em geral, nos estabelecimentos bancários**, o que, por si só, implica na responsabilização quando caracterizada falha da segurança, tendo em vista os riscos inerentes à atividade bancária.

Se e quando os serviços prestados pelo Apelante são inseguros, viola-se o disposto no art. 8º do mesmo diploma legal, a determinar que os serviços prestados aos consumidores não lhes "acarretarão riscos à saúde ou segurança".

Note-se que por se tratar de relação de consumo, com pedido de reparação de dano decorrente de fato do serviço (arts. 8º e 14 do CDC), a inversão do ônus da prova resulta do §3º do art. 14 do referido Código, a determinar que o fornecedor só não será responsabilizado quando ele provar qualquer das hipóteses lá enumeradas, o que não ocorreu na espécie.

Por ser assim, deve o Apelante assumir as consequências da prestação de serviços inseguros.

Assim, provado que o assalto se deu no interior do estacionamento conveniado à instituição bancária, está configurada sua responsabilidade civil pela segurança dos consumidores nas dependências do referido estabelecimento, conforme os dispositivos legais supracitados.

Nesse sentido, julgados deste E. Tribunal:

"Indenização por danos materiais e morais. Autora que sacara numerário junto ao banco réu, e que foi vítima de roubo quando se encontrava no estacionamento localizado no subsolo da agência bancária. Legitimidade passiva se faz presente. Indenização apta a sobressair. Relação de consumo caracterizada. Apelos desprovidos." (Ap. 0037173-27.2011.8.26.0114, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 02/10/2014)

"Indenização. Danos materiais. Procedência. Demandante vítima de roubo de numerário sacado na agência bancária, em estacionamento conveniado com esta Instituição financeira que oferece serviço de estacionamento a seus clientes por meio de convênio com empresa terceirizada, é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que se busca a

Acesso ao Sumário

reparação de danos decorrentes de falha na prestação desse serviço. Responsabilidade objetiva. Relação de consumo. Sem a prova de que o réu adotou medidas de segurança adequadas e necessárias para coibir a prática criminosa no estacionamento, a ocorrência de furto ou roubo não caracteriza caso fortuito nem de força maior. Procedência da ação que deve ser mantida. Valor da condenação na quantia que foi subtraída do preposto da autora (R$ 50.000,00) com correção nos moldes fixados pela r. sentença. Sentença mantida. Recursos do réu e da denunciada à lide por este improvidos." (Ap. 0210128-74.2009.8.26.0004, Rel. Thiago de Siqueira, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 22/05/2013)

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença que reconheceu a responsabilidade do Apelante pelos danos materiais e morais causados ao Apelado.

O dano material, como bem fundamentou a r. sentença, corresponde ao valor subtraído pelos assaltantes no interior do estacionamento.

Os danos morais, por sua vez, são evidentes, já que o Apelado foi exposto à ação de criminosos em razão da falha na segurança oferecida pelo Apelante e viu-se privado de seu patrimônio.

Tais fatos extrapolam os limites do mero aborrecimento cotidiano, sendo capazes de provocar intenso mal estar, preocupação e descontentamento.

Configurado o dano moral, passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

Embora a lei não estabeleça parâmetros para fixação dos danos morais, impõe-se ao magistrado observar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a arbitrar os danos morais de forma moderada, que não seja irrisório a ponto de não desestimular o ofensor e que não seja excessivo a ponto de configurar instrumento de enriquecimento sem causa.

Com efeito, a falha na prestação de serviços bancários, somado às circunstâncias do assalto, são circunstâncias que devem ser consideradas na fixação do valor indenizatório.

Dessa forma, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se razoável e suficiente para reparar os danos morais sofridos pelo Apelado e inibir que o Apelante incorra em condutas análogas.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso. Aumentam-se os honorários advocatícios devidos pelo

Apelante de 15% para 17% do valor da condenação, em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, §§2º e 11 do NCPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1071904-98.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANDRÉ BIO PESSOA, é apelado BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª 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 43214)**

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

São Paulo, 22 de março de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: Apelação. Demanda revisional de contrato bancário. Sentença que reconhece prescrição. Decisão modificada. Prazo decenal, visto que o pedido está fundado em direito pessoal. Prescrição afastada. Impossibilidade de prosseguimento do julgamento. Tema afetado em recurso repetitivo. Determinação do retorno dos autos à instância de origem para que, no momento oportuno, seja proferida nova decisão. Recurso provido, com determinação.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 142/143, que reconheceu prescrição e julgou extinta demanda revisional de contrato bancário.

Alega o apelante que a sentença não pode subsistir, pois sua pretensão não está prescrita, visto que incide na espécie o prazo decenal. Sustenta que deve ser aplicada a Lei 8.078/90 na espécie. Entende que devem ser limitados os juros a 12% ao ano e que houve indevida capitalização. Bate-se alternativamente pela redução dos honorários advocatícios arbitrados. Pede a reforma.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Embora incida na espécie o regime da Lei 8.078/90, não se aplica ao caso em tela o disposto no art. 26 da Lei 8.078/90, já que não se trata de ação de reparação por vício do serviço ou do produto. Também não há que se falar

Acesso ao Sumário

na aplicação do art. 27 da Lei 8.078/90, pois não se trata de ação de reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço. Além disso, não é caso de prescrição trienal. Aqui, o que o autor busca é a devolução do que indevidamente pagou no contrato celebrado com a instituição financeira. Então, o prazo prescricional a ser aplicado na espécie é o previsto no art. 205, do Código Civil, por estar fundada em direito pessoal (cf., AgRg no Ag. em Rec. Especial nº 137.892-PR, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Galotti, DJU de 19.03.2013, AgRg no AResp. 234878-MG, Quarta Turma, Rel. Maria Isabel Gallotti, DJU de 27.09.2013 e AgRg no AResp. 32822-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 22.08.2013). Nesse sentido, já decidiu esta Câmara (Ap. 0022667-86.2009 de São José do Rio Preto, Rel. Matheus Fontes, j. em 14.03.2013 e Ap. 0031797-03.2009 de São José do Rio Preto, Rel. Fernandes Lobo, j. em 17.10.2013).

Assim, como a cédula foi emitida em 22.7.2011 (cf. fls. 123) e a presente demanda ajuizada em 12.7.2016, não há que se falar em prescrição ou decadência. É evidente e dispensa maiores digressões que demanda revisional de contrato não tem, nem remotamente, semelhança com demanda indenizatória de vício do serviço ou produto. Isso, aliás, já foi proclamado no Superior Tribunal de Justiça: Ag.Rg. no Ag. em Rec. Esp. 108.473/PR, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Benetti, DJ. 2.8.2012. Nem se trata de demanda puramente de repetição de indébito. O que o autor pretende é a prévia revisão de cláusulas contratuais que ele entende abusivas. Então, só e apenas se lograr êxito nesse pedido, é que poderá ser examinado o eventual direito à devolução daquilo que pagou sem causa jurídica válida. Trata-se assim de outro regime prescricional.

No entanto, não é possível a aplicação do art. 1.013, § 4º, do C.P.C. de 2015 na espécie. É que na inicial o autor formulou pedidos que não podem ser julgados no momento, à luz do que ficou decidido no Superior Tribunal de Justiça (cf. Rec. Esp. 1.578.526/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 2.9.2016).

Assim, dou provimento ao recurso, apenas para afastar o decreto de prescrição e determinar o retorno dos autos à instância de origem, na qual deverão aguardar o julgamento do recurso repetitivo mencionado acima, para que, então, nova decisão seja proferida pelo juízo a quo.

Pelo exposto, dou provimento ao apelo, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001071-62.2016.8.26.0615, da Comarca de Tanabi, em que são apelantes ADEMILTON

CALDEIRA DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e ANA CAROLINA DE OLIVEIRA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada LEIA ROSA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25181)**

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

São Paulo, 22 de março de 2018.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO - Imóvel adquirido pela autora em programa de urbanização, regularização e integração de assentamentos precários - Alegação dos réus de que teriam adquirido a posse de um irmão da autora que, além de não demonstrada por prova documental, é irrelevante, porque envolve terceiros que não detinham a posse - Sentença de procedência da ação mantida, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno do TJ/SP.

Justiça gratuita - Considerando-se que os pedidos formulados pelos apelantes em primeira instância não foram apreciados e diante dos documentos acostados aos autos e a ausência de impugnação da apelada, o benefício deve ser deferido.

Recursos não providos. Deferido o benefício da justiça gratuita a ambos os apelantes.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente a ação de reintegração de posse[1], ajuizada por **Leia Rosa da Silva** em face de **Ademilton Caldeira da Silva e outro**, para reintegrar a autora na posse do imóvel descrito na inicial e determinar a oportuna expedição do mandado de reintegração e que os réus se abstenham de praticar qualquer ato de turbação à posse da autora, sob pena de multa diária de R$1.000,00.

1 Valor: R$1.000,00, em maio de 2016. Sentença disponibilizada no DJE em 12.07.2017.

Acesso ao Sumário

Condenou os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em quinze por cento do valor da causa.

Apelaram os réus, em cujas razões requerem, preliminarmente, o benefício da justiça gratuita e, no mérito, sustentam que não houve esbulho porque teriam adquirido a posse de um irmão da autora, porquanto o imóvel estaria abandonado.

Recursos respondidos.

É o relatório.

Inicialmente, defere-se o benefício da justiça gratuita aos apelantes, em razão da omissão na apreciação dos pedidos formulados em primeira instância, dos documentos juntados pelos réus e a ausência de impugnação da apelada.

A autora adquiriu a posse do imóvel através de programa de urbanização, regularização e integração de assentamos precários, da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social de Tanabi e do Governo do Estado de São Paulo, conforme documento de fls. 12, tendo recebido as chaves do imóvel em 30.09.2011.

O fato de a autora ter se ausentado do imóvel por algum tempo não importa em abandono ou renúncia da posse, de sorte que a sua ocupação configura, sem qualquer dúvida, o esbulho.

A aquisição da posse, justificativa apresentada pelos réus/apelantes para terem ocupado o imóvel, além da ausência de documento que a comprove, de qualquer forma seria irrelevante, pois a posse pertence à autora e não a seu irmão. Portanto, se adquiriram a posse de pessoa que não a detinha, obviamente a posse é injusta em relação ao seu detentor de fato e de direito.

Ainda que isso não fosse suficiente, do documento oficial que transmitiu a posse à autora consta expressamente a proibição de alienação, locação ou cessão a qualquer outra pessoa, sob pena de ser reintegrado à Prefeitura de Tanabi, uma vez que o imóvel se destina exclusivamente ao uso familiar e às famílias inscritas em programas habitacionais do município.

Acesso ao Sumário

A apelante Ana afirma que tem conta de luz em nome de seu companheiro, o corréu. No entanto, a conta data de agosto de 2016, quando a ação já havia sido ajuizada.

A nota fiscal que junta para tentar comprovar a posse desde 2013 não contém a qualificação do comprador e o endereço em que os materiais adquiridos teriam sido entregues.

A procedência da ação era mesmo inarredável.

E mais não é preciso dizer para que a r. sentença recorrida seja mantida por seus próprios e judiciosos fundamentos.

Posto isso, nega-se provimento aos recursos, concedendo-se aos apelantes

o benefício da justiça gratuita.

Em atenção ao artigo 85, §§ 1º e 11 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre os honorários recursais, majora-se a verba fixada na sentença para 20% sobre o valor da ação, observada a gratuidade de justiça concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0041539-80.2005.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados EDINA RODRIGUES DA SILVA e ELIAS TEIXEIRA BARBOSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25752)**

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

São Paulo, 22 de março de 2018.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - EXECUÇÃO - Pretensão de reforma da r. sentença para afastar a prescrição reconhecida em primeiro grau - Descabimento - Hipótese em que a demora da citação também é atribuída ao apelante, de modo que não ocorreu a interrupção da prescrição - Prescrição consumada - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignado com o teor da respeitável sentença de fls. 215-217, que, reconhecendo a prescrição, julgou extinta execução de título extrajudicial, com fundamento no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, apela o exequente (fls. 221-239).

Sustenta, em apertada síntese, que não agiu de maneira negligente ou desidiosa, razão pela qual deveria ser aplicada a Súmula 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça ao presente caso.

Insurge-se contra o reconhecimento da prescrição intercorrente, afirmando que não houve a sua intimação pessoal para dar andamento ao processo, tampouco pedido do réu de extinção do processo.

Recurso bem processado.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de execução ajuizada em 19.09.2005, do valor de R$4.008,70, referente a contrato de empréstimo celebrado em 18.05.2004 (fls.11-13).

Com efeito, a interrupção da prescrição opera-se pelo despacho que ordena a citação e retroage à data de propositura da ação.

Contudo, consoante o disposto no parágrafo 2º, do artigo 240 do Código de Processo Civil, incumbe ao autor adotar, no prazo de dez dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

No caso em exame, **até a presente data, não foram os executados citados**; houve somente requerimento de citação por edital em **10.05.2016** (fls. 202), tendo o banco exequente deixado transcorrer *in albis* o prazo determinado pelo despacho de fls. 203 para elaborar o edital de citação (fls. 206).

Assim, tem-se pela atuação desidiosa do banco; embora não configurado o abandono do processo, por falta de intimação pessoal, certo é que não houve a interrupção da prescrição.

A própria lei processual prevê a consequência para o caso de a citação não ocorrer dentro dos prazos estabelecidos no parágrafo 4º, do artigo 219 do Código de Processo Civil/73 (vigente no momento da propositura da demanda):

> § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, **haver-se-á por não interrompida a prescrição**.

Assim, tendo em vista que a última parcela do contrato de empréstimo teve vencimento em 17.10.2005 (fls. 16), a pretensão do banco exequente prescreveu em 17.10.2008, nos termos do artigo 206, §3º, inciso VIII, do Código Civil.

Ressalte-se, ainda, ser inaplicável a Súmula 106 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a demora na citação, como dito, não se deu exclusivamente *por motivos inerentes ao mecanismo da justiça*.

Nesse contexto, correto o reconhecimento da prescrição, nos termos da r. sentença recorrida.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0152074-16.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PROSPER GILLAN COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA. - ME, é apelado NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Converteram o julgamento em diligência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13090)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e WALTER BARONE.

São Paulo, 19 de março de 2018.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO E RESTITUIÇÃO DE VALORES - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - Demanda que visa ao reconhecimento de culpa da ré representada pela resolução do contrato de representação comercial e ao pagamento de indenização e restituição de comissões indevidamente estornadas - Sentença de improcedência da ação que concluiu pela impossibilidade de conclusão a respeito da regularidade do estorno das comissões - Necessidade de produção de prova pericial contábil para esclarecimento desta controvérsia - Art. 437 do CPC de 1973, então vigente - Julgamento convertido em diligência para produção da prova requerida, nos termos do artigo 938, § 3º, do novo Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de "ação indenizatória e restituição de valores" movida por Prosper Gillan Comércio e Representação Ltda. ME contra Nextel Comunicações Ltda. julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 928/930, cujo relatório adoto, que também julgou improcedente a reconvenção. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcou com metade das custas processuais e com os honorários de seus respectivos advogados.

Inconformada, a autora apelou (fls. 965/956), alegando, em síntese, que

o contrato de representação comercial celebrado entre as partes deveria ser resolvido por culpa exclusiva da ré, a qual teria cometido abuso de direito e diversos ilícitos contratuais, que acarretaram prejuízos à recorrente.

Procurou demonstrar a ocorrência de aliciamento da equipe de vendas, compartilhamento de comissões, descredenciamento de grandes clientes, quebra de exclusividade no ponto de rua, alteração em 200% das metas de vendas e estorno das comissões de vendas por inadimplemento de clientes.

Salientou a necessidade de produção de prova pericial.

Sustentou, também, o cabimento da indenização em decorrência da rescisão do contrato em questão, nos termos do artigo 27, da Lei nº 4.886/65, no valor de, no mínimo, 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o período de representação.

Requereu, então, o provimento deste recurso, com a reforma da r. sentença, para que fosse reconhecida a resolução do referido contrato por justa causa e culpa exclusiva da ré, bem como a condenação desta ao pagamento de indenização equivalente a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo da representação, bem como das comissões indevidamente estornadas, com incidência da indenização de 1/12 (um doze avos), além das custas processuais e honorários advocatícios.

A apelante requereu a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, pedido este que foi indeferido pela r. decisão de fls. 993. Diante da confirmação desta decisão, por este Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento de agravo de instrumento (fls. 1.053/1.056 e 1.062/1.065), foram recolhidas as custas recursais (fls. 1.031/1.032)

A apelada apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento deste apelo (fls. 1.022/1.027).

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1.069/1.071).

É o relatório.

A autora, na petição inicial (fls. 1/29), relatou ter celebrado com a ré contrato de representação comercial e de comodato de aparelhos telefônicos para execução de seus trabalhos de intermediação de vendas de serviços e produtos.

Entretanto, segundo afirmou, a ré passou a "agir de maneira desleal e com má-fé", que, "se aproveitando do estado de necessidade econômica da requerente, violou flagrantemente a lei que rege os contratos de representação comercial, como também cometeu abuso de direito e transgrediu a boa-fé contratual, o que culminou em graves prejuízos de ordem econômica, social e moral da requerente" (fls. 4). Por fim, postulou a rescisão do referido contrato de representação por justa causa, em razão da culpa exclusiva da ré, e a condenação desta ao pagamento de indenização e de ressarcimento de comissões indevidamente estornadas.

Acesso ao Sumário

Tanto a ação quanto a reconvenção foram julgadas improcedentes pela respeitável sentença de fls. 928/930. A autora, então, apelou relatando a ocorrência dos seguintes ilícitos contratuais: aliciamento da equipe de vendas, compartilhamento de comissões, descredenciamento de grandes clientes, quebra de exclusividade no ponto de rua, alteração em 200% das metas de vendas e estorno das comissões de vendas por inadimplemento de clientes.

Todavia, o Meritíssimo Juiz sentenciante, ao analisar as questões relativas ao estorno de comissões pela intermediação de vendas e serviços, na hipótese de cancelamento da contratação pelo cliente, ponderou: "*Em princípio, possível o desconto caso o problema esteja na contratação. No presente caso, para apurar a inexistência de tal circunstância, seria necessária a realização de perícia. A autora não postulou a produção desta prova (até postulou, mas com o deferimento apenas da prova oral, resigno-se). Logo, não é possível chegar a uma conclusão*" (fls. 929).

Considerando que a autora questiona os pagamentos das comissões, a prova necessária ao esclarecimento desta controvérsia é a perícia contábil, cuja produção foi postulada pela autora, ora apelante, a fls. 844/845.

Cumpre observar que a autora requereu a produção desta prova, porém o Juízo da causa deferiu apenas a produção de prova oral. Contudo, as testemunhas ouvidas durante a instrução (fls. 896/901) não puderam afirmar a regularidade do pagamento das comissões, até porque não tinham conhecimentos técnicos para tal fim.

E, como se evidencia da r. sentença hostilizada, persista a controvérsia a respeito de matéria de fato, cuja análise dependia de prova técnica, de natureza contábil.

Vale ressaltar que o artigo 437 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da prolação da sentença, e correspondente ao artigo 480, do atual diploma processual, dispunha: "O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida".

Nestas condições, impõe-se a realização da mencionada prova pericial, que se afigura pertinente ao deslinde desta controvérsia, relativa ao recebimento de comissões.

Todavia, é desnecessária a anulação da r. sentença para este fim, pois se trata de nulidade sanável, podendo ser o ato praticado nesta fase recursal, nos termos do artigo 938, § 3º, do novo Código de Processo Civil.

Tal prova deverá ser produzida em primeiro grau, devendo os autos retornar ao Juízo de origem para tal fim.

Ante o exposto, pelo meu voto, converto o julgamento em diligência, para que seja produzida prova pericial de natureza contábil, visando ao

Acesso ao Sumário

esclarecimento da controvérsia relativa à regularidade do pagamento e dos estornos das comissões concernentes à representação comercial. Retornem os autos ao Juízo de origem para tal fim.

As partes e os seus procuradores ficam cientes de que eventuais embargos de declaração referentes a este recurso, poderão receber "julgamento virtual" e, que, somente eventual oposição deverá ser formalizada por meio de petição, nos prazos de cinco dias (Res. 549/2011 - TJSP, art. 1º) ou dez dias (art. 2º), conforme o caso, uma vez que o silêncio será interpretado como adesão ao procedimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001816-50.2017.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante ANDERSON HENRIQUE DE OLIVEIRA, é apelado COOPERATIVA DE CRÉDITO RURAL DA ALTA PAULISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35672)**

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

São Paulo, 10 de abril de 2018.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - Bem móvel - Averbação premonitória no registro de veículo - Pedido de cancelamento - Falta de interesse processual não observada - Decreto de extinção do processo sem resolução do mérito afastado, com observância dos trâmites legais - Apelação provida.

VOTO

1) Cuida-se de apelação (fls. 413/425) em face de sentença (fls. 407/410), cujo relatório se adota, prolatada em embargos de terceiro, que reconheceu a falta de interesse processual e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, do NCPC.

Alega o embargante que não há que se falar em ausência de interesse processual, eis que a embargada realizou averbação premonitória no registro do veículo de sua propriedade, não sendo o embargante o seu devedor. Diz que estão presentes todos os requisitos e pressupostos dos embargos de terceiro, sendo de rigor a reforma da sentença, a fim de reconhecer o seu interesse processual. Contrarrazões às fls. 431/449.

Recurso regularmente processado e preparado.

Recebo a apelação, observando-se, quanto aos efeitos, o que dispõe o artigo 1.012 do NCPC.

Nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, as partes foram intimadas acerca do julgamento virtual (folhas 456/457). Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de folhas 460.

É o relatório.

2) Cuida-se de embargos de terceiro opostos por Anderson Henrique de Oliveira em face de Cooperativa de Crédito de Livre Admissão da Alta Paulista - COCREALPA objetivando defender a posse e propriedade do veículo (fls. 02) que teve averbação premonitória em seu cadastro da execução de título extrajudicial movida pela embargada em face de Rogério Cuba Caivano e Ana Paula Moura Caivano. Diz que foi impedido de realizar a transferência do veículo, adquirido com boa-fé anteriormente à ação de execução. Requer que seja cancelada a averbação.

Com efeito, dispõe o art. 674 do NCPC: "Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constritivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro".

No caso "sub judice", o embargante pretende obter o cancelamento da averbação premonitória levada a termo no registro de seu veículo.

A averbação premonitória destina-se a tutelar o processo executivo contra fraude à execução, resguardando terceiros de boa-fé, bem como o resultado útil de um processo.

Ainda que não tenha sido realizada a penhora do veículo, mas apenas averbada a existência do processo executivo no seu registro, a medida pode embaraçar eventual alienação do bem, de modo que os embargos de terceiro se afiguram meio processual adequado à defesa do possuidor/proprietário do veículo, restando evidente que o embargante possui interesse processual.

A propósito, já decidiu o E. STJ que "A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que os embargos de terceiro são admissíveis não apenas quando tenha ocorrido a efetiva constrição, mas também preventivamente" (EREsp 1367984, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 19/05/2016).

Acesso ao Sumário

Assim, não era o caso de ser decretada a extinção do processo, por ausência de interesse processual (art. 485, VI, do NCPC).

Considerando que a matéria demanda a produção de prova, inviável a adoção das disposições contidas no §3º do art. 1.013 do NCPC.

Diante dessas considerações, é de rigor anular-se a r. sentença, da lavra do eminente magistrado Rodrigo Antonio Menegatti, e afastar o decreto de extinção do processo, com observância dos trâmites legais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001565-59.2017.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes BRUNO ALVES OTERO BARCO e MARCIO ALVES OTERO BARCO, são apelados ROLANDO DENARO e JOSÉ OTERO BARCO.

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 7.096)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), FORTES BARBOSA e HAMID BDINE.

São Paulo, 12 de abril de 2018.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito. Requerentes que são filhos de sócio falecido de sociedade empresária, e pretendem a prestação de contas relativa a período posterior ao falecimento. Autores que não figuram como sócios. Ausência de interesse. Demais pedidos formulados na inicial que se encontram fora do âmbito da ação de prestação de contas. Descabimento. Inadequação da via eleita. Ausência de pleito relativo à situação patrimonial da empresa à época do falecimento do sócio, mas apenas quanto a período posterior. Extinção do processo, sem resolução do mérito, que

Acesso ao Sumário

se impõe. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls. 343/345 que julgou EXTINTA sem resolução do mérito a AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS ajuizada por **BRUNO ALVES OTERO BARCO E OUTRO** em face de **ROLANDO DENARO E OUTRO**, ante o reconhecimento da falta de interesse processual. Não foram fixados honorários advocatícios, diante da ausência de angularização da relação processual quando da prolação da sentença.

Irresignados com a r. sentença, recorrem os demandantes pleiteando a sua reforma.

Sustentam os recorrentes, em apertada síntese, que o objeto da demanda não se restringe apenas ao direito dos autores a lucro ou cota parte da empresa Casa das Pedras. Afirmam que demonstraram teria sido encerrada a conta conjunta que um dos requeridos mantinha com o falecido sócio, bem como, que o veículo que circula prestando serviços à empresa ainda se encontra em nome do falecido. Argumentam que "*na qualidade de administradores da empresa em questão, os recorridos tendem a responder pelos bens do falecido, bens esses que acabam por se confundir com os bens da empresa em questão*". Aduzem, ainda, que a sentença deixou de observar a Cláusula X do contrato social, que estabelece que "*a sociedade continuará suas atividades com os herdeiros sucessores*". Argumentam que "*os sócios remanescentes reconhecem os herdeiros como sócios*", existente, no caso, a *affectio societatis*. Insistem na procedência da demanda.

Por esses e pelos demais fundamentos presentes em suas razões recursais, pugna pelo total provimento de seu apelo (fls. 347/355).

Recurso tempestivo e preparado.

Os apelados apresentaram contrarrazões recursais (fls. 471/474).

É o relatório do necessário.

1. O recurso não comporta provimento.

2. No caso em tela, verifica-se que os autores seriam herdeiros do sócio falecido da empresa CASA DAS PEDRAS MÁRMORES E GRANITOS LTDA. ME, que, após o falecimento do genitor dos autores, passou a ser administrada por José Barco e Rolando Denaro, sócios remanescentes, ora requeridos.

Ajuizaram a demanda com a finalidade de obter dos requeridos a prestação de contas relativa à empresa Casa de Pedras, com a apresentação das declarações apresentadas ao Fisco, relativas aos exercícios de 2012 a 2017, bem

Acesso ao Sumário

como das declarações de renda dos sócios, de suas esposas, filhos, genros e noras, inclusive com a quebra do sigilo fiscal de tais pessoas. Pleitearam, ainda, a apresentação de Balanço Patrimonial, relativo ao mesmo período, e ainda, extratos bancários, livros fiscais e mercantis, talonários de notas fiscais e notas eletrônicas emitidas, e todos os contratos celebrados com outras empresas. Pleitearam, ainda, a nomeação de administrador judicial, para atuar na empresa em nome dos herdeiros, e por fim, a abertura de conta judicial, para que seja depositado um terço do valor apurado, relativo ao lucro mensal daquela empresa.

A r. sentença extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse processual.

Pois bem.

3. De fato, não se vislumbra ser esta a medida processual cabível para as pretensões formuladas na exordial.

Conforme já mencionado, os autores seriam herdeiros de sócio falecido da empresa CASA DAS PEDRAS MÁRMORES E GRANITOS LTDA. ME, que, após o falecimento do genitor dos autores, passou a ser administrada pelos sócios remanescentes.

Primeiramente, cumpre anotar que, ao contrário do afirmado pelos autores, estes não figuram como sócios da empresa.

Da cópia da "3ª Alteração Contratual e Consolidação da Sociedade Empresarial" de fls. 40/43, extrai-se que a empresa em questão é uma sociedade limitada. Daquele documento, constam como sócios Rolando Denaro, Otero Barco (requeridos), e Florentino Otero Barco (sócio falecido, pai dos autores).

Por se tratar de sociedade limitada de pessoas, é fundamental para a admissão de outros sócios a existência de *affectio societatis*, que não deve ser presumida no caso em tela.

Nesse sentido, cumpre destacar a cláusula X do Contrato Social, que prevê expressamente: "*Falecendo ou interditado qualquer sócio, a sociedade continuará suas atividades com os herdeiros sucessores e o incapaz. Não sendo possível ou inexistindo interesse destes ou dos sócios remanescentes o valor de seus haveres serão apurados através de um Balanço especial e liquidados com base na situação patrimonial da sociedade de acordo com o que se combinar na ocasião.*" (fl. 42).

Anote-se que não há notícia quanto à alteração da supracitada cláusula, de modo que se conclui pela necessidade, para ingresso dos herdeiros na sociedade, da anuência dos sócios remanescentes.

E, não figurando os autores como sócios da empresa, patente a ausência de interesse processual dos mesmos, quanto à prestação de contas relativas à sociedade empresária, relativas ao período compreendido entre os anos de 2012 e 2017.

Acesso ao Sumário

Isso porque, o falecimento de Florentino, pai dos autores, deu-se em janeiro de 2011 (cf. certidão de óbito de fl. 46). E, conforme a mesma cláusula X do contrato social, já transcrita, inexistindo interesse dos sócios remanescentes quanto ao ingresso dos herdeiros, o valor de seus haveres serão apurados através de Balanço especial e liquidados com base na situação patrimonial da empresa, à época da retirada do sócio falecido, ou seja, no ano de 2011.

4. É de se ressaltar, ainda, que diversos pedidos lançados na exordial, tais como quebra de sigilo bancário, e exibição de documentos fiscais, não só da empresa, mas também de seus sócios, e respectivas esposas, filhos, genros e noras, bem como, a pretensão relativa à nomeação de administrador judicial, para atuar na empresa em nome dos herdeiros, encontram-se fora do âmbito da prestação de contas, sendo patente a sua inadequação, portanto.

5. Finalmente, anoto que, do exame dos pedidos formulados na inicial, não se extrai pleito relativo à situação patrimonial da empresa à época do falecimento do sócio, mas apenas quanto a período posterior.

6. Sendo assim, por não constituir a ação de prestação de contas mecanismo processual adequado para a consecução das pretensões formuladas na exordial, é de rigor a manutenção da sentença de extinção do processo sem resolução do mérito.

7. Por fim, como se trata de recurso interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, impõe-se a fixação de honorários advocatícios para a remuneração do patrono da parte vencedora, conforme disposto no Enunciado Administrativo n.º 7 do C. Superior Tribunal de Justiça.

> *Enunciado Administrativo n.º 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."*

Como houve o total desprovimento do recurso interposto pelos requerentes, impõe-se a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios recursais, fixados em R$ 2.000,00, nos exatos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019555-98.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MANOEL JOSÉ DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO PAN S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32004)**

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

São Paulo, 13 de abril de 2018.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais - quitação de contrato bancário com atraso - inocorrência de cerceamento de defesa - requerente não logrou êxito em comprovar que seu nome permaneceu negativado junto ao cadastro interno do BACEN (SCR/SISBACEN) após quitação do débito - documentação desatualizada, que não pode ser considerada em favor do postulante - confirmação da solução singular - recurso improvido.

VOTO

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais, movida por Manoel José dos Santos em face de Banco Panamericano S/A, alegando, em síntese, que deixou de pagar algumas parcelas do contrato "Cédula de Crédito Bancário nº 000052278999" firmado com o réu. Ocorre que em 29.05.2015 quitou integralmente o contrato, pagando o boleto enviado pelo banco no valor de R$ 28.000,00 (fls.24). Todavia, até a data da propositura da lide (18.06.2015) seu nome permanece negativado junto ao SCR/SISBACEN (Sistema de Informações de Crédito do Banco Central do Brasil - fls.25/26), o que lhe impede de obter crédito junto às instituições bancárias. Destarte, requer a concessão de liminar para exclusão do nome do referido cadastro e, ao final, a confirmação da medida e a condenação do réu no pagamento de indenização por danos morais.

2. A liminar foi indeferida a fls. 207/209.

3. Citado, o réu deixou transcorrer "in albis" o prazo para resposta (fls.214).

4. A r. sentença de fls. 215/217, considerando que a presunção de veracidade decorrente da revelia é relativa, julgou improcedente a demanda. Sem condenação nos ônus da sucumbência, visto que o autor é beneficiário da gratuidade judiciária e não houve contestação.

5. Irresignado, apelou o vencido preliminarmente alegando que o

Acesso ao Sumário

julgamento antecipado da lide causou-lhe cerceamento de defesa, ausente atendimento mínimo ao princípio da cooperação entre as partes. Afirma que "cumpre ao juiz esclarecer-se quanto às manifestações das partes; questioná-las quanto a obscuridades em suas petições; pedir que esclareçam ou especifiquem requerimento feitos em termos mais genéricos e assim por diante". No mérito, reitera que encartou a fls. 24 o boleto de quitação do contrato, que não foi negada pelo banco revel; que o documento de fls. 25/26 confirma a negativação e a defasagem mencionada pelo juízo "a quo" diz respeito tão somente ao valor da dívida e não quanto à existência da mesma; que o banco teria que excluir o apontamento no prazo de 05 dias úteis. Assim sendo, insiste no pedido de indenização por danos morais, bem como na condenação do réu aos encargos sucumbenciais.

6. O recurso foi recebido, processado e respondido (fls. 231/234). Os autos subiram em seguida.

É o relatório.

7. De início, rechaça-se o aventado cerceamento de defesa, pois na hipótese realmente não cabia ao magistrado "a quo" intimar o autor para prestar quaisquer esclarecimentos ou juntar documento atualizado do SCR/SISBACEN. De acordo com o disposto no art. 320 do CPC/15, a peça inicial deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da lide. Ademais, ficou claro no despacho denegatório da liminar (fls. 207/209) que o documento de fls. 25/26 fazia referência ao mês de abril/2015, ou seja, as informações lá contidas referiam-se a período anterior ao pagamento do boleto pelo requerente. Ou seja, o postulante tinha ciência de que o juízo não consideraria tal documento a seu favor, porém, preferiu quedar-se inerte quanto à juntada de versão atualizada do mesmo.

8. No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante. É fato incontroverso que ele quitou o contrato entabulado com o réu em 29.05.2015 (fls.24), e já em 18.06.2015 se socorreu do Judiciário informando que seu nome permanecia negativado junto ao cadastro interno do BACEN (SCR/SISBACEN). Todavia, o documento de fls.25/26 emitido em 10.06.2015 refere-se claramente à data-base "04/2015", ou seja, a período anterior ao pagamento da dívida. Além disso, conta com a seguinte ressalva: "as informações do relatório solicitado possuem defasagem mínima de 20 dias e não representam o valor atualizado de eventuais dívidas junto às instituições financeiras". Nessa situação, realmente não restou comprovado que o nome do autor continuou com restrição no SCR/SISBACEN após a quitação da dívida.

9. Ademais, deve-se ter em conta que o recorrido comprovou nas contrarrazões (fls. 231/238) que efetuou a baixa do nome do autor nos cadastros restritivos da SERASA em 02.06.2015, o que leva a crer que também tenha o

Acesso ao Sumário

feito junto ao cadastro interno do BACEN, nada nos autos em sentido contrário.

10. Nessas circunstâncias e mediante esses critérios, nada há para ser modificado no "decisum", que permanece irretocável, inclusive por suas apropriadas razões.

11. Com esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003692-41.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CARVALHO E FONSECA - RESTAURANTE LTDA. - ME (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TELEFÔNICA BRASIL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27770)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 13 de abril de 2018.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Indenizatória - Prestação de serviços - Telefonia - Interrupção indevida do funcionamento das linhas telefônicas utilizadas pela autora para a realização de vendas por meio de cartões de crédito e débito - Falha na prestação - Responsabilidade civil - Reconhecimento - Matérias transitadas em julgado.

Lucros cessantes - Comprovação da efetiva interrupção na realização de vendas por cartões no período de 18 dias em que perdurou a falha na prestação dos serviços - Valor devido arbitrado com base no valor diário médio das vendas realizadas por cartões de débito e crédito nos trinta dias de efetiva operação imediatamente anteriores ao período de falha nos serviços - Pretensão acolhida em parte.

Danos morais - Majoração descabida - Arbitramento em patamar adequado em observância aos princípios

Acesso ao Sumário

da razoabilidade e proporcionalidade - Regra de equilíbrio - Extensão e consequência da injustiça - Aplicação da Súmula 326 do STJ - Consectários legais exclusivamente pela requerida - Inteligência do art. 86, parágrafo único do CPC.

Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls.109/112 julgou parcialmente procedente a ação de indenização, para acolher apenas a pretensão indenizatória por danos morais, condenando a ré ao pagamento de R$2.000,00 em favor da autora a este título, bem como para condenar ambas as partes, em virtude da sucumbência recíproca, ao pagamento de metade das custas e despesas processuais e com os honorários de seus respectivos patronos.

Apela a autora (fls.115/121) buscando o ajustamento do julgado de modo a alcançar a integral procedência da ação com o acolhimento da pretensão indenizatória por danos materiais, havendo provas de que a partir do momento em que a linha foi interrompida (12/12/2015) cessaram as transações via cartão de débito e crédito, sendo que assim que a linha retomou o sinal (02/01/2016) as transações retornaram (fls.30 e 32). Aduz que a interrupção dos serviços pelo prazo de 20 dias não pode ser considerada breve nem incapaz de ocasionar danos, sendo que o ato ilícito foi nítido e o dano verdadeiro, de modo que neste período foram realizadas poucas vendas em dinheiro e, além da perda dos ganhos esperados, o apelante ainda teve que arcar com as obrigações da empresa. Sustenta que os danos materiais foram apurados através da média de vendas conforme extrato analítico e apresentaram de forma razoável e insculpida na mais verdadeira boa-fé processual. Pretende, ainda, a majoração da indenização por danos morais, equiparando-se a estabelecimento vizinho que enfrentou o mesmo problema (interrupção na linha) no mesmo período e obteve êxito indenizatório no importe de R$10.000,00. Finalmente, pretende a condenação sucumbencial exclusiva da apelada, ficando prequestionados todos os dispositivos legais mencionados em suas razões recursais.

Recurso em ordem, recebido e com resposta (fls.129/135).

É o relatório.

O recurso comporta parcial acolhimento.

A análise dos documentos existentes nos autos permite verificar que a empresa autora ajuizou a presente demanda objetivando ver-se ressarcida pelos lucros cessantes e danos morais ocasionados pela falha na prestação de serviços por parte da recorrida que ensejou a interrupção da linha telefônica que era

Acesso ao Sumário

utilizada no estabelecimento comercial para a realização de vendas através de cartão de crédito e débito.

A questão relativa à ocorrência da referida falha na prestação de serviços decorrente da interrupção da linha telefônica utilizada pela empresa autora restou reconhecida pela r. sentença, assim como a responsabilidade civil da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, de modo que tais matérias, à míngua de recurso por parte da apelada, encontram-se acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Resta apurar o cabimento da indenização por lucros cessantes pretendida pela autora, bem como a verificação da adequação do "quantum" indenizatório arbitrado a título de danos morais.

Ao contrário do que entendeu a r. sentença recorrida, restou comprovada nos autos pelo documento de fls.30 a inocorrência de quaisquer vendas por meio dos cartões de crédito e débito em virtude da interrupção da linha telefônica no período entre 12/12/2015 e 02/01/2016, o que evidencia o dever de indenizar os lucros cessantes sofridos pela falha ocasionada pela apelada.

Contudo, o valor de R$50.000,00 (cinquenta mil reais) pretendido pela autora a este título não pode ser acolhido, porquanto estimado com base em critérios subjetivos e em médias de vendas que não encontram respaldo nos documentos de fls.30/32.

O extrato de fls.30 permite verificar que, embora os problemas tenham se iniciado efetivamente no dia 12/12/2015 (praticamente não houve nenhuma operação por meio de cartão), o dia 02/01/2016 transcorreu já em normalidade, com quantidade significativa de operações, de modo que o referido dia não deve ser considerado no cômputo dos lucros cessantes.

Ademais, nota-se que o estabelecimento não realizava quaisquer vendas às quartas-feiras, de modo que também os dias 16/12, 23/12 e 30/12/2015 não podem integrar o cálculo dos lucros cessantes.

Desse modo, apura-se que houve lucros cessantes, comprovadamente, pela quantidade de 18 dias e não 20 dias ao contrário do sustentado pela autora.

No mais, adotando-se como critério objetivo o valor diário médio das vendas realizadas por cartões de débito e crédito nos trinta dias de efetiva operação imediatamente anteriores ao período de falha nos serviços (ou seja, entre 07/11/2015 e 11/12/2015 - fls.30/31), verifica-se a média de R$1.024,98 por dia, o que multiplicado pelos 18 dias de efetiva interferência negativa nas vendas, totaliza a monta de R$18.449,64 que deverão ser pagos a título de lucros cessantes pela requerida em favor da autora. Referido valor deve ser atualizado pela tabela prática do TJSP e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar desta decisão.

Finalmente, relativamente aos danos morais, a rigor, sequer seria cabível

Acesso ao Sumário

a condenação da requerida, porquanto, sendo a autora e apelante pessoa jurídica, necessária prova do dano efetivo decorrente do ilícito praticado, pois mesmo que possível a pessoa jurídica sofrer dano moral, necessário se faz que exista ofensa à sua honra objetiva, ou seja, imagem externa, conceito, reputação e isso pela limitação da extensão dos direitos da personalidade como explicita a regra do artigo 52 do Código Civil e Sumula 227 do STJ. Assim, a indenização por dano moral da pessoa jurídica reclama prova efetiva de haver suportado a empresa graves danos ao seu patrimônio, como já referido, imagem externa, conceito e reputação, sem que seja possível a utilização de presunções e regras de experiência para configuração do dano, o que significa dizer que não basta a referencia ao ilícito praticado.

Contudo, à míngua de recurso específico por parte da requerida, e sob pena de configuração de inadmissível "reformatio in pejus", impõe-se a manutenção da condenação imposta pela r. sentença recorrida, considerando-se razoável o "quantum" indenizatório por danos morais de R$2.000,00 arbitrado pelo juiz "a quo", o que dadas as peculiaridades do caso, vale dizer, extensão e consequência da injustiça referida, deve ser tido por proporcional e razoável, refletindo adequadamente a realidade dos danos causados e a reparação a eles condizente.

Em se tratando de indenização por danos morais, a ausência do pagamento desde a data do ilícito, não pode resultar em responsabilização do ofensor/devedor, pois o dano moral somente é convertido em pecúnia - obrigação de pagar - através da decisão judicial.

A ausência do pagamento de indenização por danos morais desde a data do ato ilícito, não pode ser considerada como omissão imputável ao causador do dano, para o efeito de constituí-lo em mora, pois este não teria como satisfazer uma obrigação não traduzida em pecúnia antes da sentença em ação judicial.

Assim, só incidem juros de mora quando há inadimplência do devedor quanto a uma obrigação ou dever pretérito.

Se o dever de indenizar por danos morais somente surge com a sentença, não há justo motivo para que se fixe a incidência dos juros moratórios desde o evento danoso, porquanto o pretenso inadimplemento não pode ser imputado ao ofensor, pelo que inaplicável a Súmula 54, do STJ, devendo, os juros de mora incidir a partir do arbitramento, conforme previsão expressa do artigo 407 do CC.

Como afirmou a Ministra Isabel Galotti: "Em se tratando de danos morais, contudo, que somente assumem expressão patrimonial com o arbitramento de seu valor em dinheiro na sentença de mérito (até mesmo o pedido do autor é considerado pela jurisprudência do STJ mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao

Acesso ao Sumário

pedido, conforme a súmula 326), a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse o devedor, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral não traduzida em dinheiro nem por sentença judicial, nem por arbitramento e nem por acordo (CC/1916, art. 1.064 e cc/2002, art. 407).” (RESP n. 1.132.866 - SP. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti (2009/0063010-6 - julgado em 23/11/2011))

Nesse sentido também o entendimento da doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, “Pela Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal, ‘salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação’. Assim também dispõe o art. 405 do Código Civil. É esse o critério seguido nos casos de responsabilidade contratual. Já nos casos de responsabilidade extracontratual, pela prática do ilícito meramente civil, os juros de mora são computados desde a data do fato (CC, art. 398). Prescreve a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça: ‘os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual’. [...] Os juros de mora sobre indenização por dano moral, todavia, incidem desde o arbitramento. Não há como se considerar em mora o devedor antes, se ele não tinha como satisfazer obrigação não fixada por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes.” (Direito Civil esquematizado v.1 - 2.ed. - São Paulo: Saraiva 2012, fls. 684).

Sendo de natureza judicial o critério da fixação da indenização por dano moral, de rigor observar que o magistrado não se vincula aos parâmetros de valor pleiteados pela parte, de modo que a adequação da verba indenizatória em patamar diverso ao pretendido na inicial não afasta a procedência da demanda e tampouco implica em sucumbência, a teor do disposto na Súmula 326 do C. STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Assim, reforma-se em parte a r. sentença recorrida, reconhecendo-se o dever da ré de indenizar a autora a título de lucros cessantes no valor de R$18.449,64 (dezoito mil quatrocentos e quarenta e nove reais e sessenta e quatro centavos), observados os critérios de atualização e juros de mora acima mencionados, ficando mantida a indenização por danos morais nos moldes e valores estabelecidos pela r. sentença recorrida.

Tendo em vista que o presente julgamento evidencia a sucumbência em parte mínima por parte da autora e apenas relativamente à quantificação das indenizações devidas, impõe-se a condenação exclusiva da requerida ao pagamento da integralidade das custas judiciais, despesas processuais e honorários advocatícios devidos ao patrono da autora, ora arbitrados no importe de 11% sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 85, §§2º e 11 c/c art. 86, parágrafo único do CPC.

Acesso ao Sumário

Dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005694-65.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante JOSÉ WANDENKOLK DA SILVA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.067)**

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

São Paulo, 16 de fevereiro de 2018.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Seguro com cobertura para invalidez por acidente. Autor que sofre de doença que o incapacita parcialmente. Particularização dos riscos autorizada pelo Código Civil. Ação improcedente. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação de cobrança de indenização securitária. O magistrado, Doutor Gustavo Dall'Olio, com base no laudo pericial e na prova oral, entendeu que o Autor padece de invalidez funcional por doença, hipótese excluída da cobertura. Imputou ao Autor o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$800,00, observada a gratuidade de justiça.

Apela o Autor alegando que sua incapacidade é total e permanente provocada por acidente pessoal.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Jose Wandenkolk da Silva Santos e Bradesco Vida e Previdência S/A

Acesso ao Sumário

celebraram contrato de seguro de vida em grupo contra acidentes pessoais. Diz que sofreu uma contusão na perna esquerda, ao descer da escada do caminhão onde trabalhava. Em março de 2015, ajuizou a presente ação de cobrança em razão da recusa do pagamento da indenização.

A seguradora alega que a apólice vigente ao tempo do sinistro é a de nº 920.226 que prevê cobertura para acidentes pessoais.

Em exame médico, o perito do IMESC identificou que o membro inferior esquerdo do segurado apresenta sinais de trombose venosa profunda, com varizes em tributarias de veia safena interna, concluindo que "*as patologias detectadas não guardam nexo com o labor*". (fls. 285). Ao quesito "*a trombose do autor foi originária da lesão sofrida no acidente de trabalho? Em caso negativo ela se originou de que fator?*" Respondeu "*que não há documentação comprobatória de acidente de trabalho. A TVP é doença de etiologia multifatorial*" (fls. 286).

Segundo o laudo, o Autor sofre de invalidez por doença, hipótese excluída da apólice.

Nos contratos de seguro, os critérios de definição da incapacidade identificam-se com o próprio objeto do contrato, do qual se extraem os riscos predeterminados a que alude o artigo 757 do Código Civil.

É inadmissível a intervenção do juiz para ampliar ou reduzir o objeto do contrato claramente definido, mesmo que o considere excessivamente restritivo, porque fora este, limitado, e não outro, o risco que a Ré se obrigou a correr por conta do prêmio prefixado. A ampliação dos riscos cobertos, sem a correspondente elevação do prêmio, leva necessariamente ao desequilíbrio econômico do ajuste.

A definição dos riscos e a limitação das garantias são inerentes ao contrato de seguro, consoante se extrai do art. 760 do Código Civil. Estas são as bases tomadas em conta nos cálculos atuariais que, associados a levantamentos estatísticos dos sinistros, permitem a definição dos valores dos prêmios e indenizações.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorando-se a verba honorária para R$1.200,00, nos termos do art. 85, §11º, do NCPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002019-84.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante NEY MENDES BONFIM, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34142)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2018.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - BANCÁRIO - MÚTUOS - DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS - AUTOR INTERDIDATO, POR PRODIGALIDADE - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - Argumentos do apelante que não convencem - Interdição apenas levada a cabo em 2015 e empréstimos realizados entre 2009 e 2013 - Sentença de interdição que opera efeitos "ex nunc" - Prova dos autos que indica que a incapacidade não poderia ser constatada facilmente pelas pessoas com quem o autor mantinha contato. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de ação declaratória de nulidade de negócios jurídicos movida por **NEY MENDES BONFIM** em face de **BANCO DO BRASIL S/A**, julgada improcedente por meio da sentença de fls. 445/450, cujo relatório ora é adotado em complemento.

Inconformada, a autora manejou embargos de declaração (fls. 91/92), que foram rejeitados (fl. 93) e, ainda inconformada, apela.

Sustenta o autor, em síntese, que: (a) A desde 2001 é incapaz de exercer, por si só, os atos da vida civil, sendo irrelevante se à época dos fatos estava ou não formalmente interditado, até porque já se encontrava reformado em razão de problemas psiquiátricos, tendo inclusive a contraparte tido ciência de tal situação; (b) Não obstante sua interdição seja recente, os problemas psíquicos que se justificaram existem há tempo, consoante alias restou comprovado em outro processo; (c) o banco estava ciente dos problemas que o acometia, mas preferiu firmar os contratos, porque estava somente interessado em auferir lucro, máxime considerando que os contratos "*tinham em princípio a certeza do pagamento das parcelas porque decorrentes de convênio de consignação em folha de pagamento*"; (d) a prova testemunhas corrobora suas alegações; (e) mesmo após a advertência formal da curadora o banco realizou novo empréstimo,

Acesso ao Sumário

no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Firme em tal argumentação, requer provimento (fls. 453/464).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 489/494).

Manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso (fls. 510/514).

É O RELATÓRIO.

Consoante relatado, cuida-se de ação movida por pessoa interditada, representada por sua curadora, com vistas ao reconhecimento de nulidade de contratos de mútuo bancário.

O autor sustenta que, conquanto interditado apenas em 2015, por prodigalidade, desde 2001 já apresentava problemas psicológicos que lhe retiravam a plena capacidade.

Acrescenta que o banco réu já havia sido cientificado de tal fato, mas continuou permitindo que ele firmasse mútuos.

Pois bem.

Tal argumentação não convence.

Ora, o autor foi interditado apenas em 2015 (fls. 15/19) e, conquanto em outra ação judicial se tenha reconhecido que, desde 2011, ele já não se mostrava inteiramente capaz, o fato é que, analisando a prova produzida no presente feito, não se poderia exigir que a casa bancária deixa-se de com ele contratar.

Deveras, o autor percebia seus proventos de inatividade (é militar reformado) e movimentava regularmente sua conta bancária.

Note-se que, consoante a sua irmã, posteriormente nomeada sua curadora, o autor, não poderia gerir sua vida financeira, porém "*as pessoas que conhecem ele acha que o mesmo está certo e a família é a culpada pelo que acontece*".

Ou seja, nem mesmo pessoas que conheciam o autor pessoalmente conseguiam interpretar que ele não estava em perfeitas condições para gerir seu patrimônio. Dessa forma, o aviso dos parentes não pode ser utilizado como prova inequívoca de que o banco estava ciente da incapacidade do autor. Frise-se, a incapacidade para gerir sua vida financeira, conquanto ele já estivesse aposentado por invalidez, era controvertida, porque a própria SPPREV efetuava o pagamento dos proventos de inatividade do autor em conta bancária da qual ele possuía a livre movimentação.

Assim, repise-se, não se pode reputar como de má-fé, ou mesmo de desídiosa, a conduta da instituição financeira ré de firmar com o autor contratos de mútuo bancário, anos antes de sua interdição por prodigalidade.

Não se pode olvidar que se desde 2001 o autor apresentava problemas psicológicos, deveriam seus familiares ter mais rapidamente buscado interditá-lo.

Acesso ao Sumário

Foi preciso o douto sentenciante: "*O autor possuía conta corrente junto ao requerido de longa da; recebia seu salário na conta. Não poderia a instituição financeira, ainda que a família tivesse comunicado à sua Ouvidoria (sobre o fato de o autor não estar em pleno exercício de sua capacidade mental), conforme comprovam os documentos de fls. 35/41, promover nenhum ato restritivo a livre movimentação financeira do correntista, até porque, segundo a prova oral, ele apresentava pessoa normal, frequentava agência e movimentava o numerário sem restrição e não se fazia por hábito acompanhado de algum parente, de modo que bloquear o acesso dele a seu salário, seria realmente de violação de direito, conforme já ressalgado. E se não podia impedir de sacar o dinheiro, tão menos de realizar empréstimos e outras operações corriqueiras, mormente em possuindo ele presentes os requisitos cadastrais para tanto*".

O que se tem é que a sentença de interdição possui efeitos "*ex nunc*" e os negócios jurídicos firmados em momento anterior a ela apenas poderiam ser desconstituídos se comprovado que o outro contratante estaria ciente da incapacidade, o que não se verificou no caso concreto.

Sobre o tema, precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

> *Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - embargos à execução - cédulas de crédito bancário -* ***contratos firmados em momento anterior à interdição da embargante Alice - sentença de interdição que possui efeito "ex nunc"*** *- perícia grafotécnica a favor do embargante Benedito - liquidez, certeza e exigibilidade dos títulos tão-somente em relação à postulante - embargos parcialmente procedentes - apelantes que inovam com matéria não aventada em primeiro grau - na parte conhecida, apelo improvido - ausência de omissão, obscuridade ou contradição - embargos rejeitados.* (Apelação 0007208-71.2013.8.26.0360, 16ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Jovino de Sylos, j. em 15/03/2016, g.n.).
>
> *Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO.* ***Nota Promissória****. Título exigível porque contém requisitos legais e* ***foi emitida pela embargante em data anterior à sentença de interdição que a declarou parcialmente incapaz por prodigalidade. Ausência, ainda, de comprovação de vício de consentimento na efetivação do negócio.*** *Inteligência do artigo 333, inciso I, do CPC. Sentença mantida pelos próprios fundamentos nos termos do art. 252 do Regimento Interno do TJSP. Apelação não provida.* (Apelação 0026932-25.2009.8.26.0482, 38ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. em 18/04/2012, g.n.).

Ante o malogro do recurso, a honorária de sucumbência resta majorada para 15% (quinze) do valor da causa (CPC, art. 85, § 11), mantida a suspensão da exigibilidade de tal verba, por ser o autor beneficiário da gratuidade da justiça.

É o suficiente.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000202-56.2017.8.26.0424, da Comarca de Pariquera-Açu, em que é apelante ROSEMARY MESCYZYN (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado CIRINEU ROBERTO COPPE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.101)**

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

São Paulo, 22 de fevereiro de 2018.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO AUTOMÓVEL E BICICLETA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. INDEMONSTRAÇÃO DE CULPA DO RÉU. IMPROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO. A negativa formulada pelo demandado em sua defesa, fez com que sobre a autora recaísse o ônus da demonstração do fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, do CPC), que dele não se desincumbiu. Não havendo suficiente demonstração de que o condutor do automóvel causou o acidente, impossível se apresenta o acolhimento do pleito indenizatório.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO AUTOMÓVEL E BICICLETA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ELEVAÇÃO DO

Acesso ao Sumário

MONTANTE EM RAZÃO DO IMPROVIMENTO. OBSERVAÇÃO EFETUADA. Por força do que estabelece o artigo 85, § 11, do CPC, uma vez improvido o recurso de apelação da autora, daí advém a elevação da verba honorária de sua responsabilidade, fixando-a em 12% sobre o valor atualizado atribuído á causa.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de indenização por acidente de trânsito proposta por ROSEMARY MESCYZYN em face de CIRINEU ROBERTO COPPE.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, com a ressalva da inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial.

Inconformada, apela a vencida pretendendo a inversão do resultado sob a alegação, em síntese, de que existe suficiente demonstração da culpa do réu pela ocorrência do acidente. O Boletim de Ocorrência Policial *goza de presunção "juris tantum" de verdade prevalecendo até que prove o contrário*. Além disso, a própria narrativa do réu em sua defesa permite concluir que a sua conduta foi culposa, pois não poderia realizar o desembarque de seu filho pelo lado esquerdo, em conformidade com a norma do artigo 49, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro. Também desrespeitou as normas de circulação e conduta estabelecidas pelo artigo 29, § 2º, do mesmo diploma legal. A vítima conduzia normalmente a sua bicicleta em sua mão de direção e em local apropriado, no caso, no bordo da pista de rolamento (CTB, art. 58), quando foi surpreendida ao se deparar com a porta aberta do veículo do réu que ali se encontrava estacionado. De rigor, portanto, a condenação do demandado ao pagamento de indenização por danos materiais e morais experimentados.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente respondido. Há isenção de preparo.

É o relatório.

2. Segundo a narrativa da petição inicial, no dia 14 de agosto de 2016, a autora conduzia a sua bicicleta pela Rua do Balão, em Pariquera-Açu/SP, quando, ao passar próximo à lateral do automóvel estacionado no meio-fio, o réu, sem olhar, abriu a porta, provocando a colisão. Com o embate foi arremessada ao solo e sofreu fratura da diáfise da tíbia, e por isso precisou se submeter a tratamento cirúrgico. Em decorrência disso, permaneceu internada por período superior a quinze dias e, após mais de sete meses, ainda sente dores e se locomove com a ajuda de muletas. Enfatiza que "*é dever do condutor do*

Acesso ao Sumário

veículo estacionado prestar atenção ao tráfego antes de abrir a porta de seu carro, e somente realizar a manobra com a certeza de que não oferecia riscos aos demais veículos e pedestres" (*sic*), e que "*sem perceber a aproximação da bicicleta, o requerido criou um obstáculo*", provocando o acidente. Daí o pleito de condenação do demandado ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais experimentados.

Em resposta, o réu imputou à autora a culpa pela ocorrência do acidente, pois a colisão ocorreu quando a porta de seu veículo já estava entreaberta. Esclarece que se encontrava em pé junto a porta esquerda do automóvel, de costas, em posição de retirada do cinto de segurança de seu filho. Não houve, portanto, qualquer conduta culposa de sua parte.

O conjunto probatório ficou restrito à apresentação do Boletim de Ocorrência Policial (fls. 12/13), e das fotografias e documentos (fls. 14/17, 29/33, 41/42 e 48/89).

Não foi realizada prova oral, nem apresentado qualquer elemento de prova relacionado ao exame dos veículos envolvidos no acidente ou aos vestígios deixados no local (fls. 90/94). Os diversos documentos encartados nada possibilitam concluir quanto à culpa.

O Boletim de Ocorrência gera a presunção quanto à efetiva ocorrência das declarações nele informadas, não quanto à veracidade delas. Desses documentos consta a referência a informações prestadas pela autoridade policial, com base apenas no relato da autora.

Fixados esses pontos, anota-se que o conjunto probatório, na verdade, é insuficiente para evidenciar que o demandado teria sido o culpado pela ocorrência do acidente.

Ora, como se sabe, a culpa deve ser efetivamente demonstrada, e não apenas inferida, e os elementos constantes dos autos não possibilitam alcançar a convicção de que o evento se deu conforme a versão da demandante.

A narrativa da petição inicial deixa claro que o réu teria aberto de forma abrupta e inadvertida a porta do automóvel causando surpresa à ciclista, entretanto, esse fato não restou comprovado, tanto que a autora, em seu recurso de apelação, não refutou a assertiva do demandado, no sentido de que, no momento da colisão, ele *já se encontrava em pé junto a porta entreaberta*.

Acesso ao Sumário

Assim, não existe base para invocar as disposições contidas nos artigos 29, § 2º, e 49 do Código de Trânsito Brasileiro, pois não se aplicam ao fato submetido a exame, considerando essa narrativa de que o automóvel estava parado e a porta já se encontrava aberta.

Os elementos dos autos, assim, permitem concluir que não ocorreu a interrupção repentina da trajetória da ciclista, fator que seria decisivo para imputar a culpa ao condutor do veículo estacionado. Na verdade, existe séria

possibilidade de o evento ter ocorrido por culpa da própria autora, que não atentou para as condições de trânsito.

Não há sustentação probatória, portanto, para acolher o pedido, até porque a autora não atendeu ao ônus da prova do fato constitutivo do seu direito afirmado (art. 373, I, CPC), o que faz recair sobre si as consequências negativas daí decorrentes.

A impossibilidade de alcançar suficiente conclusão com base no conjunto probatório leva necessariamente ao reconhecimento da improcedência do pedido, tal como reconhecida pela sentença, que por isso deve prevalecer.

Por derradeiro, considerando os termos do artigo 85, § 11, do CPC, diante do resultado deste julgamento e levando em conta a atuação acrescida, impõe-se elevar o montante da verba honorária sucumbencial a 12% sobre o valor atualizado atribuído á causa, prevalecendo, naturalmente, a inexigibilidade decorrente da gratuidade judicial.

3. Ante o exposto, com essa observação, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001081-76.2015.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante IBE BUSINESS EDUCATION DE SÃO PAULO LTDA., é apelada SHIRLEI MARIANA CAMPOS DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21784)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente), PEDRO KODAMA e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2018.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - PÓS-GRADUAÇÃO - MBA EM GESTÃO DO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - *Sentença que julgou parcialmente procedente a ação monitória. - Pretensão de reforma da r. sentença.* INADMISSIBILIDADE: Diante da aplicação do

Acesso ao Sumário

Código de Defesa ao Consumidor e do disposto no artigo 6º da Lei nº 9.870/99, constitui penalidade pedagógica abusiva e proibida a cobrança das mensalidades vencidas e não quitadas como condição para se formalizar o pedido de trancamento da disciplina ou do curso. Sentença mantida.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - *Pretensão de condenação da apelada*. NÃO CABIMENTO: Não se pode vincular ao contrato de prestação de serviços advocatícios terceiro que dele não participou. Ademais, a contratação é inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais do contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça, de modo que não pode ser considerada nos cálculos do débito. Art. 51, inciso IV e § 1º, inciso II do CDC. Sentença mantida.

PROCESSUAL CIVIL - INOVAÇÃO - PRETENSÃO NOVA NAS RAZÕES RECURSAIS - *Defendem as apelantes que a multa compensatória é devida para compensar suas perdas com as desistências durante o curso - Questão que não constou da inicial e nem da r. sentença*. NÃO CONHECIMENTO: Não pode a parte trazer questões não suscitadas em primeira instância. Há assim verdadeira inovação em sede recursal. Não conhecimento do recurso nesta parte.

RECURSO DESPROVIDO NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por IBE - Business Education de São Paulo Ltda. e Fundação Getúlio Vargas contra a r. sentença de fls. 131/134, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação monitória movida contra Shirlei Mariana Campos de Lima para condenar a ré ao pagamento das parcelas vencidas em 30.12.2012, 30.1.2013 e 28.2.2013, sendo a vencida no mês de fevereiro referente a apenas 20 dias de serviços contratados, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês desde os vencimentos. A r. sentença reconheceu a ocorrência de sucumbência recíproca.

Somente as instituições autoras apelam (fls. 138/145) insurgindo-se contra o reconhecimento do cancelamento do contrato por meio de simples

Acesso ao Sumário

pedido realizado por *e-mail*. Observam que o rompimento do contrato somente poderá ocorrer após a assinatura do Distrato. Sustentam que não houve cancelamento do contrato pactuado pelas partes. Ressaltam que a apelada tinha conhecimento dos termos do contrato firmado. Afirmam que após o envio do cálculo para o cancelamento, a ré informou não ter condições financeiras para arcar com o referido cancelamento do contrato. Frisa que a ré tinha ciência da não concretização do cancelamento. Em atenção ao princípio da eventualidade, defendem que a multa compensatória é devida para compensar suas perdas com as desistências durante o curso e a cobrança dos honorários advocatícios contratuais. Requerem provimento ao recurso para reformar a r. sentença.

A autora apresentou contrarrazões a fls.150/154.

É o relatório.

Trata-se de ação monitória movida por IBE - Business Education de São Paulo Ltda. e Fundação Getúlio Vargas contra Shirlei Mariana Campos de Lima, visando ao recebimento da quantia de R$ 32.849,80, atualizada até o mês de OUT/2015, referente ao inadimplemento do contrato de prestação de serviços educacionais (Pós-Graduação - MBA em Gestão do Ambiente e Sustentabilidade pelo período de julho de 2012 a julho de 2014) e honorários advocatícios contratuais.

Nos embargos à ação monitória a embargante afirma que ante a comunicação por escrito às autoras sobre sua intenção de trancamento/cancelamento do curso em 20.2.2013 deve ser afastada a sua obrigação de pagamento das parcelas posteriores ao mencionado pedido e de pagamento de honorários advocatícios.

A r. sentença acolheu em parte os embargos monitórios, sob o fundamento de que a cláusula 3.3 que condiciona a inexistência de débitos para o trancamento do curso ou de disciplina é abusiva. Em razão disso considerou correta a cobrança apenas do período anterior ao pedido de trancamento da matrícula e não do período todo cobrado na inicial, correspondente ao curso inteiro.

Relata a ré que frequentou o curso de pós-graduação desde a assinatura do contrato até meados do mês de dezembro de 2012 e que comunicou às autoras sua pretensão de trancamento no dia 20 de fevereiro de 2013 ante a existência de complicações em sua gravidez, bem como por motivos financeiros e de desemprego (fl. 61).

Prevê o Contrato de Serviços Educacionais firmado pelas partes que o trancamento de disciplina deverá ser solicitado em formulário próprio antes do início e que caso o aluno já tenha cursado pelo menos uma disciplina deverá pagar todas as parcelas vencidas até a data da formalização da solicitação de trancamento (Cláusula 3.1.2 e 3.2 - fl. 45).

Pelo relato da própria ré e pela análise dos autos verifica-se o que o pedido

Acesso ao Sumário

de trancamento da disciplina de Educação Ambiental ocorreu após a apelada ter cursado uma disciplina e estar inadimplente em relação às mensalidades com vencimentos em 30.12.2012 e 30.01.2013 (fls. 62 e 68).

Verifica-se ainda que as autoras tiveram ciência da pretensão da ré em efetuar o trancamento da disciplina, tanto que o pedido foi analisado pelo departamento financeiro (fl. 70). Dessa maneira o pedido foi formulado por escrito e deixou de ser acolhido pelas autoras ante a existência de mensalidades em aberto.

Diante da aplicação do Código de Defesa ao Consumidor ao caso, mostra-se inadmissível a recusa do pedido de trancamento formulado pela aluna, sob o argumento de pendências financeiras, tratando-se de postura evidentemente abusiva. Cabia às Instituições autoras realizar a cobrança do valor devido ou ajuizar demanda judicial para receber seus créditos, não podendo impor restrições à aluna inadimplente.

De acordo com o disposto no artigo 51, inciso IV e § 1º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor é nula a cláusula contratual que prevê o pagamento de todas as parcelas vencidas para formalização da solicitação de trancamento, porque isso restringe o direito da consumidora de interromper o contrato, ensejando violação ao princípio do equilíbrio contratual.

Ademais, a exigência de pagamento das mensalidades vencidas e não quitadas como condição para se formalizar o pedido de trancamento da disciplina ou do curso constitui penalidade pedagógica proibida pelo artigo 6º da Lei no 9.870, de 23 de novembro de 1999, *in verbis*:

"***Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.***"

É entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça que:

"***ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. NEGATIVA DE TRANCAMENTO DE MATRÍCULA. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS, COMO TAMBÉM DO VALOR CORRESPONDENTE A 6 (SEIS) MENSALIDADES VINCENDAS, CORRESPONDENTE AO SEMESTRE QUE SE PRETENDE TRANCAR. APLICAÇÃO DE PENALIDADE PEDAGÓGICA PARA COMPELIR A QUITAÇÃO DOS DÉBITOS. VEDAÇÃO PELO ARTIGO 6º, DA LEI 9.870/99. COBRANÇA DE***

Acesso ao Sumário

VALORES INDEVIDOS. CLÁUSULA ABUSIVA. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 51, §1º, III, DO CDC. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. (...).

2. <u>É nula a cláusula contratual que condiciona o trancamento de matrícula de instituição de ensino superior ao pagamento</u> do correspondente período semestral em que requerido o trancamento, <u>bem como à quitação das parcelas em atraso</u>.

3. <u>Isso porque, a cobrança das mensalidades vencidas e não quitadas como condição para que se viabilize o trancamento da matrícula constitui penalidade pedagógica vedada pelo nosso ordenamento jurídico, nos termos do disposto no artigo 6º da Lei n. 9.870/99.</u>

4. (...).

5. Ademais, embora o estabelecimento educacional tenha o direito de receber os valores que lhe são devidos, não pode ele lançar mãos de meios proibidos por lei para tanto, devendo se valer dos procedimentos legais de cobranças judiciais.

6. Recurso especial não provido." (grifos nossos) (REsp nº 1081936/SP, rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 26.11.2008.

Também não tem fundamento a pretensão das autoras de condenação da parte ré ao pagamento de honorários advocatícios contratuais no valor de R$ 2.986,35, porque, não se pode vincular ao contrato de prestação de serviços advocatícios terceiro que dele não participou.

Ademais, a contratação é inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais do contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça, de modo que não pode ser considerado nos cálculos do débito.

Sobre o assunto, o C. STJ já decidiu que: "***A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora***" *[AgRg no AREsp 810591/SP, Relator Ministro Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 15/02/2016]*.

Por fim, a parte da apelação em que as Instituições autoras defendem que a multa compensatória é devida para compensar suas perdas com as desistências durante o curso não merece ser conhecida, porque essa questão não foi suscitada em primeira instância, não se podendo inovar a lide em sede recursal.

Dessa forma, a r. sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECE** de parte do recurso e, na parte conhecida, **NEGA-SE-LHE PROVIMENTO.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012744-12.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes ANTÔNIO JOSÉ MARTINS MARQUES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e ANA MARIA LORENZI MARQUES (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado CONDOMÍNIO EDIFICIO TORRE DE SAINT PATRICK.

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 observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41177)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente sem voto), GILBERTO LEME E MORAIS PUCCI.

São Paulo, 23 de fevereiro de 2018.

MELO BUENO, Relator

Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS - COBRANÇA - Citação com hora certa válida e adequada ao caso concreto (art. 252 c/c 253 do CPC/15) - Inadimplemento incontroverso - Justiça Gratuita indeferida - Inexistência de comprovação da hipossuficiência dos réus - Ação procedente - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 103/107 que julgou procedente a ação de cobrança de despesas condominiais. Os apelantes, através do curador especial, pretendem a improcedência da ação por negativa geral; pleiteiam a concessão da justiça gratuita (fls. 109/112).

O recurso foi processado, com resposta a fls. 115/117.

É o relatório.

A presente ação foi proposta visando haver R$10.741,91, tendo em vista o inadimplemento de despesas condominiais, originárias da unidade nº 141, integrante do condomínio apelado, vencidas em 1/3/2014, 1/4/2014, 15/4/2014, 1/5/2014 e 15/5/2014 (fls. 14/15).

Ocorre que, conforme certidão de fls. 41 e 65, o oficial de justiça dirigiu-se ao endereço dos apelantes a fim de efetivar a citação, sem lograr êxito, vez que sempre informado pelos porteiros do edifício que ninguém atendia ao interfone embora tivesse gente em casa. Ato contínuo, marcando hora certa para

Acesso ao Sumário

a realização do referido ato processual, o oficial de justiça retornou ao endereço dos apelantes e novamente ninguém atendeu ao interfone, motivo pelo qual realizou a citação na pessoa da zeladora do condomínio.

Com efeito, demonstrados os requisitos dispostos no art. 252 do CPC/15 e ante a evidente ocultação dos apelantes foi efetivada citação com hora certa (art. 253), conforme certidão que goza de fé pública, não infirmada, quedando-se inertes, sendo-lhes nomeado curador especial. De modo que, atendidas as prescrições legais, o contraditório e ampla defesa, hígida a citação na forma em que efetivada.

Destarte, indefere-se a justiça gratuita reclamada, tendo em vista a ausência de comprovação da precária situação financeira dos apelantes, como de rigor, cujo fato de estarem representados por curador especial, em razão da citação por hora certa, não induz a presunção de incapacidade econômica, a autorizar a concessão da benesse. Neste sentido, confira-se:

> "**(...) A ré foi citada por edital após várias tentativas de citação pessoal, sendo nomeado curador especial, o que não se confunde com a assistência judiciária gratuita a ensejar deferimento de gratuidade da justiça, cujo pedido é pessoal e dependente de demonstração de hipossuficiência econômica, não cabendo ao julgador presumi-la**[1]"

Deste modo, nada há a reparar na r. sentença recorrida, cuja manutenção pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe. E, considerando o disposto no §11, do artigo 85 do CPC/15, os honorários advocatícios em favor do advogado do apelado são majorados a 20% sobre o valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0176577-09.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS - FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS, são apelados MALONI COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA. EPP e RENE MEHSEN NEHME.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

1 Ap. nº 0046410-60.2010.8.26.0554 - Rel. Des. KIOITSI CHICUTA - 32ª C., j. 2/2/2017.

FERNANDO SASTRE REDONDO (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA E CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Execução de Título Extrajudicial. Cédula de Crédito Bancário. Inadimplemento. Tentativas frustradas de citação pessoal e de localização de bens penhoráveis. Citação por edital, a fim de aperfeiçoar a relação processual e de evitar a prescrição da pretensão executória, não foi requerida. Pedido de suspensão do curso da ação antes da citação e deferimento, nos termos do art. 791, III, do CPC/73. Todavia, ausente citação dos executados, não há cogitar de interrupção do prazo prescricional durante a suspensão. Inteligência dos arts. 617 e 219, § 4º, ambos do CPC/73. Pedido de prosseguimento após decurso do lapso trienal. Prescrição da ação consumada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 181/190) interposto contra a r. sentença de fls. 160/168, complementada pelas fls. 178, que reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão executória fundada em título extrajudicial, extinguindo o feito nos termos do art. 487, II do CPC, sem condenação em verbas de sucumbência.

Recorre empresa que alega recebido por cessão o crédito executado, possuindo legitimidade recursal. Pleiteia apreciação do pedido de substituição no polo ativo, protocolado antes da r. sentença, não apreciado na origem. Defendeu que o banco não é mais credor, não podendo se manifestar, de modo que não houve manifestação anterior da recorrente, justamente, diante da ausência de apreciação do pedido de substituição. Aduziu inexistir prescrição intercorrente, tendo em vista ausência de prévia e necessária intimação pessoal do exequente.

Recurso tempestivo e preparado, sem contrarrazões diante da ausência de citação nos autos.

Valor atribuído à causa em 26/06/2009: R$ 26.644,50 (fls. 03).

É o relatório.

Cuida-se de execução de título extrajudicial lastreada na Cédula de Crédito Bancário Empréstimo - Capital de Giro de fls. 16/24, emitida em 27/06/2008,

Acesso ao Sumário

no valor liberado/solicitado de R$30.000,00, com previsão de vencimento em 28/12/2009.

Com o inadimplemento da obrigação, ocorreu a antecipação da dívida, sem, contudo, alterar o termo inicial do prazo prescricional, que é a data do vencimento da última parcela (28/12/2009).

A execução foi protocolada em 20/07/2009 (fls. 02), acompanhada de demonstrativo do débito, no qual se verifica pagamento total de apenas seis parcelas (fls. 15). O despacho que determinou a citação data de 21/07/2009 (fls. 30).

Inquestionável, portanto, que a execução foi proposta no prazo prescricional de 03 anos, conforme art. 44 da Lei nº 10.931/2004, art. 70 do Decreto nº 57.663/66 e art. 206, § 3º, VIII, do Código Civil (que estabelecem o prazo trienal para a pretensão de recebimento de débito oriundo de cédula de crédito bancário).

É fato que até 25/02/2011 (fls. 133) os executados ainda não haviam sido citados, o que não decorreu de desídia, abandono ou inércia do exequente, mas das dificuldades de localização dos devedores e de bens passíveis de penhora, sendo que as várias diligências, inclusive expedição de carta precatória para a Comarca da Capital e pedido de penhora *on line* também resultaram negativos, conforme fls. 37/40, 47/50, 57, 59, 63, 67, 68, 78/79, 88, 91109, 111, 128/131.

Ocorre que, não obstante as infrutíferas tentativas de citação pessoal dos executados, **o credor poderia requerer a citação por edital, como mencionado pelo d. juízo de origem (fls. 84)**, expressamente autorizado pelo art. 221, III, do CPC/73, a fim de aperfeiçoar a relação processual e de evitar a prescrição da sua pretensão.

Todavia, o banco exequente, não logrando êxito nas diligências para localização dos devedores e de bens penhoráveis, **optou por requerer apenas a suspensão da execução, antes da citação, nos termos do art. 791, III, do CPC/73** (25/02/2011 - fls. 133), sendo deferido o pedido em 03/03/2011 (fls. 134).

A ressalva que se faz é que, ausente citação dos executados, não há cogitar de interrupção do prazo prescricional durante a suspensão, nos termos da observação inserida no artigo 617 do Código de Processo Civil/73, referente ao § 4º do artigo 219 do mesmo *Codex*:

> "*Art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219".*
>
> *"Art. 219. (...) § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição*".

Acesso ao Sumário

Neste sentido, julgado da 23ª Câmara de Direito Privado desta Casa:

"*EXECUÇÃO - SUSPENSÃO DO PROCESSO - Nada obsta que a credora, não logrando êxito nas diligências para localização dos executados e de bens penhoráveis, requeira a suspensão da execução - Inteligência do artigo 791, III do CPC - Cabe, entretanto, ressalvar que, não tendo havido ainda citação, não se há falar em interrupção da prescrição (art. 617, CPC) - RECURSO PROVIDO.*" (Agravo de Instrumento nº 2041107-68.2015.8.26.0000, Rel. Des. Sérgio Shimura, j.13/05/15).

A prescrição intercorrente é verificada no curso do processo e caracterizada pela paralisação do feito por manifesta inércia do credor, que faz com que os autos fiquem paralisados em arquivo por tempo maior que o prazo prescricional do título (AgRg no REsp nº 1.287.856 ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 10/08/2012).

E, consoante dispõe a Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal, "*Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*".

No caso, a paralisação do processo a partir de 25/02/2011 (fls. 133) se deu em decorrência da ausência de bens a executar, razão da falta de impulso processual por parte do autor que permitiu o decurso de lapso trienal.

Como apenas em 08/08/2016 foi protocolado pedido de desarquivamento dos autos, com juntada de procuração e substabelecimento dos novos patronos em nome do Fundo ora apelante (fls. 137/138), declarando aquisição do crédito executado (fls. 152/159) apenas após despacho nesse sentido (fls. 141), inafastável o reconhecimento do decurso do lapso prescricional, já que não interrompida a prescrição, conforme art. 617 e do CPC/73.

Frisa-que os documentos de cessão de crédito datam de 18/12/2015 (fls. 156), quando já estava prescrita a ação. Ademais, a recorrente, alegada cessionária, apenas peticionou nos autos em 08/08/2016.

Assim, por qualquer ângulo que se aprecie a questão, de rigor a extinção da ação.

Destarte, respeitado entendimento em sentido contrário, entendo que deve ser mantida a r. sentença que reconheceu a prescrição, em atenção ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, diante do decurso do prazo prescricional de três anos sem citação dos executados.

Assim, registre-se, por fim, que a prescrição é instituto de direito material, que atinge diretamente a pretensão executória e, na hipótese em específico, quando entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (18/03/2016) já havia se consumado a prescrição.

Por fim, diante do acima desfiado, resta prejudicada a questão da

Acesso ao Sumário

substituição no polo ativo. Por outro lado, ainda que assim não fosse, não se encontram nos autos procuração ou documentos que legitimem os procuradores do banco "cedente".

Sem fixação de verba honorária diante da inexistência de citação dos executados.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0106969-23.2006.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EUNICE KOVALENKOVAS HARTEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SANTA EDWIGES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35988)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), HUGO CREPALDI e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2018.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS - AÇÃO DE COBRANÇA - CASAL SEPARADO - SOLIDARIEDADE DOS EX-CÔNJUGES - ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONFIGURADA - COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS CONDOMINIAIS - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Ação de cobrança de cotas condominiais, acolhida pela r. sentença de fls. 266/268, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 2.105,78 (dois mil cento e cinco reais e setenta e oito centavos), cujo relatório fica aqui incorporado.

Acesso ao Sumário

Inconformada com a solução adotada recorre a ré ***Eunice*** (fls. 272/286).

Nas razões do recurso (fls. 272/286), a Apelante sustenta não ser responsável pelo pagamento dos débitos condominiais cobrados, postulando pela exclusão do polo passivo. Insiste que o usufruto do bem é exclusivo do seu ex-marido corréu Ricardo.

Apelo regularmente processado, com contrariedade a fls. 295/296.

É o relatório.

Não podem ser acolhidas as alegações do recurso.

O acordo entabulado pela ré com seu ex-marido em processo judicial de separação é irrelevante para esta ação, tendo em vista que não há prova documental de que o imóvel tenha sido destinado exclusivamente ao marido e que as despesas condominiais constituem obrigação indivisível frente ao condomínio.

Subsiste, por corolário, até que se produza ato jurídico válido, a comunhão prevista no registro imobiliário, inclusive e especialmente para o efeito de atribuir obrigação solidária no tocante às cotas do rateio condominial.

Ainda que separados judicialmente, mas havendo solidariedade dos titulares da unidade condominial. Ambos são responsáveis pelo pagamento das despesas cobradas para sua manutenção, sendo possível o ajuizamento em face de qualquer deles indistintamente ou em face de todos.

No mais, no presente caso, cuidou o condomínio autor de instruir os autos com documentos suficientes para legitimar a cobrança das cotas condominiais em face dos réus que, por sua vez, não refutaram o inadimplemento, tampouco trouxeram aos autos qualquer elemento que demonstrasse a quitação das mencionadas despesas.

Como se não bastasse, parte da dívida é anterior a alegada dissolução a sociedade e partilha, a qual deve ser averbada junto ao Registro de Imóveis, para conhecimento de terceiros.

Dessa forma, não há dúvida quanto à existência do débito e, diante da qualidade de proprietários do imóvel, compete aos réus a obrigação no cumprimento da obrigação que lhes cabe como condômino.

Assim, a r. sentença deve ser Portanto, nego provimento ao recurso, prestigiada.

Portanto, nego provimento ao recurso, com a majoração dos honorários sucumbenciais de 10%, fixados pelo juízo sentenciante, para o patamar de 12% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a condição suspensiva em razão da gratuidade da Justiça (art. 98, §3º, do CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1063026-17.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante MARIA DA CONCEIÇÃO CORREIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CNOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S/A.

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 30.031)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2018.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE CELULAR PELA INTERNET - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CANCELAMENTO DA COMPRA EFETUADO - VALORES LANÇADOS INDEVIDAMENTE NA FATURA DO CARTÃO DE CRÉDITO DA CONSUMIDORA - DANOS MORAIS - QUANTUM BEM FIXADO - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

Sem a prova inconcussa e irrefragável do dolo, não há como impor a condenação de que trata o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

VOTO

Ação de rescisão contratual com pedido de danos materiais e morais, fundada em compra e venda de bem móvel, julgada procedente, pela r. sentença de fls. 131/132, cujo relatório adoto.

Inconformada, apela a autora. Após estoriar os fatos relativos à lide, pleiteia a majoração dos danos morais, além da condenação da ré à repetição do indébito, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Busca, no mais, reparos no concernente aos juros moratórios, aplicando-se a Súmula nº 54 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Houve resposta. Ausente o preparo em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) A presente apelação é processada no efeito suspensivo, nos termos do art. 1012 do CPC.

2) O inconformismo, a meu ver, não merece prosperar.

No concernente aos danos morais, a insurgência da consumidora restringe-se ao ***quantum*** fixado, sendo certo que a estimativa fica ao prudente arbítrio do juiz, sem que, no entanto, traduza-se em montante insignificante para reparar a lesão produzida e também sem que caracterize enriquecimento indevido da parte ofendida.

Em consonância com a jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça "*não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano*" *(REsp. n° 700.899-RN, Rel. Min. Humberto Martins)*.

Na mesma diretriz, ***verbis***:

"***1. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em valor razoável, de modo a preservar a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o ato ilícito cometido e a de reparar o sofrimento experimentado pela vítima, consideradas as peculiaridades subjetivas do feito***" *(AgRg. no AgRg. no AREsp. nº 416.491/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe em 03/05/2016).*

Sopesadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, quais sejam, a natureza do fato, o grau de culpabilidade da ré e a capacidade econômica das partes, tenho para mim que a quantificação reparatória, estipulada em R$ 5.000,00 (*cinco mil reais*), com atualização monetária a partir do arbitramento (*Súmula 362/STJ*), mostrou-se adequada para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização, assim como o enriquecimento sem causa da ofendida.

Por sua vez, sem a prova inconcussa e irrefragável do dolo, não há como impor à ré a condenação de que trata o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Vale dizer, a repetição do indébito prevista no Código Consumerista supõe que, além da cobrança indevida, exista procedimento malicioso, aqui não evidenciado, ***verbis***:

"***AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. MONTEPIO CONVERTIDO EM SEGURO DE VIDA. PAGAMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.***

ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ. HIPÓTESE, NO CASO, DE INDÉBITO SIMPLES. DECISÃO MANTIDA.

1. A repetição do indébito prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC somente é devida quando comprovada a má-fé do fornecedor; em não comprovada a má-fé, é devida a restituição simples. Precedentes do STJ.

2. No caso, não comprovada a má-fé, deve ser reformado o acórdão para afastar o indébito em dobro, mantido na modalidade simples.

3. Agravo interno não provido. *" (AgInt. nos EDcl. no REsp. nº 1.316.734/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe em 19/05/2017).*

No mais, em se tratando de **responsabilidade contratual**, os juros moratórios de 1% ao mês são computados a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, não sendo o caso de aplicação da Súmula nº 54 do E. Superior Tribunal de Justiça *("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual")*.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0068700-55.2011.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado ALINE RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante CASTELMAR EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, negaram provimento ao recurso da autora. Deram provimento, em parte, ao apelo do réu, para fixar como termo inicial dos juros de mora a citação, divergindo a 2ª juíza, que dava provimento ao recurso do réu em maior extensão, para reduzir a indenização. Em julgamento estendido, Des. Marcos Gozzo e Dr. Sergio Alfieri, convocado, acompanham a 2ª juíza em relação à divergência apresentada.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, MARCOS GOZZO e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2018.

CAMPOS PETRONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Hóspede de hotel (comissária de bordo da TAM, em Florianópolis) agredida por funcionário durante a estadia. Tentativa de estupro. R. sentença de parcial procedência, com apelos de ambas as partes. Fatos que ficaram exaustivamente comprovados pelo contexto probatório dos autos. Ato doloso cometido por empregado no exercício de suas funções. Responsabilidade objetiva do empregador. Incidência dos art. 932, III, e 933, do Cód. Civil. Aplicação do CDC. Danos materiais, todavia, que não ficaram comprovados. Abalo moral caracterizado. Montante arbitrado dentro da proporcionalidade e razoabilidade. *Decisum* mantido na essência. Juros moratórios desde a citação, não a partir do evento danoso, por se tratar de relação contratual, conforme art. 405 do CC. Art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao recurso da autora, dando-se parcial provimento ao da ré, apenas no que toca os juros moratórios.

VOTO

São apelações interpostas por ambas as partes contra r. sentença de fls. 413/424, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória envolvendo prestação de serviços, condenando a empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de **R$ 100.000,00**, atualizados a partir da data do arbitramento e com juros moratórios desde o evento danoso (18.04.11). Ante a sucumbência mínima da autora, arcará a requerida com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Embargos declaratórios, fls. 427/431, rejeitados, fl. 433.

Deu-se à causa o valor de **R$ 200.000,00**, em 2011, fl. 26.

Contestação replicada.

Denunciada à lide Dobly Administração de Hotéis e Resorts Ltda. Citada, apresentou contestação, fls. 229/243.

Em saneador, o feito foi extinto sem julgamento do mérito quanto à denunciada, fls. 252/254.

Cópias do Inquérito Policial, fls. 46/75. Certidão de objeto e pé do processo criminal que correu no Estado de Santa Catarina, fl. 298.

Audiência de instrução e julgamento com oitiva da testemunha Sra.

Acesso ao Sumário

Isabela Maria Carrara, fls. 347/348. O Sr. Giuliano de Carvalho Sá foi ouvido na Comarca da Capital, fls. 360/361 e o Sr. Osvaldo Vicente Muller em Palhoça/SC, fls. 401/402.

Irresignadas, insurgem-se ambas as partes.

A autora (nascida em 1983), fls. 436/451, sustenta, em síntese, que diante da gravidade dos fatos (os quais ficaram provados) deve ser majorada a indenização pelos danos morais sofridos. Diz, ainda, que faz jus à reparação pelos danos materiais.

A requerida, por sua vez, fls. 543/471, alega que os atos realizados pelo Sr. João Lima de Mello não decorreram do exercício de suas funções, mas ação instintiva e pessoal, totalmente imprevisível e inevitável, estando presente a excludente de responsabilidade por ato exclusivo de terceiro. Alternativamente, pugna pela redução da indenização, atendidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Recursos recebidos, eis que tempestivos, sendo a acionante beneficiária da gratuidade e preparado o da ré, fls. 472/473 e 497/498. Contrarrazões, fls. 477/490.

Inicial de 10.10.11.

É o relatório, em complementação ao de fls. 413/415.

Perderam as partes as oportunidades de fls. 309 e 347 para solução amigável, em 2015.

Reporto-me ao nosso **voto nº 29.196** proferido em agravo instrumental entre as mesmas partes, em 2016.

Consta da exordial que a autora, comissária de bordo da empresa TAM linhas aéreas S/A, hospedou-se em hotel da ré - Bristol Castelmar Hotel - com a qual a sua empregadora mantém contrato, na cidade de Florianópolis/SC, na data de 18.04.11.

Diz ela que chegou ao citado hotel por volta da 01h00, na companhia dos demais colegas da tripulação e todos se hospedaram em quartos do 4º andar daquele estabelecimento hoteleiro, sendo que ela ficou com o nº 412. Notando a ausência de sacola apropriada e nota de serviço da lavanderia, deixou uma camisa em um cabide e deixou-a do lado de fora do quarto para ser recolhida por um funcionário.

Em torno das 03h40 um empregado do estabelecimento hoteleiro, Sr. João Lima de Mello, teria batido à sua porta, solicitando o preenchimento da ficha da lavanderia. A requerente, que já estaria de roupas de dormir (camisola), teria deixado a porta encostada nesse momento e foi então que o citado funcionário teria invadido o seu quarto e tentado agarrá-la à força (relata que houve embate corporal, que ele chegou a prensar sua mão na porta e tentou tapar a sua boca).

Acesso ao Sumário

Noticia a demandante que teria conseguido sair do quarto e saiu para o corredor pedindo por ajuda. Bateu na porta do quarto ao lado, onde estava sua colega de trabalho, Sra. Isabela, que a deixou entrar e conseguiram se desvencilhar do Sr. João, fecharam a porta e ligaram para a Polícia.

Houve a prisão em flagrante de João, por infração ao art. 213 c.c. 14, II, do CP (estupro tentado).

Pleiteia, diante disso, a condenação da empresa ré a pagar os danos materiais e morais sofridos.

Quanto ao acontecimento dos fatos narrados na inicial, é possível verificar, pelos elementos probatórios colacionados aos autos, que eles efetivamente ocorreram, da forma descrita pela acionante.

A Sra. Isabela, colega de trabalho da autora, relatou o seguinte:

"*(...) a testemunha escutou gritos no corredor. Ao abrir a porta se deparou com um homem no corredor que agarrou a autora por trás sendo certo que a autora trajava somente calcinha, sendo que a camisola estava toda rasgada jogada ao solo. A autora gritava por socorro e travou uma luta corporal com aquele homem. Ao conseguir dele se livrar foi acolhida pela testemunha em seu quarto. Naquele momento a autora não conseguia falar e apresentava dores pelo corpo, além de machucados. Aquele homem ainda tentou forçar a entrada no quarto da testemunha, sendo por esta impedido.*", fl. 348.

O Sr. Giuliano de Carvalho Sá, também membro da tripulação que estava hospedado no hotel naquela data narrou:

"*Naquele dia, por volta das duas ou três horas da manhã, acordou ouvindo gritos e pedidos de socorro no rol do andar. Não sabia do que se tratava. Na hora que o barulho cessou, abriu a porta e viu no corredor roupa rasgada e cabelos no chão, com marcas de briga. O depoente viu uma porta de quarto aberta, mas não sabia de quem seria. Por isso, bateu nas portas vizinhas para ser se algum colega da tripulação abria. O comandante estava em um dos quartos, abriu a porta e perguntou o que estava acontecendo. O depoente disse que não sabia e como estava sozinho no corredor e diante da cena, pediu ao comandante Pedro que o acompanhasse. O depoente e Pedro entraram no quarto do hotel e viram a mala da empresa TAM, mas não estava identificada. Notaram que o quarto estava ocupado por mulher porque havia um nécessaire feminino no banheiro. As garotas, ao perceberem que se tratavam do depoente e do comandante, vieram ao encontro. Neste momento, o depoente viu Aline enrolada em um lençol e com machucados no rosto, cabelo, um arranhão profundo nas costas que chegava a sangrar. Aline estava sem roupa e só enrolada em um lençol. Aline estava nervosa e em estado de choque. Pelo relato de Aline, um funcionário do hotel tentou entrar no quarto à força e tentou estuprá-la. Houve luta corporal porque o funcionário tentava entrar no*

Acesso ao Sumário

quarto e Aline tentava sair. Nesta situação que a roupa de Aline foi resgada e o cabelo puxado. Uma funcionária da tripulação conseguiu perceber que era Aline quem estava no corredor e abriu a porta do quarto para ajuda-la. Aline entrou no quarto da colega e, mesmo assim, o funcionário do hotel tentou forçar a porta. Logo em seguida, ficou um silêncio e o depoente abriu a porta, mas não viu ninguém no corredor. O funcionário do hotel viu que mais portas do corredor se abriram e correu para a escada do hotel. O depoente telefonou para a portaria e chegou a pedir que os seguranças fossem ao andar, mas não havia segurança no hotel. O depoente, Pedro e as duas meninas desceram para a recepção, todos no estado em que se encontravam. O funcionário ficou escondido na garagem do hotel. Pela descrição de Aline, um recepcionista forneceu o nome do funcionário e foi procura-lo. Pouco tempo depois, o rapaz da recepção e o agressor apareceram no lobby. O funcionário que praticou a agressão estava com sinais de embriaguez, exalando forte odor de álcool, inclusive com a fala 'mole'. Ele dizia que as garotas estavam tentando seduzi-lo. Na verdade o agressor tentava inverter a história. A polícia foi chamada, mas resistiu em entrar no hotel. A história foi contada aos policiais e o agressor, as duas garotas, o depoente e o comandante dele seguiram para a delegacia.", fls. 360/361.

O testigo, Sr. Osvaldo Vicente Muller (na época dos fatos garagista e mensageiro do estabelecimento hoteleiro e, quando do depoimento, já aposentado), ouvido por precatória na Comarca de Palhoça/SC, descreveu que, flagrou o Sr. João (que também seria porteiro do hotel, cobrindo os intervalos do depoente), antes do evento, bebendo vinho em uma sala que seria destinada ao refeitório dos funcionários, por volta das 02:30h. Disse que voltou à recepção e em torno das 03:50h recebeu um telefonema no quarto 414 (onde estaria hospedado o comandante) solicitando o envio de um segurança, pois teriam tentado invadir o quarto de uma das comissárias. O depoente afirma que foi à sala de espera para chamar o Sr. João, mas não o encontrou, então resolveu ele próprio se dirigir ao andar dos quartos. Nas escadas teria se deparado com João e comunicado sobre a invasão do quarto, ao que ele lhe respondeu que "fui eu", "fui eu que estive lá". Noticiou a testemunha que quando chegou ao local dos fatos viu o quarto vazio de pessoas, mas onde estaria a mesma garrafa de vinho que antes estava com o Sr. João. Em seguida Aline teria saído do quarto ao lado, enrolada em uma toalha, e lhe informou que fora atacada por um dos funcionários do hotel e que já teria chamado a Polícia. Quando os policiais chegaram Aline teria feito uma descrição do agressor e a gerente do hotel teria dito que quem conferia com esta descrição seria o Sr. João que, chamado por outros funcionários, compareceu perante a Polícia e acabou preso.

Ainda, pela Certidão de Objeto e Pé a fl. 298 é possível verificar que o Sr. João foi denunciado pelo crime previsto no art. 213, *caput* c.c. 214, II,

Acesso ao Sumário

ambos do CP pelos fatos ocorridos no dia 18.04.11 no interior do Hotel Bristol Castelmar. Foi condenado como incurso nas sanções previstas nos supracitados dispositivos legais à pena de 02 anos de reclusão, regime inicial aberto, por sentença de 05.11.12 (pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado de Santa Catarina). A 4ª Câmara de Direito Criminal do TJ/SC negou provimento ao apelo interposto pelo réu e rejeitou os subsequentes embargos declaratórios (Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

Assim, todos os elementos colacionados aos autos demonstram que, de fato, a autora fora atacada em sua integridade física dentro das dependências do réu, na condição de hóspede, por um dos funcionários que ali trabalhavam que, ao que tudo indica, estava embriagado.

Ao contrário do alegado pelo estabelecimento réu, não há que se falar em excludente de responsabilidade, uma vez que, na qualidade de empregador, responde objetivamente pelos atos praticados por seus empregados ou prepostos, nos termos dos art. 932, III, 933, do Código Civil.

Na hipótese, a tese de que o agente teria praticado ato "instintivo" e "pessoal" não socorre o demandado, porquanto o Sr. João estava no interior do hotel na qualidade de empregado, dentro de sua jornada de trabalho e devidamente uniformizado. Portanto, deve responder pela conduta dolosa de seu empregado.

Apenas para melhor ilustrar, confira-se, sempre com negritos nossos:

AGRAVO RETIDO - Contradita - Rejeição mantida, uma vez que ofertada após o início do depoimento da testemunha - Inteligência do artigo 414, §1º, do CPC - Preclusão temporal ocorrida - RECURSO NÃO PROVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL - Caracterização - Título nulo emitido pela gerente de operações da apelante - **Responsabilidade do empregador ou comitente pela reparação civil dos danos causados por atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele - Aplicação do disposto no artigo 932, inciso III, do Código Civil** - RECURSO NÃO PROVIDO NESSA PARTE. INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - Pedido fundado apenas na emissão fraudulenta da duplicata - Inexistência de protesto do título ou inscrição do nome da apelada nos cadastros de inadimplentes - Ausência de comprovação de abalo moral ou psíquico - RECURSO PROVIDO NESSA PARTE. (TJSP; Apelação 0022572-16.2011.8.26.0405; Relator: Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 17/08/2015; Data de Registro: 18/08/2015).

==========

Ação indenizatória por danos morais - Constrangimento ilícito suportado pelos autores no interior de agência bancária do réu - Aplicação da legislação consumerista (Súmula 297 do STJ) - **Responsabilidade**

Acesso ao Sumário

objetiva da instituição financeira por atos de seus prepostos - Inteligência do art. 932, III, do CC - Aplicação da teoria do risco do empreendimento - Autores foram chamados de criminosos diante dos demais clientes da casa bancária, permanecendo com os documentos indevidamente retidos, sem poder se ausentar do Banco até a chegada de policiais militares, sendo injustificadamente submetidos a constrangimento - Inexistência de elementos a infirmar a veracidade das alegações dos autores - Instituição financeira inerte na produção da prova - Aplicabilidade da inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC - Danos morais caracterizados - Sentença reformada - Recurso provido. (TJSP; Apelação 1021757-96.2015.8.26.0005; Relator: Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional V - São Miguel Paulista - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/**2017**; Data de Registro: 13/11/2017).

==========

REPARAÇÃO DE DANOS - PROPRIETÁRIO DE IMÓVEIS - **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS** DE ADMINISTRAÇÃO DE CONTRATOS DE LOCAÇÃO - DANOS CAUSADOS PELO FUNCIONÁRIO - LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPREGADORA 1

Legitimidade passiva da ré configurada. Pedido inicial que não se refere ao pagamento de alugueis em decorrência de contrato de locação, mas sim ao repasse dos locativos recebidos pela ré na qualidade de administradora do imóvel e que não foram transmitidos ao locador, ora demandante/apelado. A recorrente efetivamente não possui relação locatícia com o recorrido e esta não é a causa de pedir, de modo que é legítima para figurar no polo; **2 - Os empregadores respondem de forma objetiva pelos atos de seus prepostos e empregados, nos termos do vigente Código Civil. Nesse sentido é a redação dos arts. 932 e 933 do mencionado Diploma, aplicável ao caso**. Funcionária da administradora que orientou os locatários a depositar diretamente na sua conta bancária os valores dos alugueis, sem que posteriormente fosse efetuado o repasse respectivo. Dever da administradora de reparar os danos causados. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação 1006070-42.2016.8.26.0006; Relatora: Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017).

==========

Apelação. Indenizatória. Danos Morais. Tentativa de agressão sexual sofrida no banheiro do ginásio, nas dependências do clube. Lesões corporais. Sentença de procedência para condenar o réu a pagar indenização no valor de R$ 40.000,00, a título de danos morais. Inconformismo. Ausência de segurança no local. Responsabilidade objetiva configurada. Equipe de segurança despreparada, e equipamentos de vigilância que se mostraram deficientes. Dever de zelar

Acesso ao Sumário

pela segurança do usuário nas suas dependências. Risco do negócio. Deve o réu oferecer segurança aos associados, enquanto em suas dependências. Dever de indenizar configurado. Procedência da ação. Modificação da sentença unicamente para fixar como termo inicial de incidência de correção monetária a publicação deste acórdão (Súmula 362 do c. STJ). Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação 9000008-20.2011.8.26.0006; Relator: Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2016; Data de Registro: 11/07/2016).

==========

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL ('ESTUPRO') PRATICADO NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DE PROPRIEDADE DA REQUERIDA. MATERIALIDADE DO FATO E LOCAL DE SUA PRÁTICA NO INTERIOR DE DEPÓSITO SITUADO NOS FUNDOS DO SUPERMERCADO DA RÉ BEM COMPROVADOS PELA PROVA PRODUZIDA NA INSTRUÇÃO. DEVER DE SEGURANÇA IMPOSTO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE AFASTA A CARACTERIZAÇÃO DO FATO COMO CASO FORTUITO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DA JURISPRUDÊNCIA. PREJUÍZO MORAL, NO CASO, 'IN RE IPSA'. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO FIXADA PELO JUÍZO, CONTUDO, EXCESSIVO. REDUÇÃO OPERADA PARA VALOR COMPATÍVEL COM OS PADRÕES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO ALTERADA APENAS NESSA PARTE. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação 0003369-56.2008.8.26.0152; Relator: Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia - 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 18/09/2014; Data de Registro: 20/09/2014). (50 mil)

==========

APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - Afogamento de menor em piscina em Club Hotel - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para, reconhecendo a concorrência de culpas para o evento danoso: (i) condenar a ré a indenizar a autora na forma de pensão mensal correspondente a 2/3 do equivalente a metade do salário mínimo vigente à época em que cada parcela for devida, a contar de 14.11.2021(data em que o menor falecido completaria 14 anos de idade) estendendo-se até à época em que a vitima atingiria os 25 anos, a partir de quando a pensão será reduzida a 1/3 desse mesmo valor até ao tempo em que teria 65 anos, salvo em ocorrendo por primeiro a morte da autora beneficiária, devendo ser incluída, anualmente, parcela referente a 13º salário, 1/3 de férias e outras verbas garantidas aos trabalhadores, com juros de mora de 12% ao ano, a partir do evento danoso; (ii) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 40.000,00, com correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a

Acesso ao Sumário

contar da citação e juros de mora de 12% ao ano, a partir do evento danoso; (iii) determinar que fossem reciprocamente repartidas as custas e despesas processuais, respondendo cada parte pelos honorários de seu respectivo patrono, arbitrados em R$5.000,00 - Recurso de ambas as partes - Culpa concorrente - Afastamento - Não há, na hipótese em comento, culpa concorrente da genitora do menor falecido, haja vista que restou comprovado nos autos que o estabelecimento requerido oferecia equipe recreativa, de tal sorte que, pela própria estrutura oferecida, com monitores de entretenimento, não se poderia exigir vigilância ininterrupta dos genitores - Redução da pensão após 25 anos de idade mantida - Precedentes jurisprudenciais - Limitação da pensão à data em que o menor completaria 65 anos de idade - Manutenção - Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça - Sentença reformada quanto à incidência de verbas trabalhistas na pensão mensal por morte - Menor que não possuía vínculo empregatício à época dos fatos - Danos morais caracterizados - Valor fixado em montante proporcional e razoável para reparar a dor moral sofrida pela requerente - Recursos parcialmente providos. (TJSP; Apelação 1004543-25.2014.8.26.0071; Relator: Costa Netto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/04/2017; Data de Registro: 20/04/2017).

==========

Apelação cível. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Assalto com emprego de arma de fogo em dependências de hotel. Teoria do risco integral. Falha na prestação do serviço - dever de zelar pela segurança dos hóspedes e de seus pertences. Excludentes de ilicitude não caracterizadas. Danos materiais - diárias não usufruídas. Prejuízos morais fixados em R$ 21.720,00, observadas as peculiaridades da hipótese - passamento da amiga em companhia de quem ocupava o aposento. Honorária bem arbitrada em R$ 1.500,00 - art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Sentença de procedência preservada. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 1001733-67.2014.8.26.0624; Relator: **Tercio Pires**; Órgão Julgador: 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Tatuí - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/09/2015; Data de Registro: 21/09/2015).

==========

RECURSO - Agravo retido - Apreciação não pleiteada em razões de apelação - Ari. 523, § Io, do Código de Processo Civil - Recurso, ademais, interposto sem exposição das razões de inconformismo - Descabimento - Não conhecimento. RESPONSABILIDADE CIVIL - Estupro - Provas dos autos conclusivas no sentido de que o fato se deu nas dependências da ré - Dano sofrido pela autora inquestionável - Responsabilidade do réu no processo crime que não afasta a responsabilidade do Motel, do ponto de vista civil pela omissão quanto ao registro de seus hóspedes e pela permissão no acesso de adolescente em suas dependência - Indenização

Acesso ao Sumário

adequadamente fixada - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Com Revisão 9043444-96.2001.8.26.0000; Relator: Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 17/03/2006). (300 salários mínimos em 2006 = aproximadamente 100 mil na época).

==========

APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - Ofensas verbais proferidas pelo réu contra a autora por ocasião de assédio - Réu condenado criminalmente por crime de injúria - Sentença que fixa indenização em danos morais em R$4.000,00 - Inconformismo da autora - Incontrovérsia quanto aos fatos e dano suportado pela autora - Ofensas graves e na presença de transeuntes - Panorama adequado e desfecho da lide de acordo com a reprovabilidade da conduta - Ausência de prova das alegadas complicações psicológicas - Manutenção do montante condenatório - Juros de mora a partir do evento danoso - Súmula 54, STJ - Inaplicabilidade da Súmula 326, STJ, sob a égide do NCPC – Aplicação do art. 252, RITJSP - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, ESTABELECERAM O DIA DO EVENTO DANOSO COMO MARCO INICIAL DE CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS. (TJSP; Apelação 1009503-56.2016.8.26.0361; Relator: Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/**2017**; Data de Registro: 31/07/2017).

==========

10. Número: 70072715840

Inteiro Teor: doc html

Órgão Julgador: Décima Câmara Cível

Tipo de Processo: Apelação Cível

Comarca de Origem: Comarca de Ivoti

Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Seção: CIVEL

Classe CNJ: Apelação

Assunto CNJ: Indenização por Dano Moral

Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana

Decisão: Acórdão

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TENTATIVA DE **ESTUPRO**. DANO MORAL OCORRENTE. **1.** Caso em que a autora alega ter sido vítima de tentativa de estupro praticada pelo demandado. Versão trazida à inicial que apresenta bem maior verossimilhança em relação às duas teses narradas pelo réu. Prova dos autos a confortar o relato inicial. Dever de indenizar configurado. Sentença de procedência mantida. **2.** Dano moral ocorrente por presunção, *in re ipsa*. Violação à integridade física e psíquica da requerente. ***Quantum***. Ausente sistema tarifado,

a fixação do montante indenizatório ao prejuízo extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz, observada a equidade, a moderação e o princípio da proporcionalidade. **Valor fixado em sentença, de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)**, que se mostra adequado à espécie. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70072715840, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 30/03/**2017**).

==========

PENAL. PROCESSUAL PENAL. **ESTUPRO**. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. **IMPROCEDÊNCIA. ABSOLVIÇÃO.** IMPOSSIBILIDADE. PENA EXACERBADA. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DO VALOR MÍNIMO PARA A **REPARAÇÃO DOS DANOS.**

1. O crime de estupro prescinde de laudo de exame de corpo de delito para comprovação da materialidade, pois nem sempre deixa vestígios.

2. Evidente a prática do delito de Estupro, condenação que se ateve aos elementos de prova colhidos na instrução processual, pelas declarações da vítima e pelos depoimentos das testemunhas. Imperiosa é a manutenção da sentença condenatória.

3. A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, possui importante valor probatório, especialmente quando corroborada por depoimentos e outros elementos de prova, na medida em que estes crimes normalmente são praticados sem a presença de testemunhas, tornando a prova extremamente dificultosa.

4. O acusado negou a prática do delito alegando consentimento da vítima, porém foi incapaz de trazer aos autos prova apta a elidir a acusação, não restando dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito em análise.

5. O método trifásico foi devidamente obedecido estando fundamentada cada uma das fases de aplicação de pena em elementos concretos e idôneos, contudo faz-se necessário redução no quantum da pena eis que fixada de forma exacerbada.

6. De ofício, excluída a indenização fixada pelo juiz singular, fundamentada no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 11.719/2008), em face da violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, haja vista que a mesma não foi objeto de discussão no presente processo.

7. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(Relator: PAULO CAMELO TIMBÓ; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data de registro: 03/08/**2012**).

Ademais, como bem observado pela MMª. Juíza *a quo*, não se vislumbra a ocorrência de **caso fortuito** e/ou **força maior**, pois o evento resultou de força humana e não da natureza e praticado por pessoa que integrava o quadro de

Acesso ao Sumário

colaboradores do hotel acionado, não de causa externa.

Confirmada a responsabilidade do requerida, deve ela arcar com os danos advindos de seus atos ou omissões.

Os danos materiais, com efeito, não ficaram devidamente comprovados, pois os holerites apresentados pela demandante a fls. 85/90 evidenciam salários variáveis (compostos por gratificações e verbas por quilometragem de voo variável), de forma que, considerando-se apenas as verbas fixas, não se vislumbra perda salarial em relação benefício previdenciário recebido durante o seu afastamento (R$ 3.312,00, fl. 80).

Dos demonstrativos de pagamento também é possível inferir que a acionante contava com assistência médica (Amil), o que indica que não houve gastos de saúde. E, embora tenha apresentado receitas médicas com a prescrição de medicamentos, fls. 76/77, não colacionou documentos demonstrando que os tenha efetivamente comprado, ou seja, não apresentou os respectivos gastos.

Os danos morais, por sua vez, são inegáveis, inclusive com dores físicas, psicológicas, angústia e aflição e transtornos de ordem pessoal e profissional, mas os juros não são a partir do evento danoso, conforme constou na r. sentença, mas sim contados da citação (art. 405 do CC), por se tratar de relação contratual (questão de ordem pública).

A situação vivenciada pela requerente, sem sombra de dúvidas, causou grande abalo emocional, sendo que os relatórios médicos indicam que após o evento ela passou a sofrer de stress pós-traumático, com sintomas depressivos e de ansiedade, fl. 77.

Ora, é de se esperar que uma agressão dessa magnitude (um homem por ela desconhecido tenta invadir o quarto de hotel no qual está hospedada, em altas horas da madrugada, com embate corporal, que termina com suas roupas rasgadas e escoriações corporais) acarrete abalo moral, o qual deve ser indenizado.

Considerando que a indenização tem o fito de tentar amenizar o sofrimento da vítima, bem como que deve ater-se aos princípios da equivalência e razoabilidade, equacionando-se a capacidade econômica de quem paga, ponderado o caráter pedagógico da reprimenda, que poderá evitar novos abusos, sem causar, por outro lado, o enriquecimento sem causa, o valor fixado na r. decisão atacada é de ser mantido (R$ 100.000,00), não se olvidando da Súmula 362 do C. STJ. É que a vítima é pessoa jovem e profissional qualificada, e o Hotel é da grande rede Bristol, com muitas unidades espalhadas pelo País.

Assim, o que se tem é que a contestação veio desmuniciada de elementos de convicção, nada mais restando a não ser confirmar, no essencial, o r. *decisum* monocrático, proferido por que, estando muito mais perto das partes e causa, pode melhor *sentir*, salvo quanto aos juros, conforme fundamentado acima.

Acesso ao Sumário

Deixo de aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC, por falta de previsão legal.

Diante do exposto, não se olvidando do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal, **nega-se provimento ao recurso da autora, dando-se parcial provimento ao da ré**, apenas quanto à data inicial para contabilização dos juros moratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1093838-15.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALESSANDRA VIEIRA ALVES ALIMENTOS - ME, é apelado CARLOS VINICIUS HASIN - ME.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11385)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SASTRE REDONDO (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO E EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 1º de março de 2018.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E INDENIZAÇÃO - prestação de serviços - autor que pede a rescisão do contrato, com aplicação da cláusula penal para receber a multa estipulada em contrato - contestação intempestiva - revelia da ré - confissão ficta sobre a matéria de fato - art. 344 do CPC - teoria da aparência que se aplica para a citação realizada - documentos juntados pelo autor que corroboram sua narrativa - verossimilhança e coerência - recurso não provido.

SUCUMBÊNCIA - majoração de honorários de ofício - precedente do STF - possibilidade - honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação - majoração para 20% sobre a mesma base.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso à r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 20ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, Dra. Raquel Machado Carleial de Andrade, que nos autos da ação de rescisão de contrato cumulada com indenização movida pelo apelado em face da apelante, julgou procedente o pedido, para declarar rescindido o contrato de prestação de serviços entre as partes, bem como para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 8.500,00, com correção monetária a partir da distribuição e juros de mora a partir da citação. Condenou a ré ao pagamento das custas e despesas, bem como honorários, fixados estes em 10% sobre o valor da condenação.

Recorre a ré e busca a reforma da sentença.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

Narra a inicial que o autor firmou com a ré um contrato de prestação de serviços relacionados ao *e-commerce*, com data de 23/06/2015, pelo valor total de R$ 10.000,00 a ser pago em treze parcelas mensais.

Afirma que a ré deixou de pagar cinco parcelas, no valor total de R$ 4.250,00, embora tenham sido cumpridas por inteiro as obrigações assumidas por ele, como contratado.

Alega que o sistema desenvolvido para a ré acabou por ter o funcionamento suspenso, justamente em razão da falta de pagamento.

Alega que essa hipótese foi prevista em contrato com a aplicação da cláusula penal (cláusula 5ª), cujo valor da multa seria o correspondente ao valor restante do contrato, que não foi pago, além da manutenção do direito à apuração dos eventuais prejuízos, que deveriam ser integralmente ressarcidos.

Requer a procedência.

A ré apresentou contestação que, contudo, foi intempestiva, tendo sido determinado o desentranhamento (fls. 119).

A r. sentença julgou procedente o pedido, para declarar rescindido o contrato de prestação de serviços entre as partes, bem como para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 8.500,00, com correção monetária a partir da distribuição e juros de mora a partir da citação. Condenou a ré ao pagamento das custas e despesas, bem como honorários, fixados estes em 10% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Apelação da ré (fls. 163/175).

Contrarrazões do autor (fls. 179/184).

Em suas razões, a apelante afirma que o valor pedido pelo apelado é abusivo, pois ultrapassa tudo o que já foi pago em relação às obrigações assumidas com o contrato.

Afirma que os documentos juntados são duvidosos.

Suscita a nulidade do processo, ante a falta de citação válida, já que a carta citatória foi recebida por terceiro estranho à empresa, pelo que não pode ser aplicada a teoria da aparência.

Requer a reforma.

Em contrarrazões, o apelado requer a manutenção da sentença.

É a síntese do necessário.

De plano, necessário pontuar que não existe qualquer nulidade a ser declarada no que tange à citação.

O art. 231, inciso I, do CPC é expresso:

"Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

I - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio;"

Considerando-se que o AR foi juntado em 13/09/2016, o termo final para a apresentação da defesa ocorreu em 03/10/2016, um dia antes ainda daquilo que foi certificado a fls. 111.

Tendo a contestação sido juntada em 05/10/2016, como é possível comprovar a fls. 72, que é a procuração protocolizada no mesmo dia, patente a intempestividade.

A ré/apelante se insurge contra o próprio ato citatório, ao alegar que a carta foi recebida por terceiro não relacionado à empresa (sua diarista) e, ainda, que falta *expertise* ao funcionário dos Correios, já que o ato é próprio de funcionários públicos, como o oficial e justiça.

Ocorre que tal argumentação é pueril.

Primeiro, porque a citação ocorreu exatamente no mesmo endereço declinado pelo autor (fls. 02), que é o mesmo que consta no contrato de prestação de serviços (fls. 17), igual ao da procuração (fls. 72).

Portanto, se a ré é uma microempresa sem funcionários, que funciona no mesmo local da residência do proprietário, evidentemente que este assume o risco de ter suas correspondências comerciais entregues àquele que se apresentar no local, no momento da realização do ato.

Aplica-se integralmente a teoria da aparência, pois o mensageiro (seja o carteiro, seja o oficial de justiça) não tem qualquer obrigação de solicitar os atos constitutivos ou a prova da legal representação daquele a quem faz a entrega da citação, seja mandado ou carta, a menos que exista, no próprio veículo, a determinação para que o ato de realize de forma personalíssima.

Ademais, o AR foi juntado em 13/09/2016, mas a entrega da carta ao recebedor ocorreu em 08/09/2016, como é possível identificar de forma bastante

Acesso ao Sumário

clara a fls. 59.

Embora o CPC garanta o prazo de 15 dias para a apresentação de defesa, certamente que existe um potencial risco de que a intempestividade seja verificada se a própria parte interessada deixa para realizar o ato no último dia do prazo.

Ora, para garantir que nada ocorra fora do planejado, a contagem dos prazos, especialmente os peremptórios, deve ser correta, o que não aconteceu nesta ação.

Assim, o dano relativo ao desentranhamento da contestação foi causado pela própria ré/apelante, nada podendo ser feito para corrigir tal falha.

Portanto, a contestação deve mesmo ser desconsiderada, aplicando-se o disposto no art. 344 do CPC:

> **"Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor."**

Presumem-se, pois, verdadeiras as alegações de fato trazidas na inicial pelo apelado.

É evidente que se não houvesse corroboração documental, tal efeito não poderia ser aplicado, como fez, corretamente, a i. Magistrada.

A narrativa do autor/apelado é coerente e verossímil, especialmente tendo em vista os documentos de fls. 22/54, que trazem o desenvolvimento do sítio eletrônico da ré, para viabilizar o *e-commerce*, bem como diversas mensagens copiadas do serviço de dados (fls. 45/54).

Nessas mensagens, aliás, é possível ver que desde 03/08/2016 as partes vinham mantendo contato para a realização dos pagamentos pendentes.

Aliás, a ré/apelante assumiu, de forma explícita, que estava inadimplente (fls. 47) e buscou por várias maneiras se esquivar da obrigação.

A partir de fls. 51, a conversa do autor/apelado deixa de ocorrer com Alessandra e passa a ser com Sérgio, que sobe o tom contra o contratado, insistindo que ele aguarde mais para receber o valor que era devido.

Convenhamos.

Os contratos devem ser cumpridos da forma como foram pactuados pelas partes.

Em se tratando de empresas de pequeno porte, é intuitivo que haja uma maior e real necessidade de manter o controle do fluxo de recebimentos, não sendo lícito ao contratante que exija do contratado mais tempo, menos juros ou qualquer outra situação, se não houver consenso.

E consenso não houve aqui.

A cláusula 5ª (fls. 19/20) do contrato dispõe sobre rescisão, sendo que o

Acesso ao Sumário

item 5.2 é expresso no que tange à cláusula penal.

Livremente assinado (fls. 22), sem qualquer alegação de vícios, devem ser cumpridas as cláusulas.

Portanto, a r. sentença está correta, devendo a ré/apelante arcar com o pagamento da multa rescisória, no valor indicado.

Por fim, é necessário dispor sobre os honorários recursais.

Dispõe a novel legislação processual:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º - São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença provisório ou definitivo na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

(...)

§ 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 e 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 3ºo pra a fase de conhecimento."

O autor, ora apelado, saiu-se vencedor em 1ª Instância, pois que a ação foi julgada procedente, condenando-se a ré, ora apelante, ao pagamento das custas e honorários, fixados estes nos termos do art. 85, § 2º do CPC em 10% sobre o valor da condenação.

Da mesma forma, com o não provimento do recurso, permanece vencedor em 2ª Instância, sem alteração da sucumbência imposta.

O valor da condenação foi estipulado em R$ 8.500,00.

Observados os limites delineados pelo art. 85, § 11, do CPC, ficam majorados em definitivo os honorários de sucumbência para 20% sobre o valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009204-63.2017.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante PRISCILA NERY DE VASCONCELOS, são apelados SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA. e WMB COMÉRCIO ELETRÔNICO LTDA.

Acesso ao Sumário

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.099/2018)**

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

São Paulo, 1º de março de 2018.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA - APARELHO DE TELEVISÃO - VICIO DO PRODUTO - RELAÇÃO CONSUMERISTA - AÇÃO REDIBITÓRIA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. Autora, consumidora, que adquiriu de uma das requeridas televisor fabricado pela outra. Televisor que se apresentou viciado logo depois da aquisição. Encaminhamento do televisor por três vezes à assistência técnica da fabricante, sem, porém, solução. Manejo da ação redibitória cumulada com reparação moral. Defesa da fabricante fundamentada em manifestação do vício fora do prazo de garantia, porque o televisor teria sido adquirido em novembro de 2015, porém apresentado problema somente em dezembro de 2016. Sentença que, acolhendo a tese de defesa, julgou improcedentes os pedidos iniciais. Reforma da sentença que se impõe. Documentos da causa (nota fiscal e ordens de serviço) comprobatórias de que o televisor foi adquirido em novembro de 2016 e apresentou vício no mês seguinte. Vício do produto manifestado dentro do prazo de garantia legal sem que fosse solucionado. Fabricante que, intencionalmente, distorceu a verdade dos fatos para induzir o juízo "a quo" a erro, o que acabou ocorrendo. Vício do produto dentro do prazo de garantia legal, e ausência de solução pelas fornecedoras, inequívocos. Direito potestativo à redibição garantido. Danos morais evidenciados. Reparação moral arbitrada. Solidariedade entre as fornecedoras, porque ambas inseriram o bem viciado no mercado de consumo. Fabricante sancionada por

Acesso ao Sumário

litigância de má-fé. Sentença reformada. Pedidos iniciais procedentes. Recurso de apelação provido para julgar a ação procedente, melhor distribuídas as verbas sucumbenciais.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação redibitória, cumulada com reparação de danos morais, movida por **PRISCILA NERY DE VASCONCELOS** contra **WMB COMÉRCIO ELETRÔNICO LIMITADA (WALMART.COM) e SAMSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LIMITADA**, sustentando a primeira nomeada ter adquirido da primeira requerida, em 25 de novembro de 2016, mediante pagamento parcelado, via cartão de crédito, televisor fabricado pela segunda, o qual se mostrou viciado depois de duas semanas de utilização (problemas de imagem). Diz ter enviado o bem para a assistência técnica da fabricante por 03 (três) vezes, o problema não foi solucionado. Explica que, efetuada reclamação via PROCON, nada foi resolvido. Busca a redibição do contrato de venda e compra com a restituição da quantia paga pelo bem viciado, ademais de reparação moral em quantia equivalente a 10 (dez) salários mínimos. Pede tutela de urgência para obstar a cobrança fracionada do preço até o desfecho da lide.

Deferida tutela antecipada para o fim colimado (folha 37).

A fabricante do produto afirmou em defesa não ter dado solução à reclamação da autora porque formulada quando já esgotado o período de garantia, na medida em que o televisor fora adquirido em 25 de novembro de 2015 e encaminhado para a assistência técnica apenas em 21 de dezembro de 2016, mais de um ano depois da compra. Articulou defesa também negando a ocorrência de vício no produto ou a causação de danos morais à autora (folhas 44/58).

A vendedora sustentou em contestação sua ilegitimidade para a causa, porquanto o vício reclamado é de qualidade e a fabricante está plenamente identificada. Meritoriamente, negou a ocorrência do vício ou dos danos decorrentes, ressaltando ainda a necessidade da produção de prova pericial no produto alegadamente viciado (folhas 90/114).

A respeitável sentença de folhas 150 *usque* 151, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os pedidos iniciais, ao fundamento de que o alegado vício do produto somente se evidenciou quando o televisor se encontrava na fase de degradação, porque transcorrido mais de um ano de sua aquisição, vez que adquirido em 25 de novembro de 2015 e enviado à assistência técnica pela primeira vez apenas em 21 de dezembro de 2016. Pela sucumbência, carreou à

Acesso ao Sumário

autora o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios dos patronos das demandadas, arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais) por cada; cuja exigência deve observar as normas da gratuidade de justiça.

Inconformada, recorre a autora recorre buscando a reforma do julgado (folhas 154/161). Alega, em suma, erro de julgamento, pois a aquisição do televisor se deu em 25 de novembro de 2016, não no ano de 2015 como equivocadamente entendeu a juíza "a quo". Assim, os vícios se apresentaram logo depois da aquisição, dentro da garantia legal do Código de Defesa do Consumidor (artigo 26, inciso II), quando sequer iniciada a fluência do prazo da garantia contratual. Pugna pelo provimento do recurso para que a sentença seja reformada e os pedidos iniciais julgados procedentes. Subsidiariamente pede a anulação da sentença e a produção de prova pericial para que possa comprovar o vício do produto.

Recurso tempestivo, devidamente processado, isento de preparo e oportunamente respondido (folhas 165/177 e 178/185), subiram os autos.

Este é o relatório.

O recurso comporta juízo de admissibilidade positivo, porque presentes os requisitos legais.

No mérito, o recurso procede.

Incontroverso nos autos que: (i) a autora adquiriu produto da WMB COMÉRCIO (WALMART.COM) fabricado pela SAMSUNG; (ii) o produto foi levado por 03 (três) vezes à assistência técnica da fabricante; (iii) o vício não foi resolvido porque, segundo a fabricante, manifestou-se fora do período de garantia, em dezembro de 2016, depois de mais de um ano de sua aquisição ocorrida em 25 de novembro de **2015** - tese de defesa acolhida pela juíza "a quo".

Não obstante, o televisor tenha sido adquirido pela autora, em 25 de novembro de **2016**, e os vícios se manifestaram logo no mês seguinte, quando o aparelho foi enviado por 03 (três) vezes à assistência técnica da fabricante, sendo restituído sem solução (nota fiscal de venda às folha 13 e ordens de serviço às folhas 16/18).

Acesso ao Sumário

O que se vê é que a fabricante, aproveitando-se de ligeiro equívoco na elaboração da petição inicial, em que indicaram **in**corretamente a data de aquisição do televisor em 25 de novembro de 2015 (folha 02 - segundo parágrafo), desenvolveu toda a sua tese de defesa no sentido de que os vícios se manifestaram quando vencida a garantia do produto (folhas 46/49), ignorando intencionalmente a nota fiscal de venda (folha 13) e mesmo as ordens de serviço emitidas por sua própria assistência técnica (folhas 16/18), as quais davam conta da manutenção frustrada do televisor ainda dentro do prazo de garantia.

Ao agir desse modo a fabricante induziu o juízo "a quo" a erro, o que, por

sua vez, ensejou o decreto a de improcedência da ação.

Considerando: (i) a aquisição do produto em 25 de novembro de **2016**; (ii) a remessa do televisor por 03 (três) vezes à assistência técnica da fabricante sem solução dentro do prazo de garantia, e; (iii) e que o televisor não foi consertado, consoante alegou a fabricante em sua defesa ao fundamento de que estava fora do período de garantia: conclui-se pela procedência do pedido redibitório, por se tratar de direito potestativo da consumidora (Código de Defesa do Consumidor, artigo 18, § 1º, inciso II).

A autora deverá entregar o televisor viciado às requeridas e essas devem lhe restituir, solidariamente, o valor pago pelo bem, com atualização monetária pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça desde o desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) da citação (Código Civil, artigo 405).

Os danos morais, de outra sorte, também restam evidenciados, porque evidente que a denegação de correto atendimento à autora pelas fornecedoras abalou indevidamente o seu estado de espírito, a sua paz, a sua alegria e o prazer que esperava ter quando da aquisição do produto eletrônico de elevado valor destinado ao lazer.

Acrescenta-se que desde a aquisição do produto viciado, em dezembro de 2016, a autora se vê às voltas com o mau fornecimento das fornecedoras, tendo gastado tempo e energia em busca da solução do problema, inclusive com diversas idas e vindas à vendedora e à assistência técnica da fabricante para obter a solução da questão denegada administrativamente.

E o estado anímico da autora deve ter se alterado ainda mais por quase ter suportado prejuízo indevido no curso do processo pela impostura processual da fabricante, que alterou a verdade dos fatos para induzir o juízo a erro e obter a improcedência dos pedidos inciais; o que certamente acarretou à autora sentimento de medo, de revolta, a robustecer ainda mais aquele dano experimentado logo quando da contratação viciada.

De se lembrar, ainda, não haver necessidade de comprovação de prejuízo ou desconforto íntimo e psíquico para o acolhimento do pedido de reparação moral, porque corolários da situação extraída dos autos do processo com nexo de causalidade ao vício do produto fornecido pelos requeridos em solidariedade (Superior Tribunal de Justiça, REsp's nºs 53.729-0, 58.151-5. 182.283, 214.824).

Com suporte no artigo 18, § 1º, inciso II, segunda figura, do Código de Defesa do Consumidor, e considerando as particularidades da causa (capacidade econômica das partes, questão envolvida, postura das fornecedoras, caráter punitivo e profilático da medida), arbitra-se reparação moral em favor da autora no importe de R$ 8.000,00 (oito mil reais), com atualização monetária pela Tabela Prática desde o arbitramento (Súmula nº 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da

Acesso ao Sumário

citação (Código Civil, artigo 405).

A vendedora deve responder solidariamente com a fabricante pelo produto viciado, porque ajudou a inserir o bem viciado no mercado de consumo mediante lucro, cabendo a ela, pelo risco da atividade, saldar os prejuízos causados à consumidora com quem se relacionou, podendo se voltar em regresso contra a fabricante para reaver aquilo que vier a liquidar em favor da autora (Código de Defesa do Consumidor, artigo 13, parágrafo único).

Por deduzir defesa contra fato incontroverso, e alterar a verdade dos fatos para conseguir objetivo ilegal, procedendo de modo temerário no curso da lide, a fabricante deve ser considerada litigante de má-fé; devendo ser sancionada com multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa (Código de Processo Civil, artigos 80 e 81).

Acolhidos os pedidos as requeridas passam a ser consideradas sucumbentes, cabendo a elas solidariamente o custeio das despesas processuais e dos honorários advocatícios dos patronos da autora, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação (Código de Processo Civil, artigo 85, § 2º).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação da autora para julgar procedente a demanda, melhor distribuídas as verbas sucumbenciais, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001714-40.2010.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP, é apelado FRANCISCO CORAIN (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25369)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 2 de março de 2018.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Prestação de serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto - Ação de cobrança - Não constitui obrigação "propter rem" a de pagar tarifa de serviços à concessionária de água e esgoto - Dever da autora de arcar com os ônus da sucumbência, pelo fato de o pedido ser improcedente - Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se a autora, em ação de cobrança, contra sentença que julgou o pedido improcedente.

Diz que: a) a obrigação de pagar pelo consumo de água é de natureza "propter rem"; b) as faturas que instruíram a inicial são dotadas de presunção de veracidade; c) o réu foi citado por edital e apresentou contestação genérica, incapaz de afastar a procedência do pedido; d) não pode ser condenada ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, porque não deu causa ao ajuizamento da demanda. Pede, com base nisso, a reforma da sentença.

Recurso tempestivo e preparado.

Houve resposta.

É o relatório.

Trata-se de ação de cobrança de faturas de consumo de água e esgoto, vencidas entre os meses de agosto de 2004 e abril de 2007, no valor histórico de R$526,11 (fl. 12).

A ação foi proposta contra o Espólio de Cezar Corain, sucedido pelo réu, seu herdeiro, sob a alegação de que Cezar era proprietário do imóvel e a obrigação é de natureza "propter rem" (fl. 4).

Embora o réu seja revel (fl. 195), o autor não juntou aos autos cópia da matrícula do imóvel, como lhe foi determinado, pela decisão de fl. 197, para elucidar se Cezar realmente era proprietário do bem, na época do consumo (fl. 201).

Além disso e mais importante, a obrigação de pagar tarifa de água e esgoto a concessionária de serviço público não tem natureza "propter rem", como a autora alegou na petição inicial e no apelo, mas natureza pessoal, vinculando, tão somente, a prestadora e o usuário do serviço.

Assim, a responsabilidade pelo pagamento das faturas de água e esgoto exigidas pela autora incumbe ao possuidor direto do imóvel no momento da aferição do consumo, que, conforme a inicial, não era o falecido Cezar nem o réu.

A propósito, ORLANDO GOMES lembra que, "tal como os direitos reais,

Acesso ao Sumário

as obrigações *in rem, ob* ou *propter rem*, obedecem ao princípio do *numerus clausus*, não se conhecendo outros tipos além dos configurados na lei".[1]

Logo, quando a lei determinar, e só a lei federal pode determinar (artigo 22, I, da Constituição Federal), não a estadual nem a municipal, menos ainda Decreto Estadual, há a outorga de natureza real à obrigação, como nos exemplos colhidos em SILVIO RODRIGUES[2], nas hipóteses dos artigos 555, 569, 588 e 624 do Código Civil de 1916, a que se poderia acrescer a do artigo 677, parágrafo único, do artigo 34 do Código Tributário Nacional.

No Código Civil em vigor, além dos artigos correspondentes aos do Código de 1916, há outro caso expresso de obrigação "propter rem" na cota do condomínio edilício (artigo 1.346), não havendo, como se vê, nenhuma menção à hipótese dos autos.

Na mesma linha, julgamento proferido pela 28ª Câmara de Direito Privado, na Apelação com Revisão nº 933.974-0/0, relatada pelo E. Des. CELSO PIMENTEL, no qual foi definido que: "Certa a reserva legal e certa a ausência de lei dispondo sobre a natureza *propter rem* da obrigação do usuário ou contratante de serviços prestados por concessionária de água, esgoto e energia elétrica, segue que só responde pelo débito aquele que contratou, não o adquirente do imóvel servido e que do contrato não fez parte".

Precedentes do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo também já repeliram a tese sustentada pela prestadora do serviço[3].

Sendo assim, o réu não pode ser compelido ao pagamento da dívida referida na inicial e o pedido é improcedente, tal como a sentença concluiu.

A autora deverá suportar as custas, despesas e honorários advocatícios, já fixados na sentença, porque foi vencida na demanda (artigos 82, § 2º, e 85,

1 Cf. "Obrigações", Forense, 6ª ed., 1981, p.28.

2 Cf. "Direito Civil", vol. 2, Saraiva, 24ª ed., 1996, p. 99/101.

3 "Contrato - Prestação de serviços - Fornecimento de água - Débito em atraso - Terreno urbano adquirido pelo autor em agosto de 1995 - Débitos referentes ao consumo de 1991 a 1994 época que havia no local edificação que era ocupada por hospital então proprietário - Obrigação não prevista como real ("propter rem") pelo ordenamento jurídico como "numerus clausus" não se transferindo ao novo proprietário - Ação Declaratória de isenção de responsabilidade do pagamento procedente - Recurso da Sabesp improvido - Voto vencido." Apelação 0885632-1, 6ª C., j. 29.3.2005, rel. J. WINDOR SANTOS.

"Contrato - Prestação de serviços - Fornecimento de água - Cobrança do consumo relativo ao período de novembro/90 a outubro/95 - Constatação de fraude no hidrômetro medidor - Ação dirigida contra o proprietário do imóvel - Descabimento no caso - Bem que à época da alegada fraude encontrava-se locado - Prova dos autos que demonstram que a locação era do conhecimento da concessionária do serviço - Cobrança improcedente - Recurso improvido." Apelação 0885611-3, 4ª C., j. 16.3.2005, rel. J. OSÉAS DAVI VIANA.

"Contrato - Prestação de serviços - Fornecimento de água - Vínculo obrigacional que se estabelece entre a concessionária do serviço público e o consumidor - Não caracterização da obrigação "propter rem" - Impossibilidade de o débito correspondente ao fornecimento do líquido ser cobrado do proprietário do imóvel, se não foi ele quem pediu a ligação e utilizou a água - Declaratória de inexigibilidade de débito procedente - Recurso provido para este fim." Apelação 1008303-9/00, Acórdão 52021, rel. J. WALDIR DE SOUZA JOSÉ, 7ª C., j. 11.11.2003.

Acesso ao Sumário

caput, do Código de Processo Civil).

Por todo o exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006139-67.2014.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que é apelante/apelado CARLOS DONIZETE DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado/apelante EDENILT AMÉRICO FERREIRA (HERDEIRO).

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26716)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LACERDA.

São Paulo, 5 de março de 2018.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATO DE EMPREITADA. Contrato verbal. Prova pericial que indica a falta de orientações básicas de técnicas construtivas na edificação. Responsabilidade do empreiteiro que executa obra sem se atentar às regras básicas da construção civil. Inexistência de danos morais. Sentença mantida. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por INÁ APARECIDA FERREIRA, e diante do falecimento foi substituída por EDENILT AMÉRICO FERREIRA em face de CARLOS DONIZETE DOS SANTOS, sendo julgada procedente em parte pela r. sentença "a quo" (fls. 152/155), condenando o réu à indenizar a autora pela importância de R$ 2.913,56, atualizados monetariamente a partir da propositura da ação e acrescidos de juros legais a partir da citação. Ainda, condenou as partes a arcarem com as custas e despesas processuais na proporção de 50% para cada um, respeitando a gratuidade processual. E por fim, fixou os honorários advocatícios a favor do

Acesso ao Sumário

procurador da autora o correspondente a 10% do valor da condenação, bem como ao patrono do requerido, na mesma porcentagem porém do valor pedido a título de dano moral.

Inconformados, tanto o réu quanto o autor interpuseram recurso de apelação (fls. 158/164 e 167/173 respectivamente), aos quais apenas o autor apresentou contrarrazões às fls. 176/179.

O recurso foi regularmente processado e preparado.

É o relatório.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos pelo autor e pelo réu contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada contra empreiteiro de lavor com o qual possuíam contrato verbal para realização de obras consistentes, principalmente, na construção de uma pequena reforma com objetivo de aumentar da área do imóvel, pagando pelo serviço o valor de R$ 2.700,00.

O Apelante/Réu aduz que o juiz "a quo" deixou de considerar que o autor, passados mais de dois anos da prestação do serviço, jamais procurou o réu para informar ou solucionar algum problema que teria advindo da reforma. Pugna pela inexistência de provas, como o nexo de causalidade entre os alegados problemas e os serviços prestados pelo réu.

O Apelante/Autor, por sua vez, alega a existência de dano moral pelo fato do péssimo serviço prestado pelo réu, ter de se deparar, dia após dia, com os estragos causados pelo serviço mal feito, e por infiltrações, umidades e vazamentos que ultrapassariam a razoabilidade.

Em contrarrazões, o autor defendeu a manutenção da r. sentença pela ausência de atendimento dos rigores técnicos tal como indicado na pericia técnica e novamente pugnou pela incidência dos danos morais.

As questões trazidas ao reexame do Tribunal são: *I - responsabilidade do empreiteiro quanto aos danos apresentados na obra; III - existência de danos morais indenizáveis.*

O presente recurso não comporta provimento.

Com efeito, a prova pericial produzida nos autos (fls. 140/146) conclui que as patologias são de caráter estrutural, e que a "edificação não seguiu orientação básica de técnicas construtivas, uma vez que não verificou se a estrutura pré-existente seria suficiente para a execução dos serviços realizados" (fls. 146).

Vê-se que o magistrado considerou o acervo probatório a fim de analisar a questão atinente à responsabilidade civil, constatando restar comprovada a culpa do réu pelos danos existentes no imóvel, pelo fato do empreiteiro não observar as normas técnicas necessárias.

Quanto à alegação de suceder o prazo de dois anos sem manifestação do autor quanto à existência de danos no imóvel, anote-se que, o prazo prescricional

para a pretensão de reparação civil é de três anos, nos termos do art. 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil.

Desse modo, restou comprovada a responsabilidade do empreiteiro que edifica obra sem se atentar para as regras atinentes à construção dessa edificação, estando presentes tanto o nexo de causalidade entre a prestação de serviço de empreitada deficiente e tais "patologias" descritas no laudo pericial, quanto à culpa demonstrada na ocorrência de imperícia ao realizar a empreitada sem a observância das regras básicas de construção civil, e o correspondente prejuízo conforme demonstram os comprovantes de materiais (fls. 23), no valor de R$ 913,56 e do serviço prestado (fls. 24 e verso), no valor de R$ 2.000,00, perfazendo o total de R$ 2.913,56.

Contudo, apesar de restarem incontroversos os fatos que embasam a pretensão inicial, a hipótese dos autos é a de não incidência de danos morais indenizáveis.

Isto porque o dano moral, impende salientar, é aquele que lesa o patrimônio anímico do indivíduo humano, causando-lhe dissabores em sua honra, objetiva ou subjetiva, e restringindo-lhe a própria normalidade psíquica, eis que vulnerada essa pelos efeitos que o ato danoso produz no âmbito íntimo do ser.

A sistemática jurídica conferida ao dano moral após o advento da Constituição Federal de 1988 comporta o reconhecimento do dano moral na forma pleiteada, pois a Carta Magna é clara ao destinar proteção especial à honra subjetiva e objetiva da pessoa humana quando determina, em seu art. 5º, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.".

Ocorre que nem todos os acontecimentos da vida em sociedade que causam tristeza ou certa angústia podem ser configurados como danos morais indenizáveis. Com efeito, não se pode confiar a todas as dores e dissabores experimentados pelos indivíduos o caráter de dano moral para fins de indenização civil, sob pena de serem frustrados e até mesmo banalizados os próprios lastros constitucionais e legais que guiam o instituto da indenização, com toda a seriedade e importância que lhe são inerentes.

E é justamente essa a hipótese dos autos. Não se pode reconhecer como danos morais indenizáveis a existência de falha na prestação de serviço de empreitada, que não restringem os direitos da personalidade do autor. Com efeito, vícios quejandos em contratos de empreitada são comuns na vida cotidiana, principal razão pela qual existem previsões legais que garantem o ressarcimento dos danos materiais experimentados, não se negando a possibilidade de que ocorram abalos ou dissabores ao contratante em virtude da frustração de suas

Acesso ao Sumário

expectativas. Entretanto, para se caracterizar o dano moral não basta, conforme observado, a mera ocorrência subjetiva de "vergonha" ou de "tristeza" e "angústia", demandando-se efetiva repercussão em direitos de personalidade fundamentais da pessoa humana.

Logo, "in casu", não se pode ultrapassar a caracterização do que sofreu o Autor como meros dissabores, inerentes à vida cotidiana em sociedade, com suas complexas redes de relações mercantis. E, conforme dito, tais meros dissabores não são passíveis de indenização, conforme entende, ademais, o E. Tribunal de Justiça do Estado São Paulo:

"Empreitada. Ação indenizatória. Vícios na construção da casa dos autores comprovada pelo laudo pericial. Danos materiais verificados em valor superior ao fixado em sentença. Impossibilidade de reformar a sentença, sob pena de *reformatio in pejus*. Danos materiais mantidos no montante arbitrado na sentença. Danos morais não comprovados. Mero descumprimento contratual que produz apenas dissabores, não dano moral indenizável. Os vícios na construção da casa não foram suficientes para violar direito de personalidade dos autores. Sucumbência recíproca verificada. Redistribuição das despesas sucumbenciais. Recurso parcialmente provido". (TJSP; Apelação 1009835-98.2014.8.26.0003; Relator (a): Ruy Coppola; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/12/2017; Data de Registro: 07/12/2017).

Logo, não se está diante da existência de danos morais indenizáveis, bem como a responsabilidade civil do réu restou comprovada, devendo-se negar provimento aos recursos tanto do autor como do réu.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** aos recursos de apelação interpostos pelo autor e pelo réu, mantendo-se a respeitável sentença prolatada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006532-40.2016.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante AGNALDO APARECIDO CARNEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado LITORAL PARK ADMINISTRAÇÃO DE ESTACIONAMENTOS 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 6.846)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO

CREPALDI (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 5 de março de 2018.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Furto de placa do veículo do autor no estacionamento da ré. Sentença que reconheceu a responsabilidade desta pelos danos materiais decorrentes da compra de nova placa. Insurgência do requerente no que concerne à ausência de fixação de indenização a título de lucros cessantes. Ausência de comprovação de sua ocorrência. Alteração da sentença no que concerne à condenação das partes ao pagamento dos honorários advocatícios de seus respetivos patronos. Vedação de compensação. Art. 85, §14, do CPC. Fixação nesta sede, com observância da gratuidade de justiça concedida ao autor em primeiro grau. SENTENÇA REFORMADA EM PEQUENA EXTENSÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de apelação interposta contra a sentença de pp. 97/100, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MATERIAS E MORAIS ajuizada por **AGNALDO APARECIDO CARNEIRO** em face **LITORAL PARK ADMINISTRAÇÃO DE ESTACIONAMENTO LTDA.**, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 267,91, com juros e correção monetária.

2. Irresignado, apela o autor, nos termos das razões de pp. 102/105.

Alega que restou comprovado nos autos que o requerente não pode exercer seu labor, consistente na realização de carreto, pelo período em que o veículo permaneceu sem placa, em razão do furto no estabelecimento da ré.

3. Recurso tempestivo e isento de preparo.

4. A apelada apresentou contrarrazões (pp. 108/113).

É o relatório.

5. Trata-se de AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS decorrente de furto da placa do veículo do autor no estabelecimento da ré.

Acesso ao Sumário

A sentença reconheceu a responsabilidade da requerida pelo dano material e determinou o pagamento do valor despendido pelo autor para a compra de nova placa. Afastou, contudo, as indenizações pleiteadas a título de danos morais e lucros cessantes.

Insurge-se o autor, insistindo no reconhecimento dos lucros cessantes, nos termos já relatados.

6. Nos termos do artigo 402 do Código Civil, "*salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*".

Conforme leciona ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, "*Lucro cessante, por outro lado, é o que se deixou de auferir, em razão do evento danoso. É vantagem patrimonial, que não chega a ingressar no patrimônio do que sofreu a lesão. (...) Por isso que a expressão usada pelo Código, 'o que razoavelmente deixou de lucrar', significa que 'até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria', na ponderação de Agostinho Alvim. E acrescenta o saudoso professor: 'Há aí uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes.*"[1]

Sobre o tema, também a lição de MANUEL INÁCIO DE CARVALHO MENDONÇA: "*A prova do dano compete, em regra, ao credor. O dano emergente ou perda efetiva deve ser cumpridamente provado. O lucro cessante, porém, não comporta essa prova absoluta e admite ilações ou presunções, pois que tratamos de fatos não sensíveis, mas prováveis*."[2]

7. No caso concreto, entretanto, não há documentos suficientes para a formação da convicção de que o autor deixou de lucrar.

Isso porque, o pleito funda-se em um único documento, que diz respeito a recibo de pagamento em razão de transporte. Não há sequer indicação do veículo utilizado e tampouco se pode concluir que esta atividade não seja eventual, já que somente um único recibo foi juntado aos autos.

Assim, o documento é insuficiente para gerar a presunção de que o autor realizava diariamente o trabalho de carreto, assim como não se prestaria para comprovar a média dos valores auferidos com a realização deste labor.

Deste modo, deve ser mantida a sentença quanto a este ponto.

8. A sentença comporta reforma em pequena extensão, tão somente para afastar a condenação das partes ao pagamento dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos, diante da vedação contida no artigo 85, §14, do

Acesso ao Sumário

1 *AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: RT. 5ª edição, 2ª tiragem, p. 227/228.*

2 *MENDONÇA, Manuel Inácio de Carvalho. Doutrina e Prática das Obrigações. Rio de Janeiro: Revista Forense. 4ª edição, p. 52.*

Código de Processo Civil.

Assim, diante do reconhecimento da sucumbência recíproca em primeiro grau de jurisdição, contra o que não houve recurso das partes, condeno cada uma ao pagamento de R$ 3.000,00 a título de honorários advocatícios à parte adversa, atribuindo-se, adicionalmente a quantia de R$ 1.000,00, aos patronos da ré, pelo trabalho realizado em sede recursal, a teor do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, observando a gratuidade de justiça concedida ao autor.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001663-20.2015.8.26.0655, da Comarca de Várzea Paulista, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA PAULISTA, é apelada MARIA APARECIDA SANTANA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 39.020)**

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

São Paulo, 5 de março de 2018.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Acidente de trânsito - Buraco na via pública - Responsabilidade objetiva da Municipalidade - Falta de manutenção adequada da pista - Nexo causal demonstrado - Excludentes não evidenciadas - Lesões comprovadas - Danos morais cabíveis - Fixação satisfatória - Apelo improvido.

VOTO

Ação indenizatória, derivada de acidente de trânsito, julgada parcialmente procedente pela sentença de fls. 130/137, relatório adotado.

Apelou a ré, buscando a reforma da decisão. Alegou, em suma, que o acidente poderia ter sido evitado se a autora tivesse desviado da via esburacada. Apontou a ausência de comprovação do nexo causal entre a prática de conduta omissiva e os danos sofridos.

Acesso ao Sumário

Processado o recurso e apresentadas contrarrazões, subiram os autos, sobrevindo a redistribuição do feito a esta Câmara por força da decisão monocrática de fls. 159/160.

É o relatório.

No caso em tela, a autora objetiva ser ressarcida pelos danos sofridos em virtude de acidente de trânsito ocasionado pela presença de buraco no leito carroçável sem a devida sinalização.

A responsabilidade da Municipalidade pelos danos causados aos usuários das vias públicas é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6°, da Constituição Federal.

Sobre o tema, esta Corte tem orientado:

> "ACIDENTE DE VEÍCULO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - (...) - Capotamento de veículo em razão de buracos na pista da rodovia vicinal - Conservação precária - Responsabilidade de zelo da Municipalidade - Responsabilidade objetiva - Danos morais majorados - Honorários sucumbenciais mantidos - Ação procedente - Apelo desprovido e adesivo parcialmente acolhido." (Apelação nº 0000149-43.2012.8.26.0400 - 35ª Câmara da Seção de Direito Privado - Relator Des. Melo Bueno - j. 21/7/2014)

> "Acidente de veículo. Buraco na pista que causa perda do controle pelo motociclista. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público responsável pela manutenção da pista, nos termos do art. 37, § 6°, da Constituição Federal. (...) Recurso provido." (Apelação nº 0008463-83.2010.8.26.0032 - 36ª Câmara da Seção de Direito Privado - Relator Des. Pedro Baccarat - j. 26/6/2014).

Dessa forma, é suficiente que se comprove a existência do dano e sua relação de causalidade, não se cogitando do fator culpa.

Na hipótese "sub judice", restou evidenciada a responsabilidade da Prefeitura Municipal, em razão da falta de manutenção adequada das vias públicas, haja vista a presença de buraco no leito carroçável, tal como ilustram os documentos de fls. 16/19.

Acesso ao Sumário

As fotografias de fls. 20/21 demonstram que a autora sofreu lesões na região do ombro esquerdo e o laudo do IML juntado a fls. 22/23 evidencia que tais lesões decorreram do acidente automobilístico em que ela se envolveu.

Não bastasse isso, o relatório médico de fls. 24 e os documentos de fls. 25/31 comprovam que a autora foi internada no hospital com diagnóstico de fratura e luxação do ombro esquerdo para cirurgia.

Nesse contexto, restou devidamente comprovado o nexo causal entre as lesões sofridas em decorrência da queda da motocicleta ocasionada por buraco na via pública.

Com efeito, o asfalto esburacado demonstra a omissão da ré quanto aos

deveres de fiscalização, conservação e segurança das pistas.

Ademais, nenhuma sinalização preventiva havia no local dos fatos, de modo a advertir os motoristas sobre a presença de buracos e, possivelmente, evitar acidentes.

No dizer de Rui Stoco, "*cabe observar que se a causa eficiente do acidente causado ou das lesões sofridas por terceiros em razão desse acidente for a existência de buraco, obstáculo, defeito na pista, obra, desvios não sinalizados, nem iluminados, de modo a tornar impossível ao condutor evitar o infortúnio, ressuma evidente que responsável civil será o Poder Público - Estado, Município, concessionária ou permissionária de serviço público, nos termos do art. 1°, 3, do CTB*" ("in" Tratado de Responsabilidade Civil, 8ª edição, São Paulo, RT, 2011, p. 1630).

A esse respeito, como bem sintetizou a magistrada "a quo", *verbis*:

"*Isto porque, os documentos acostados na inicial demonstram claramente a ocorrência do acidente, bem como, as consequências causadas à parte requerente em decorrência do infortúnio.*

O documento de pag. 16/19 demonstra o local do acidente, bem como, a não conservação da via pública pelo requerido.

O documento de pag. 20/21 comprova as lesões sofridas pela autora, sendo que o laudo do IML de pag. 22/23 acompanha e comprova o que foi demonstrado pelas fotografias.

O relatório médico de pag. 24 demonstra que a requerente narrou o acidente ao seu médico.

E, diante este conjunto probatório e ausência de provas pela ré que demonstrasse o rompimento do nexo de causalidade, há que se reconhecer a responsabilidade objetiva da mesma.

O liame causal entre a omissão da administração pública e da empresa responsável contratada para a realização da obra e o resultado lesivo é evidente. É dever do Município zelar pela conservação das vias públicas, bem como sua iluminação e sinalização.

É certo que esse ente atua na administração direta, cabendo-lhe, ainda, o dever de conservação, manutenção e fiscalização da malha viária urbana, inclusive das obras realizadas pela concessionária, estranha ao presente processo.

Os laudos periciais, exames e pareceres médicos demonstram que, de fato, o acidente que envolveu a autora foi deveras grave, tendo ela que ser submetida a uma cirurgia para colocação de placas e pinos no braço.

Desse modo, não tendo a requerida comprovado que o buraco na via estava bem sinalizado, bem como que havia iluminação suficiente para os

Acesso ao Sumário

transeuntes visualizarem a obra, resta comprovado o nexo causal." (fls. 131/132)

Outrossim, admite-se a exclusão ou a amenização do dever de indenizar em algumas situações, dentre as quais, a culpa exclusiva ou concorrente da vítima envolvida na colisão.

Todavia, não há comprovação de excesso de velocidade ou de qualquer conduta da autora que tivesse contribuído para o advento do sinistro.

Portanto, incumbe à municipalidade ressarci-la pelos danos provenientes do acidente.

É cabível reparação por danos morais em favor da apelada, visto que ela, em virtude da queda da motocicleta, sofreu fratura e luxação do ombro esquerdo, tendo sido submetida à intervenção cirúrgica, experimentando, por conseguinte, dor e amargura, com reflexo no estado psicológico.

A dosimetria deve levar em conta a natureza do dano, a gravidade da culpa, a capacidade econômica e as condições pessoais dos litigantes, além do caráter pedagógico da reprimenda, de maneira a evitar novos abusos, sem, contudo, configurar enriquecimento sem causa da beneficiária.

Na lição de Rui Stoco:

> "Segundo nosso entendimento, a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.
>
> Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima 'indenizar ou compensar sem enriquecer'" ("in" Tratado de Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência - Editora RT, 8ª edição, pág. 1927).

Diante das circunstâncias que envolveram o episódio, a indenização fixada em R$ 20.000,00 e acrescida dos consectários legais mostrou-se satisfatória, daí porque fica mantida a sentença, tal como lançada.

Ante o exposto e por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018612-30.2014.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/apelado SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, é apelado/apelante P.A.N. (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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 28453)**

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

São Paulo, 6 de março de 2018.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: ENSINO - Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais - Instituição de ensino que adota a política de inclusão escolar e admitiu a matrícula no aluno portador de mielomeningociele e hidrocefalia - Dever de submeter-se aos princípios e às normais gerais de educação relativas às adaptações necessárias para atendimento de alunos portadores de necessidades especiais previstas na Constituição Federal e Legislação adjacente - Meio de garantir o direito fundamental da educação e, ainda, a efetiva inclusão social - Danos morais não caracterizados. Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas por SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI (fls. 239/249) e P.A.N., representado por sua genitora J.B.A.N., contra a r. sentença de fls. 229/234, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Osasco, Dr. Fernando Dominguez Guiget Leal, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais movida por P. em face do Sesi, para determinar que a ré mantenha um profissional orientado para atender as necessidades físicas e higiênicas do autor durante o período escolar, confirmando a liminar concedida a fl. 79.

A ré discorre a respeito de sua natureza jurídica. Sustenta ser seu apenas o dever de direcionar as necessidades pedagógicas do aluno com necessidades

Acesso ao Sumário

especiais, mas não as necessidades fisiológicas, cabendo à família atuar em parceria com a instituição escolar, suprindo as necessidades da criança quanto aos cuidados e de alimentação, seja mediante a presença na unidade escolar, seja mediante contratação de pessoa para fazê-lo. Nega tenha se recusado a receber o aluno, tendo apenas buscado a colaboração da família. Pontua estar cumprindo adequadamente o seu papel de inclusão do autor no que toca às suas necessidades pedagógicas. Requer a reforma parcial da sentença, com a improcedência da ação. Postula o provimento do recurso.

Já o autor pleiteia a reforma da sentença no que pertine à improcedência do pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Discorre a respeito de toda sorte de humilhações a que foi submetido o apelante. Diz presentes os requisitos que autorizam a condenação da ré em indenização por danos morais. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões do autor às fls. 275/280 e da ré às fls. 281/290, pelo não provimento dos recursos.

Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 295/314, pelo não provimento do recurso da ré e provimento do recurso do autor.

É o relatório.

Recebo os recursos nos efeitos devolutivo e suspensivo, salvo no que toca à confirmação da liminar de fl. 79.

Não há alegação de intempestividade, tampouco de insuficiência de preparo, sendo o autor beneficiário da gratuidade da justiça.

Conheço, pois, dos recursos, mas nego-lhes provimento.

O autor é portador de mielomeningociele e hidrocefalia, sendo que, em decorrência, não possui sensibilidade esfincteriana, necessitando do uso constante de fraldas (fl. 31/32).

No início de 2014 a ré admitiu a matrícula do autor em sua instituição de ensino para cursar o 1º ano do ensino fundamental (fls. 25/31 e 37).

A ré adota a política de inclusão escolar em sua instituição de ensino.

Não obstante, a ré se recusou a disponibilizar um cuidador para auxiliá-lo durante o período de aulas (fl. 33), sob o argumento de ser seu dever apenas direcionar as necessidades pedagógicas do aluno com necessidades especiais, cabendo à família fornecer o necessário para o auxílio de suas necessidades físicas e higiênicas durante o período escolar.

Pois bem.

Sabe-se que a educação é um direito social, sendo um direito de todos e dever do Estado e da família, nos termos dos artigos 6º e 205, da Constituição Federal.

O artigo 206 dispõe que "*O ensino será ministrado com base nos seguintes*

Acesso ao Sumário

princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;".

Por sua vez, o artigo 208 diz que "*O dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; [...] VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático- escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*".

Análoga disposição possui o § 2º, do artigo 239, da Constituição Estadual do Estado de São Paulo, o inciso VIII, do artigo 4º, da Lei nº 9.394/96, bem como, o inciso III, do artigo 54, da Lei nº 8.069/90.

O §1º, do artigo 58, da Lei nº 9.394/96 prevê, ainda, quanto á educação especial, que "*Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.*".

A ré é pessoa jurídica de direito privado que atua em cooperação com o Estado para o desenvolvimento de atividades de cunho social e educacional.

O serviço educacional é prestado mediante delegação, com necessidade de autorização e cumprimento das normas gerais de educação.

Entendo, assim, que, ao prestar serviço de educação e adotar uma política de educação inclusiva, deve a ré submeter-se aos princípios e às normais gerais de educação relativas às adaptações necessárias para atendimento de alunos portadores de necessidades especiais previstas na Constituição Federal e Legislação adjacente, de forma a assegurar, de fato, a inclusão social da pessoa com deficiência na escola.

Nesse sentido, e como destacado pelo ilustre Procurador de Justiça, no Parecer de fls. 295/314, somente com o auxílio de um cuidador é que a ré propiciará a acessibilidade adequada para a permanência do autor na escola, de forma a garantir a ele o direito fundamental da educação e, ainda, a sua efetiva inclusão social, "*considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, [...].*" (§1º, artigo 1º, Lei nº 7.853/89 e Lei nº 13.146/2015).

Como constou da r. sentença, "*A palavra 'inclusão' significa integração absoluta de pessoas que possuem necessidades especiais ou específicas numa sociedade; e para que essa integração seja absoluta, a instituição requerida deve oferecer o mínimo de recursos e aparatos necessários para que uma educação de qualidade seja alcançada. Obviamente, a escola não é obrigada a arcar integralmente com todos os custos necessários para atingir essa qualidade de ensino, mas o mínimo, é o seu dever.*

O autor, portador de Mielomeningociele e Hidrocefalia, necessita, tão somente, da cooperação de pessoa qualificada para troca de fraldas, durante

Acesso ao Sumário

o período em que se encontra na escola. No caso é o mínimo necessário. Não há como delegar tal mister para sua genitora, interrompendo o horário de seu expediente, além de atrapalhar o próprio horário escolar, pois o aluno, em situação precária e, até vexatória, é obrigado a aguardar por um grande período a chegada de sua mãe para que seja realizada a troca de fralda. Não vejo, nesse quadro, a inclusão integral do autor à escola." (fl. 233).

Portanto, adequada a r. sentença ao determinar que a ré "*mantenha um profissional orientado para atender as necessidades físicas e de higiene do autor, durante todo o período escolar, [...]*" (fl. 234).

Adequada a r. sentença, ainda, quanto à improcedência do pedido de indenização por danos morais.

Não obstante o entendimento manifestado pelo autor, fato é que os eventos narrados ocorridos foram isolados, e ocorreram em momento em que ainda se discutia se havia, ou não, a obrigação de a escola em fornecedor um cuidador ao menor, de forma que a conduta da ré não pode ser considerada como ilícita.

Ademais, vejo que em nenhum momento a ré se recusou a receber o menor, apenas buscando a colaboração da família para que sua permanência na escola fosse a mais saudável possível.

Assim, sem que estejam presentes todos os requisitos necessários para a responsabilização, ausente o dever de indenizar.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010281-83.2014.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ROBSON LINS REIS DE JESUS e TECNICAR AUTO SOCORRO INSTALAÇÃO DE ACESSÓRIOS LTDA.-ME, é apelado MANOEL NOGUEIRA JARDIM (JUSTIÇA GRATUITA).

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, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.800)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), CARLOS NUNES e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 7 de março de 2018.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. COLISÃO TRASEIRA. PRESUNÇÃO DE CULPA DO CONDUTOR QUE CHOCA SEU VEÍCULO NA TRASEIRA DE OUTRO. PRESUNÇÃO NÃO ELIDIDA. PROVA NOS AUTOS DE QUE O VEÍCULO À FRENTE FREOU EM RAZÃO DE SEMÁFORO VERMELHO. NECESSIDADE DOS VEÍCULOS DE GUARDAREM DISTÂNCIA ADEQUADA UNS DOS OUTROS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. A presunção de culpa do condutor que choca seu veículo na traseira de outro não foi elidida. Ficou provado nos autos que o autor foi obrigado a para seu veículo na praça de pedágio e que o réu, por desatenção ou não guardar a distância adequada do veículo que ia à frente, deu causa à colisão.

VOTO

MANOEL NOGUEIRA JARDIM ajuizou ação de indenização por dano material em face de **ROBSON LINS REIS DE JESUS** e **TECNICAR AUTO SOCORRO INSTALAÇÃO DE ACESSÓRIOS LTDA-ME**. A ilustre Magistrada "a quo", por r. sentença de fls. 330/335, cujo relatório adoto, julgou procedente a ação, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, para condenar os réus a pagarem, a título de danos materiais causados ao veículo do autor, no valor de R$ 16.374,64, (fls. 13), devidamente atualizados pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde 15/09/2014, e acrescido de juros de mora de 1%, a partir da citação. Julgou improcedente o pedido do autor, com relação aos lucros cessantes e o pedido reconvencional do réu. Condenou os réus a pagarem as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono do autor, que arbitro em 10% do valor da condenação, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC/2015.

Irresignado, insurge-se o réu Robson, com pedido de reforma, argumentando que a responsabilidade objetiva alegada pode ser afastada quando comprovada a ausência de nexo causal, ou seja, houver prova da culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. O proprietário do veículo estava inadimplente em relação ao contrato que mantém com a empresa "Sem Parar", conforme demonstrado no ofício recebido. Tendo ciência de sua situação, tentou acelerar para passar no vácuo do veículo que estava na sua frente. Porém, não logrando êxito, teve que frear bruscamente, impedindo que o caminhão conseguisse frear a tempo de evitar a colisão. Restou comprovada a

Acesso ao Sumário

culpa exclusiva do autor, que se utilizou de manobra arriscada e inconsequente para tentar burlar o sistema de cobrança sabendo que estava inadimplente, devendo a demanda ser julgada totalmente improcedente. Foi solicitada a filmagem das câmeras do dia do acidente, da qual haveria a comprovação de que o motorista do veículo não estava acima da velocidade limite (40km/h). Porém, não foi possível seu fornecimento, conforme resposta de fls.89 (fls. 337/348).

A ré Tecnicar também recorreu alegando que presumiu a Magistrada não ter recorrente guardado a distância necessária para evitar o acidente, concluindo que houve colisão traseira, situação em que se presume a culpa. No entanto, o autor estava inadimplente em relação ao contrato que mantém com a empresa "Sem Parar", conforme demonstrado no ofício recebido. Tendo ciência de sua situação, tentou acelerar para passar no vácuo do veículo que estava na sua frente. Porém, não logrando êxito, teve que frear bruscamente, impedindo que o caminhão conseguisse frear a tempo de evitar a colisão (fls. 351/362).

Por sua vez, o autor ofertou contrarrazões pugnando pelo improvimento dos apelos sustentando que obrigatoriamente necessitou parar na cancela do sistema de pedágio da via, e, ato contínuo, veio o veículo do réu, que não observara a distância, tampouco cautela e prudência ao conduzir seu veículo, causou a colisão na traseira de seu veículo. É dos autos que tal evento fora devidamente registrado em Boletim de Ocorrência pela Polícia Rodoviária, tendo este documento fé pública, e que tal documento também fora questionado e desvalorizado pelo réu em sua contestação e agora em sua apelação. Por nenhuma circunstância (parada pelo sistema de cancela na praça de pedágio, falha no sistema ou qualquer outro motivo) credencia ou autoriza qualquer veículo ou condutor de bater ou abalroar a traseira do veículo a sua frente, tendo o réu como agravante estar seu veículo carregado de areia. Assim, deveria tomar cuidado redobrado, obedecendo distância regulamentar e velocidade compatível para uma condução tranquila e segura na rodovia (fls. 367/370).

É o relatório.

Sustenta o autor que, em 22/05/2014, às 09h20, trafegava com seu veículo Renault Master Bus16 DCI, cor preta, placa ELQ-7080, chassi nº 93YCDDUH6BJ575451, pela Rodovia Estadual SP-070, km 115, na Cidade de Caçapava, quando, na praça de pedágio, a uma velocidade média de 35 Km/h, foi obrigado a parar, pois a cancela reservada aos veículos que se utilizam do sistema "Sem Parar" não abriu, tendo solicitado ajuda ao funcionário da concessionária para averiguação e solução do problema. Ocorre que, depois de alguns segundos, o veículo Volvo NH12380 4X2T, cor azul, placa CPG-5663, de propriedade da empresa TECNICAR, dirigido por ROBSON LINS REIS DE JESUS em velocidade superior à permitida na faixa destinada ao sistema "Sem Parar", com manifesta imprudência, não obedeceu a sinalização que indicava velocidade de 40 Km/h, assim como sem a devida atenção ao fluxo de veículo,

veio a se chocar violentamente contra seu veículo, ocasionando danos de monta. Fez orçamentos em 3 (três) oficinas de funilaria e pintura, tendo optado pelo orçamento da empresa Auto Repar Veículos, no valor de R$ 16.374,64. Por tais motivos, ajuizou a presente ação objetivando a condenação da proprietária e condutor do veículo causador dos danos ao pagamento do conserto, bem como por lucros cessantes.

Por sua vez, os réus, em defesa, sustentaram que o veículo Volvo NH12380 4X2T, cor azul, placa CPG-5663, trafegava pela rodovia, quando o veículo conduzido pelo autor executou uma manobra brusca, interrompendo a trajetória do veículo da ré. Argumentam que a intenção do autor era de ultrapassar o pedágio no vácuo do veículo que seguia a frente, mas interrompido pelo fechamento da cancela, momento em que frenou bruscamente. O veículo da empresa- ré estava carregado de areia e não conseguiu impedir a colisão. Também impugnaram os orçamentos apresentados.

A ré Tecnicar ofertou reconvenção pretendendo que o autor seja condenado a reparar o valor despendido no conserto de seu veículo, no total de R$ 4.300,00.

A ação foi julgada parcialmente procedente e a reconvenção improcedente, desfecho com o qual os réus não se conformam.

É possível verificar no acervo probatório que, do acidente, foi elaborado boletim de ocorrência pela autoridade policial, que fez consignar a versão dos envolvidos, mas não foi por eles assinado (fls. 17/20).

A dinâmica do acidente não levanta muitas dúvidas. Trafegando pela Rodovia Estadual SP-070, o veículo do autor ao chegar à praça de pedágio teve que parar, pois, a cancela do pagamento automático não liberou sua passagem. O veículo da ré Tecnisa, conduzido pelo réu Robson, trafegava logo atrás e colidiu na traseira do automóvel do autor.

O fato de o autor estar ou não em débito com a empresa "Sem Parar" é irrelevante para o desfecho da lide. É extremamente comum o fato de veículos terem que parar na cancela de pagamento automático pelas mais diversas razões. Desse modo, todos que transitam por esse local devem estar atentos a essa possibilidade.

Estabelecem os art. 28 e 29 do CTB que:

> "Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.
>
> Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:
>
> I - a circulação far-se-á pelo lado direito da via, admitindo-se as exceções devidamente sinalizadas;
>
> **II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal**

Acesso ao Sumário

entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas;

III - (omissis)" (grifei)

Desse modo, a presunção de culpa é do condutor que choca seu veículo na traseira de outro, ou seja, o motorista que abalroa por trás é, em regra, culpado, de modo que o ônus probandi é invertido, cabendo a ele a prova de desoneração de sua culpa.

Os automóveis devem manter distância segura uns dos outros, justamente para se evitar ocorrências como a dos autos. Não constitui fato súbito e imprevisível o veículo que vai à frente ter que frear repentinamente. Todos os condutores devem estar atentos aos perigos do trânsito extremamente movimentado dos dias atuais.

Neste sentido:

ACIDENTE DE VEÍCULO - RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação proposta objetivando o ressarcimento de danos decorrentes de acidente de veículo - Colisão traseira em Rodovia - Presunção de culpa não elidida - Culpa demonstrada - **Provas produzidas nos autos que estão a demonstrar que o veículo do autor teria sido obrigado a diminuir a velocidade, em razão da existência de um animal na pista -** Colisão na traseira, com remessa do veículo à frente e colisão com outro que ali se encontrava - Ação julgada parcialmente procedente, fixando o Juízo os danos, de acordo com os elementos contidos nos autos - Alegação da apelante de que a parada teria sido de inopino, porquanto nenhum animal fora avistado pelas proximidades - Valor arbitrado, para a indenização, que também não seria devido, pois o veículo acidentado teria mais de 19 anos de uso - Provas, no entanto, que confirmam o acidente por culpa da apelante, já que não guardou distância segura do veículo que seguia à sua frente - Valor da indenização, comprovado pelos meios legais, que foi reduzido em 40% - Valor correto, frente aos danos causados - Recurso improvido. (Apelação nº 0012224-06.2009.8.26.0664 Relator Desembargador Carlos Nunes Julgado em 19/03/2012).

Acidente de trânsito - Ação regressiva - colisão traseira - presunção não elidida - frenagem para evitar atropelamento de animais - fato previsível - indenização devida - Orçamento corroborado por laudo de vistoria e prova do desembolso documentação suficiente para a liquidação do dano - Recurso a que se nega provimento. (Apelação nº 9165940-88.2005.8.26.0000 Relator André Luís Bicalho Buchignani - Julgado em 04/12/2006)

Ficou provado nos autos ter sido o autor obrigado a parar seu veículo na praça de pedágio e o réu, por desatenção ou não guardar a distância adequada do veículo que ia à frente, deu causa à colisão.

Observando que a r. sentença foi proferida na vigência do novo Código

Acesso ao Sumário

de Processo Civil, elevo os honorários advocatícios do patrono do réu, em razão do trabalho adicional em grau recursal, para 15% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do CPC/2015.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso** e, levando em conta o trabalho adicional em grau recursal, elevo os honorários advocatícios do patrono do autor para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001414-05.2013.8.26.0699, da Comarca de Salto de Pirapora, em que é apelante MARISTELA OLIVEIRA SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada DENISE ROSÁRIO DE CASTRO (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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.772)**

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

São Paulo, 7 de março de 2018.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Prestação de serviço. Ação de indenização. Queda acentuada do cabelo da cliente após a realização de procedimento de alisamento. Hipótese em que ficou evidenciada nos autos a imperícia da cabelereira, a qual, mesmo após constatar que o cabelo da cliente estava quebradiço e com falhas, realizou procedimento químico nele, sem nem sequer realizar teste de mecha, provocando a queda acentuada dos fios. Condenação da cabeleireira ao pagamento de indenização pelos danos causados à cliente era medida que se impunha.

Tendo em vista a natureza do dano, suas consequências na vida da autora, as condições de ambas as partes, os valores arbitrados pelo juízo de origem, a título de indenização por dano moral e por dano estético,

Acesso ao Sumário

devem ser reduzidos cada um para R$2.500,00. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 139/150, cujo relatório se adota, julgou o pedido parcialmente procedente, para condenar a ré a pagar à autora: (a) o valor de R$2.800,00, por danos materiais, acrescido de correção monetária, pela tabela prática deste E. Tribunal de Justiça, desde a data do respectivo desembolso, e juros de mora de 1%, contados da citação; (b) a quantia de R$5.000,00, como reparação por dano moral, corrigida monetariamente, pela tabela prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir da data da decisão, com juros moratórios de 1% ao mês, desde a data do evento danoso e (c) a importância de R$5.000,00, pelos danos estéticos, acrescida de correção monetária, pela tabela prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir da decisão, além de juros de mora de 1%, desde a data do evento danoso. Em razão da sucumbência mínima da autora, condenou a ré, ainda, ao pagamento da integralidade das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, observada a gratuidade deferida.

Apela a ré (fls. 151/157). Alega que aplica produtos químicos no cabelo da apelada há mais de 11 anos. Acrescenta que a apelada realizou sozinha, por sua conta e risco, o procedimento estético em sua residência, não obstante tenha a orientado a realizá-lo com um profissional habilitado. Afirma que, embora tenha dito à apelada que utilizasse os produtos com a mesma base utilizada no salão, em momento algum lhe explicou sobre como o procedimento deveria ser realizado. Ressalta que não pode ser responsabilizada por ato ao qual não deu causa. Assevera que sempre realiza os testes dos produtos utilizados nos cabelos da apelada e em outras ocasiões não teve problema algum. Destaca que utiliza apenas de produtos de ótima qualidade. Argumenta que não ficaram demonstrados nos autos quais os produtos utilizados pela apelada, tampouco se o procedimento por ela realizado foi o correto. Sustenta que é pessoa simples, humilde e possui um pequeno salão em sua residência, sendo o valor da indenização fixado judicialmente exorbitante para ela. Releva que não conseguirá arcar com o pagamento da condenação. Aduz a culpa concorrente da apelada, o que impõe a redução proporcional da indenização. Por isso, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 163/168).

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização fundada na prestação de serviços. Na inicial, a autora relatou que, por duas vezes, compareceu ao salão da ré para realizar procedimento de alisamento dos seus cabelos. Sustentou que, em

Acesso ao Sumário

ambas as ocasiões, a cabeleireira não realizou teste de mecha. Alegou que, por dificuldades financeiras, não podia voltar ao salão e consultou a ré sobre quais produtos eram utilizados no seu cabelo, para que pudesse comprá-los e realizar o procedimento em sua residência. Acrescentou que, aproximadamente após um mês da realização do procedimento em sua residência, seguindo a orientação da profissional, retornou ao salão para fazer o retoque na raiz e, novamente, não foi feito o teste de mecha. Ressaltou que, embora a ré costumasse a deixar o produto agir por 10 minutos, neste dia ela o deixou por cerca de 25 minutos. Destacou que começou a cair tufos de cabelo em suas mãos no momento da lavagem, dizendo-lhe a ré que não havia nada o que fazer, a não ser hidratação. Sob tais fundamentos, requereu a condenação da ré ao pagamento de danos materiais, lucros cessantes, danos morais e danos estéticos.

Na contestação, a ré alegou que a autora compareceu ao seu salão para retocar a raiz com falhas no cabelo, o qual estava quebradiço, provavelmente em razão do procedimento que havia realizado em sua residência. Acrescentou que a autora havia lhe dito que era desnecessária a realização de teste, porque seriam utilizados os mesmos produtos dos procedimentos anteriores. Afirmou que não deixou o produto agir por mais de 10 minutos. Pugnou, assim pela improcedência da pretensão inicial (fls. 32/36).

Após a apresentação de réplica, impugnando os termos da contestação (fls. 48/52), foi deferida a realização de prova pericial, que foi inconclusiva. O experto não identificou o nexo causal, anotando que não havia documentos comprovando o que foi feito, onde e o produto utilizado (fls. 101/102).

Após a realização de audiência de instrução e julgamento, o juiz a quo julgou o pedido parcialmente procedente, implicando o recurso ora em exame.

Os elementos reunidos nos autos não deixam dúvidas a respeito da responsabilidade da ré pelo dano causado à autora. Ainda que a autora tenha realizado o alisamento de forma incorreta na sua residência, é certo que a própria ré, na defesa apresentada, afirmou que o cabelo da cliente estava quebradiço e apresentava falhas, bem como confessou que não realizou teste de mecha antes de realizar o procedimento.

Ora, como bem observou o juízo de origem, deveria ter a cabeleireira, diante das condições constatadas no cabelo da cliente, ter se recusado a realizar qualquer procedimento químico. Ademais, como profissional da área, jamais poderia ter deixado de realizar o teste no cabelo da autora, mormente pelo estado em que ele se encontrava, ainda que a pedido da cliente. Ao não adotar tal providência, agravou a situação do couro cabeludo da autora, provocando a queda acentuada dos fios.

Não pode a cabeleireira, que não agiu com a prudência esperada, transferir para a cliente o risco da sua atividade. Nessa medida, evidenciada a imperícia da

Acesso ao Sumário

profissional, impunha-se a sua condenação ao pagamento de indenização pelos danos causados à cliente.

No tocante ao valor da indenização, cumpre observar que deve ser o suficiente para inibir a ré da prática dessa natureza, capaz de macular a honra e sentimentos alheios e, de outro lado, não importar enriquecimento sem causa da ofendida.

Oportuno destacar as condições de ambas as partes, as quais devem ser levadas em consideração no momento do arbitramento das indenizações pleiteadas. O salão da ré é muito simples, de pequeno porte e, de fato, está estabelecido na sua própria residência, como demonstra a fotografia coligida aos autos às fls. 26. Por sua vez, a autora também é pessoa humilde e aufere módicos rendimentos semanais de R$160,00, prestando serviços de auxiliar administrativo, de acordo com a declaração de fls. 17.

Tendo em vista a natureza do dano, suas consequências para a autora, bem como as condições das partes, os valores das indenizações por dano moral e por dano estético devem ser reduzidos cada um para a quantia de R$2.500,00, suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento ilícito da autora.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso. Com fundamento no art. 85, § 1º, do CPC, fixo honorários para a fase recursal, em favor do patrono da ré, na quantia equivalente a 10% do valor da condenação, observado o disposto no art. 98, §3º, do CPC, ante a concessão à autora dos benefícios da justiça gratuita.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010936-11.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCELO DOS SANTOS NOVATO, é apelada SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 08.647)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), RUY COPPOLA e KIOITSI CHICUTA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 7 de março de 2018.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - Atendimento médico hospitalar - Ação de cobrança acolhida - Apelação do réu - Serviços médicos hospitalares necessários à cirurgia reparadora da face do réu, em razão de acidente de trânsito, bem demonstrados - Mero equívoco em alguns documentos sobre intervenção cirúrgica na mão - Serviços prestados a contento e comprovados por documentação não impugnada fundamentadamente - Termo de autorização de realização de cirurgia assinado livremente e que vincula o seu subscritor - Excesso de cobrança que não se evidencia - Sentença mantida - Recurso improvido, com observação.

VOTO

Sentença proferida a fls. 334/335 acolheu ação de cobrança de despesas hospitalares e condenou o réu ao pagamento de R$ 13.696,23, com acréscimos legais, custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Apela o réu. Aduz que a documentação juntada se refere a cirurgia na mão, ao passo que sofreu em acidente ferimento superficial na face direita; reclama da desconsideração de pagamento parcial da intervenção cirúrgica, não considerado na sentença; diz não estar devendo a importância de R$ 6.947,45 e que o demonstrativo sobre ele apresentado é imprestável; fala que a documentação de f. 260 e seguintes só confirma que ele tinha conhecimento do valor das diárias do hospital. Por fim, invoca a seu favor dispositivos da Lei 8.078/90 e pede indenização por danos morais e pagamento dobrado do que fora cobrado.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

Este o relatório adotado, no mais, o da r. sentença.

O recurso não comporta provimento.

Eram duas as cobranças feitas na petição inicial, por atendimentos médico hospitalares no autor: uma em 18.2.2013 e outra em internação de 14.9.2015.

A contestação e o apelo nada dizem sobre a primeira delas, de tal modo que a controvérsia remanescente diz respeito somente à segunda.

E não se nega a internação de Marcelo dos Santos Novato na Sociedade

Acesso ao Sumário

Beneficente São Camilo, em 14.9.2015, ocasião em que assinou termo de responsabilidade em que solicitava a internação com pagamento das despesas após a alta (fls. 23/25).

Embora haja informação equivocada em parte dos documentos apresentados sobre esta internação, com referência a cirurgia na mão, o fato é que exame do prontuário juntado e procedimentos havidos deixam claro que, em razão de acidente de trânsito, foi realizada "reconstrução da região malar com retalho fasciocutâneo" no autor. Não se tratava de ferimentos superficiais como ele chega a afirmar, sem qualquer fundamento.

Nos autos, em manifestação sobre a defesa, a autora cuidou em esclarecer que o réu foi internado para uma cirurgia reparadora para retirada de estilhaços em seu rosto, em decorrência de extensos ferimentos, ocasião em que assinado o contrato de prestação de serviços junto ao Hospital, conforme consta no prontuário médico do paciente (fls.23/25), bem como do termo de consentimento para realização de cirurgia, em 14.9.2015 (fls. 152).

E se esclareceu:

"*No que tange ao procedimento realizado, em momento nenhum o Hospital Autor informou ter realizado cirurgia na mão do Réu, sendo este, o nome atribuído ao código contido no sistema do Hospital Autor e que consta no discriminativo para cirurgias reparadoras realizadas pelo Hospital Autor, qual seja: cobrança do código 30101565, conforme trecho da Tabela de Procedimentos TUSS - Terminologia Unificada da Saúde Suplementar (ANS) inclusa.*

Deve-se salientar, que referida tabela padroniza os códigos e nomenclaturas dos procedimentos médicos, cuja especificação do discriminativo é indicada que fora realizada cirurgia plástica no paciente conforme as fls. 1 do incluso (Doc. 2), e ás fls. 3 de referido discriminativo consta cirurgia mão (Sistema do Hospital Autor), mas com o código em consonância com a Tabela Padronizada e o procedimento realizado".

De fato, depreende-se da tabela juntada a fls. 136 que o referido código 30101565 estabelece:

"PELE E TECIDO CELULAR SUBCUTÂNEO/ANEXOS - PROCEDIMENTOS - Extensos ferimentos, cicatrizes ou tumores - exérese e rotação de retalhos miocutâneos".

Desde a petição inicial a apelada demonstrou os procedimentos relativos à dívida cobrada, no período já referido, mediante a juntada das notas fiscais e discriminação dos serviços prestados (fl. 35/39).

Desta feita, o apelante altera a realidade dos fatos, para obter vantagem indevida, sendo certo que em nenhum momento realizou qualquer tipo de prova que desse ensejo à afirmação de que o valor por esta segunda internação

estivesse pago.

O único recibo em que se apega, para exigir abatimento do valor cobrado, se refere a valores não pleiteados na petição inicial.

Enfim, há a sua assinatura nos documentos da internação e não se demonstra excesso por parte da demandante. Os serviços prestados devem ser pagos.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES - AÇÃO DE COBRANÇA - DÉBITO INCONTROVERSO - RESPONSABILIDADES - VÍCIO DE CONSENTIMENTO INDEMONSTRADO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA APELAÇÃO IMPROVIDA.

*1. **Prestados os serviços hospitalares e sem demonstração de eventual excesso nas despesas cobradas, responde a pessoa que por elas se obrigou no ato de internação**. 2. Sem prova convincente, não há como reconhecer-se vício de vontade."*

(TJSP, Apel. nº 9049329-18.2006.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Norival Oliva, j. 16.03.2010).

"Cobrança. Prestação de serviços médico- hospitalares. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas requeridas que não teriam o condão de alterar o resultado do julgamento. Responsabilidade pelo pagamento das despesas que foi assumida pelos réus, os quais procuraram voluntariamente a autora para a prestação dos serviços. Gravidade do estado de saúde do paciente que, por si só, não acarreta a nulidade do contrato. Estado de perigo não caracterizado, diante da ausência de onerosidade excessiva e dolo de aproveitamento por parte do hospital, que prestou os serviços em caráter particular e, portanto, com a justa expectativa de receber a prestação pecuniária correspondente. Verba devida. Procedência parcial do pedido. Sentença mantida. Recurso improvido." (Ap. nº 1038519-96.2015.8.26.0100, 32ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. Ruy Coppola, j. 10.3.2016).

"Prestação de serviços médico-hospitalares. Assinatura de termo de responsabilidade pelo filho do paciente para a hipótese de negativa de cobertura pelo plano de saúde. Negativa de cobertura efetivada. Preliminares. Conexão. Ação cominatória deduzida pelo paciente contra sua operadora de plano de saúde. Inocorrência. Ausência de comunhão de elementos entre as ações e de risco de decisões contraditórias. Denunciação da lide. Inexistência de relação jurídica com terceiro. Direito de regresso não configurado (CPC, art. 70, III). Relação contratual existente entre as partes. Falha no dever de informação afastada. Orçamento prévio inviável. Interpretação do art. 39, IV, do

Acesso ao Sumário

CDC. Ausência de demonstração da abusividade do preço do cateter utilizado. Vício de consentimento. Coação e estado de perigo não configurados. Relação jurídica válida. Serviços médico-hospitalares prestados. Remuneração devida. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso improvido." (Ap. nº 9103603- 24.2009.8.26.0000, 32ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. Hamid Bdine, j. 4.4.2013).

"Ação de cobrança - prestação de serviços médico hospitalares - hospital não conveniado ao SUS - assinatura do termo de internação pela ré - ilegitimidade passiva - não caracterização - impugnação genérica dos demonstrativos de despesas - desnecessidade de prova pericial - proporcionalidade do débito ao tempo de internação em UTI - recurso não provido." (Ap. 9114974-53.2007.8.26.0000, 33ª Câm. Dir. Priv., Des. Rel. Eros Piceli, j. 15.3.2010).

"Prestação de serviços - Atendimento médico hospitalar - Cobrança - Procedência - Dispensa de atendimento pelo Sistema Único de Saúde - Validade da obrigação assumida pelo responsável pela internação - Abuso não configurado - Ausência de má fé da prestadora do serviço na celebração do ajuste - Inexistência de desproporção entre o serviço prestado e a prestação ajustada - Valor elevado das despesas que decorre do longo período de internação - Ausência de cerceamento de defesa - Recurso desprovido." (TJSP - Ap c/ rev. 919.574-0/2 , 28ª Câm.)

A assinatura do contrato de prestação de serviço e do termo de autorização para realização de procedimento cirúrgico legitimam a cobrança, sendo obrigação do réu em saldar a dívida contraída, pena de enriquecimento ilícito.

Por isso mesmo e à míngua de reconvenção, são totalmente despropositados os pleitos indenizatórios formulados.

Fica mantida a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por estas razões, meu voto nega provimento ao recurso, elevada a verba honorária advocatícia para 15% do montante da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1106463-81.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FIDELIDADE VIAGENS E TURISMO LTDA., são apelados MÁRCIA APARECIDA NONATO CRISTIANO e ANTONIO CARLOS CRISTIANO.

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 29479)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente) e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 8 de março de 2018.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE - ESCOLHA DO HOTEL POR PARTE DOS AUTORES QUE NÃO RETIRA RESPONSABILIDADE DA RÉ - QUARTO DE HOTEL EM PÉSSIMAS CONDIÇÕES - INTERMEDIAÇÃO DA DEMANDADA QUE IMPLICA EM RECONHECIMENTO DE SOLIDARIEDADE - SITUAÇÃO VIVENCIADA PELOS AUTORES QUE VAI ALÉM DO MERO ABORRECIMENTO, JUSTIFICANDO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - SENTENÇA MANTIDA. Apelação improvida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 195/199, que julgou parcialmente procedente ação de indenização.

Alega a ré, em síntese, que foram os autores que escolheram o hotel, sendo certo que tinham total conhecimento da situação; que a qualidade do hotel é atestada por usuários; que tão logo contatada adotou todas as providências para solucionar o infortúnio, realizando estorno do valor pago pelos autores; que não restou comprovado qualquer dano sofrido, nem irregularidade na conduta da ré; que são indevidos danos morais, os quais, ademais, foram arbitrados em valor excessivo, comportando redução.

Recurso tempestivo e respondido.

É o relatório.

Chama a atenção, por primeiro, a padronização da peça recursal, na medida em que alude a "*culpa exclusiva da autora, que se atrasou para o embarque e acabou impedido de embarcar*", situação esta inexistente, uma vez que aqui se trata de problema com o hotel.

Em outra passagem do recurso é dito, em negrito, que "*Não há qualquer prova a respeito dos eventuais constrangimentos em Orlando, o que por óbvio,*

Acesso ao Sumário

não pode ser aceito". Na verdade os problemas ocorreram em Porto de Galinhas, local muito distante de Orlando.

O fato de que os autores tivessem escolhido o hotel não retira qualquer responsabilidade da ré, isto porque a visualização do local, e não do seu interior, possibilitava a escolha. Evidentemente, soubessem os demandantes da situação existente no quarto que lhes foi reservado, com certeza não teriam aceito, sendo de se destacar trecho relevante da sentença:

"***Fato incontroverso a contratação de pacote turístico com destino a Porto de Galinhas - PE no período de 16 de julho de 2016 a 23 de julho de 2016 e acomodação perante o estabelecimento Estação do Sol Praia Hotel.***

Consta da petição inicial que o quarto disponibilizado apresentava forte odor de mofo, sujeira no chão e paredes, inclusive na cor vermelha assemelhada a sangue, lodo no banheiro, cofre com fechadura arrombada e chuveiro com pouquíssima vazão de água e, diferente do informado pelo vendedor da requerida, o hotel não era próximo à praia.

A requerida, por sua vez, alega que os próprios autores escolheram o hotel e deveriam conhecer as condições do estabelecimento.

Exibidas as filmagens realizadas no estabelecimento, demonstrando a falta de conservação (fls.101). O quarto e banheiro realmente apresentam excessiva sujeira e deterioração, fugindo do razoável. Frustrada a expectativa dos autores, que se depararam com acomodações em precárias condições ao invés de hotel 3 estrelas.

Apesar da requerida afirmar que o hotel tinha plena condição de atender seus hóspedes, inclusive com nota 3,5 no site 'Tripadvisor' (fls.132), as imagens indicam que disponibilizadas acomodações inferiores, em condições de conservação irregulares, muito distante do esperado pelos consumidores."

A responsabilidade da ré é evidente, na medida em que a intermediação por ela realizada implica em reconhecimento de solidariedade.

Nesse sentido julgado desta Câmara em caso análogo:

"***Deve ser reconhecida a legitimidade passiva da CVC, por se tratar de cadeia de consumo. É pacífico na jurisprudência o entendimento de que a operadora de turismo responde solidariamente pela má prestação dos serviços inerentes ao pacote turístico.***

A agência é procurada pelo consumidor para que lhe seja assegurado o desfrute dos passeios segundo as suas expectativas. Ao contratar, assume o agenciador a responsabilidade pela boa prestação dos serviços, vez que foi contratado em razão de suas informações e garantias de bom atendimento. Por isso a sua responsabilidade é solidária, nos

Acesso ao Sumário

termos dos artigos 7º, parágrafo único, 14 e 34, do Código de Defesa do Consumidor." (Ap. 1008211-45.2014.8.26.0510, rel. Des. Pedro Baccarat).

O dano moral está mais do que caracterizado, uma vez que a situação vivenciada pelos autores vai além do mero aborrecimento, justificando a indenização arbitrada, da ordem R$ 10.000,00 para os dois demandantes.

Em atenção à previsão do artigo 85, §11, do CPC, ficam os honorários advocatícios a cargo da ré majorados para 12% do valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005332-06.2013.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante/apelado MAURICIO RAMIRES ESPER (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante PAG SEGURO INTERNET LTDA. e Apelado VIAJEURBANO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo do autor. Deram parcial provimento ao apelo da corré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.068)**

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

São Paulo, 7 de março de 2018.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Bens móveis - Aparelhos de telefonia, relógios e perfumes - Compra e venda - Ação de indenização por danos materiais e morais, com pleito de antecipação de tutela visando ao recebimento das mercadorias - Demanda de consumidor em face de empresa vendedora e de empresa gestora de pagamentos - Sentença de parcial procedência - Recurso do autor e da corré gestora - Parcial reforma do julgado, para reconhecer a ocorrência de danos morais e a impossibilidade de entrega dos produtos, acolhido o pedido subsidiário de reembolso dos valores despendidos pelo autor - Cabimento - Arguição da corré de que apenas recebeu o pagamento

Acesso ao Sumário

e, portanto, não participou da relação de compra e venda - Inconsistência jurídica - Empresa ré que intermediou a relação de consumo, disponibilizando na *Internet* plataforma eletrônica - Autor que pagou pelos produtos e jamais os recebeu - Responsabilidade solidária entre os fornecedores de produtos e serviços - Inteligência dos arts. 3º e 7º, § único, do CDC - Prejuízos morais demonstrados - Frustação ao consumidor - Dever de indenizar presente - Arguição da corré, de impossibilidade de entrega dos produtos - Necessário acolhimento - Valores despendidos pelo autor que, consequentemente, devem ser reembolsados. Apelo do autor provido. Apelo da corré parcialmente provido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de recursos de apelação interpostos em ação de indenização por danos materiais e morais fundada em contrato de compra e venda de bens móveis (aparelhos celulares, relógios e perfumes), proposta por Maurício Ramires Esper em face de "Viajeurbano" e "PagSeguro Internet Ltda.", onde proferida sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida para impor às rés, solidariamente, a obrigação de entregar os produtos adquiridos pelo autor, compatíveis com os modelos atuais, no prazo de 30 dias contado do trânsito em julgado. Sucumbência recíproca, divididas em proporções iguais entre as partes as custas e despesas processuais. O autor foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios à corré "PagSeguro", fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade judiciária. As rés foram, solidariamente, condenadas a arcar com os honorários do advogado do autor na quantia correspondente a 10% sobre o valor da condenação - fls. 592/599.

Aduz o autor, em síntese, que a gravidade dos fatos, a frustração e humilhação sofridas lhe causaram danos morais, os quais devem ser indenizados - 601/607.

A corré "PagSeguro", por sua vez, postula, com preliminar de ilegitimidade processual passiva, pela integral reforma julgado ao argumento, em suma, de que não existiu vício na sua prestação de serviços, certo que os fatos narrados são de responsabilidade exclusiva da empresa ré vendedora. Subsidiariamente, afirma ser impossível a entrega dos produtos, mas apenas a restituição do valor pago. Por fim, roga pela mitigação da verba honorária advocatícia - fls. 664/679.

Contrarrazões às fls. 643/649 e 697/707, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

Acesso ao Sumário

Apelos tempestivos e preparados.

É o relatório.

O apelo do autor comporta acolhimento, ao passo que o interposto pela corré merece parcial provimento.

Demanda ajuizada à argumentação de que o autor, em novembro de 2012, adquiriu 02 (dois) aparelhos de telefonia "Iphone 05", 02 (dois) relógios "Rolex" e 04 (quatro) perfumes importados, através do *site* de compras "Viajeurbano", por meio de pagamento disponibilizado no *site* "PagSeguro", disponibilizado pela corré.

Relatou que efetuou o pagamento total de R$ 1.765,76, mas jamais recebeu os produtos, ao que pleiteou, portanto, pela condenação das rés na restituição do montante despendido e no pagamento, a título de perdas e danos, do valor atual estimado dos produtos, assim como de indenização pelos danos morais experimentados. Em sede de antecipação de tutela, rogou pelo recebimento dos bens adquiridos.

A corré "PagSeguro", devidamente citada, contestou o feito argumentando que agira como mera gestora de pagamentos, sendo parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação. Acresceu que somente a loja vendedora poderia lhe restituir o valor ou entregar os produtos. Aduziu, portanto, que a falha poderia ser atribuída somente à empresa que os comercializou.

A corré "Viajeurbano", por sua vez, foi citada por edital e houve contestação por negativa geral.

Por primeiro, a hipótese trata de controvérsia a ser enfocada e dirimida sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor, porquanto evidenciada a relação de consumo entre as partes, sendo de rigor considerar, portanto, que a corré/apelante atuou como fornecedora de serviços na relação jurídica estabelecida, conforme previsto no art. 3, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, participou ativamente da cadeia de consumo, ao que configurada sua legitimidade passive e responsabilidade pelos danos causados ao consumidor.

Assim é a lição de Ezequiel Morais, Fábio Henrique Podestá e Marcos Marins Carazai:

"*O fornecedor enquanto praticando atos de consumo e inserido no mercado correspondente, em geral, retira de sua atividade o objetivo primordial que é o lucro, valor criado por investimentos e trabalho e que pertence, nomeadamente, aos que promoveram o respectivo investimento. Dessa forma, se o fornecedor de alguma forma tirou proveito da relação de consumo, mesmo que de forma indireta, estará enquadrado na dicção legal do art. 3º, (...)*" (Código de Defesa do Consumidor Comentado, p. 62, 1ª edição).

Não se deve deslembrar que todos os fornecedores de produtos de

Acesso ao Sumário

consumo e prestadores de serviço respondem, solidariamente, pelos vícios verificados, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do Código consumerista.

Nesse sentido:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Empresa que fornece ambiente eletrônico e intermediação para negócios de compra e venda pela internet - Relação de consumo configurada - Confiança e segurança no ambiente fornecido pela empresa que não bastaram para evitar o prejuízo ao autor - Indenização devida - Ação parcialmente procedente - Recurso desprovido." **(Apelação nº 1000504-60.2013.8.26.0704; Relator Des. Melo Bueno; 35ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Data de julgamento: 25.08.2014)**

Assim, resta incontroversa a falha na prestação do serviço, que perdurou além do suportável e admissível, porquanto nada foi entregue ao autor, que efetivamente pagou pelos produtos.

No tocante à indenização por danos morais, a cronologia dos fatos, tal como reproduzida nos autos, fala por si mesma, eis que houve ponderável frustação ao autor, que adquiriu diversos produtos, por eles pagou, mas nunca os recebeu.

Nesse sentido:

"Direito do Consumidor. Recurso Especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Aquisição de automóvel zero-quilômetro. Vícios do produto solucionados pelo fabricante no prazo legal. Danos morais. Configuração. Quantum fixado. Redução. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. - O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor. - Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal. - Na linha de precedentes deste Tribunal, os danos morais, nessa hipótese, deverão ser fixados em quantia moderada (salvo se as circunstâncias fáticas apontarem em sentido diverso), assim entendida aquela que não ultrapasse a metade do valor do veículo novo, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do consumidor.(...)." **(STJ, REsp 324.629/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2002, DJ 28/04/2003, p. 198)**

De tal modo, em observância a esses critérios, tenho que a indenização deve ser fixada em R$ 10.000,00, com correção monetária a ser computada a

Acesso ao Sumário

contar da publicação do Acórdão e acréscimo de juros moratórios legais a partir da citação.

De outro vértice, acolho o pedido subsidiário da corré/apelante para que a condenação seja convertida em ressarcimento dos valores pagos pelo autor, com correção desde o desembolso e juros de mora contados da citação, uma vez que os valores despendidos pelo autor são muito discrepantes aos usuais do mercado com relação aos produtos adquiridos, uma vez notório um relógio "Rolex" não custa apenas R$ 199,00 (fls. 55/58), tampouco um "Iphone 5", à época, custava R$ 459,00 (fls. 47), destacando-se que o anúncio descrevia o aparelho celular com 02 chips e sistema *Android*, características não encontradas no mesmo produto na loja oficial.

Dessa forma, a fim de se evitar enriquecimento ilícito a quaisquer das partes, devem as rés, como já exposto, ressarcir o autor pelos valores pagos, excluída a obrigação de entregarem produtos equivalentes.

Ante ao resultado dos recursos, nota-se que o autor decaiu em mínima parte dos pedidos e, portanto, nada deve pagar a título de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, com a observação de que o patamar de 10%, carreados às rés, nada tem de abusivo, inexistindo motivo para ser mitigado.

Ante o exposto, confiro provimento ao apelo do autor e parcial provimento ao interposto pela corré, na forma acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026777-57.2014.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes/apelados RODRIGO RUIVO MACHADO e TAIS VECINA ABIB, é apelado/apelante TUDS PROPAGANDA & PUBLICIDADE SS LTDA. - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24701)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), MILTON CARVALHO e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 8 de março de 2018.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FOTOGRAFIA E FILMAGEM DE ANIVERSÁRIO DA FILHA DOS AUTORES - PERDA DAS FOTOS ARMAZENADAS NO COMPUTADOR DA RÉ EM RAZÃO DE QUEDA DE ENERGIA - CARACTERIZAÇÃO DE FORTUITO INTERNO - OCORRÊNCIA QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE CIVIL DA RÉ - CONTRATO CUMPRIDO PARCIALMENTE - DEVOLUÇÃO, PELA RÉ, DOS VALORES RELATIVOS AOS SERVIÇOS DE FOTOGRAFIA - DANOS MORAIS - CABIMENTO - INDENIZAÇÃO FIXADA EM PRIMEIRO GRAU NO VALOR DE R$1.576,00 - RAZOABILIDADE E PROPROCIONALIDADE ATENDIDAS - INDENIZAÇÃO MANTIDA A ESTE TÍTULO - CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PELOS AUTORES NA CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS ESPECIALIZADAS EM RECUPERAÇÃO DE DADOS - NÃO CABIMENTO - NEGÓCIOS JURÍDICOS ESTRANHOS À RÉ - RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por **RODRIGO RUIVO MACHADO**, **TAIS VECINA ABIB** e **TUDS PROPAGANDA & PUBLICIDADE SS LTDA. - ME** contra a respeitável sentença de fls. 450/456 que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que os primeiros movem em face da última, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$1.800,00, com correção monetária desde a propositura da ação e juros de mora a partir da citação, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$1.576,00, com correção monetária e juros de mora a partir da sentença. Diante da sucumbência recíproca, condenou cada parte a arcar com as custas a que deram causa, além dos honorários de seus patronos.

Foram opostos embargos de declaração pela ré (fls. 462/463), os quais restaram rejeitados (fls. 465/466).

Irresignados, **apelam os autores** (fls. 469/478), alegando, em síntese, que a ré deve ser condenada ao pagamento dos valores desembolsados pelos recorrentes na tentativa de recuperar as fotos perdidas. Além disso, asseveram que deve ser majorado o valor da indenização por danos morais. Para tais finalidades, pugnam pelo provimento recursal.

Por sua vez, **apela a ré** (fls. 483/494), sustentando, em suma, que o contrato celebrado restou integralmente cumprido, sendo descabida a devolução de qualquer valor. Além disso, afirma que, mesmo que assim não se entendesse, deve ser restituído apenas o valor relativo às fotografias e não à totalidade do contrato. Ademais, defende que inexistem danos morais. Pugna pelo provimento recursal, para que o pedido inicial seja julgado improcedente. Subsidiariamente, pleiteia a exclusão da condenação a título de danos morais e a redução da indenização por danos materiais.

Houve contrariedade aos apelos (fls. 509/514 e 515/528), em defesa do desate da controvérsia traduzida na sentença recorrida.

É o relatório, passo ao voto.

Os autores ajuizaram a presente ação, narrando, em resumo, que contrataram a empresa ré para a execução de serviços de filmagem e fotografia para a festa de aniversário de quatro anos de sua filha. No dia do evento, foram realizados os serviços de filmagem e fotografia pelos prepostos da ré.

Todavia, decorridos vários dias da realização da festa, a ré comunicou que, em razão de queda de energia, ocorreu dano em seu dispositivo de armazenamento de fotos, sendo que as mesmas foram perdidas.

Nesse contexto, os autores contrataram empresa especializada para recuperação das fotos, porém, mesmo assim, não foi possível a recuperação das imagens.

Desse modo, pleitearam a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, consistentes no valor do contrato e no montante pago à empresa especializada em recuperação de fotos, bem como ao pagamento de indenização por danos morais.

Delineada a situação fática narrada, a irresignação da ré é parcialmente procedente, ao passo que o recurso dos autores não merece prosperar.

Restou comprovada a celebração de contrato pelas partes, no valor de R$1.800,00, tendo por objeto a prestação de serviços de filmagem e fotografia pela ré da festa de aniversário da filha dos autores (fls. 44/51). Ainda, demonstrada nos autos a realização de transferência bancária pelos autores, no valor de R$1.800,00, em favor da empresa ré (fl. 24).

Além disso, incontroverso, nos termos do art. 334, inciso II, do CPC/1973 (art. 374, II, CPC/2015), vigente à época da sentença, que, em razão de queda de

Acesso ao Sumário

energia e da ausência de "back up" de segurança, a ré perdeu as fotos tiradas na festa da filha dos autores por seu preposto, não logrando êxito na sua recuperação. De mais a mais, os documentos de fls. 27/43 e 52/76 atestam a afirmação.

Com efeito, restou caracterizada a falha na prestação de serviços da ré, configurada a ausência da segurança necessária ao desempenho de sua atividade empresária. Caso fossem adotadas as providências de segurança exigidas para a prestação do serviço a que se dedica a requerida, a perda das fotografias teria sido evitada.

Nem se venha alegar a ocorrência de excludente da responsabilidade civil por caso fortuito ou força maior. Nesse passo, quando a empresa se dispõe a dedicar ao exercício de filmagens e fotografias, assume, inelutavelmente, a responsabilidade pelos riscos inerentes à sua atividade. Está- se, inexoravelmente, diante do que a doutrina qualifica como ***fortuito interno***, o que não suprime a responsabilidade civil do prestador de serviços.

Nesse sentido, trilha a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATRASO DE VOO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO VERIFICADA. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. INCIDÊNCIA DO CDC. DEFEITO MECÂNICO NA AERONAVE. CARACTERIZAÇÃO DE FORTUITO INTERNO. OCORRÊNCIA QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRETENSÃO DE REEXAME DO VALOR REPARATÓRIO FIXADO NA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando todas as questões submetidas ao Tribunal de origem foram examinadas e decididas fundamentadamente. 2. Em caso de ação indenizatória por falha no serviço de transporte internacional de passageiros, não é possível pretender a aplicação da prescrição bienal estabelecida pela Convenção de Montreal, porque aplicável o CDC. Precedentes. 3. A alegação de que configurada hipótese de caso fortuito apta a excluir a reponsabilidade do transportador não prevalece porque não impugnado o argumento do acórdão recorrido de que referido fortuito seria do tipo interno, isto é, insuficiente para romper o nexo causal. Incidência da Súmula n. 283/STF. 4. Havendo o acórdão recorrido consignado, com fundamento na prova dos autos, que os fatos verificados implicaram dano moral, não é possível, em recurso especial, sustentar o contrário sem ofender a Súmula n. 7/STJ. 5. O quantum compensatório arbitrado a título de danos morais só pode ser modificado no julgamento de recurso especial quando se revelar

Acesso ao Sumário

manifestamente irrisório ou exorbitante, o que não ocorre na hipótese dos autos. 6. Agravo regimental a que se nega provimento"[1].

Anote-se, também que a obtenção de fotos a partir da filmagem realizada não pode ser considerada efetiva prestação dos serviços contratados, porquanto tais fotos não possuem o mesmo padrão de qualidade das que seriam obtidas por fotógrafo profissional, consistindo em, como bem apontou o Magistrado de origem, "***mera saída encontrada pela requerida para entregar algumas fotos do evento***" (fl. 455).

Logo, adimplido parcialmente o contrato pela ré, **de rigor a devolução dos valores relativos aos serviços de fotografia, no caso, o montante de R$700,00, conforme fls. 45/51, com correção monetária desde o desembolso e juros de mora a partir da citação**.

No caso, todavia, o MM. Juízo "a quo" condenou a ré à devolução do valor referente à integralidade do contrato (R$1.800,00), merecendo, pois, **neste ponto, ser reformada a sentença.**

Com efeito, na hipótese, de mero dissabor ou aborrecimento não se trata, certo que as regras ordinárias de experiência autorizam a compensação pelo sofrimento injustamente causado aos autores. Assim, evidente a necessidade de composição do gravame moral impingido à parte autora, sem falar na natureza pedagógica na condenação.

Com relação ao *quantum* indenizatório, o arbitramento da indenização por dano moral deve ser feito com moderação, tendo em vista a natureza do dano, suas consequências nas vidas e nas condições econômicas das partes.

A verba indenizatória deve se revestir de um caráter punitivo, compensatório dos danos causados, sem prejuízo na natureza pedagógica, coibindo o ofensor de praticar novos atentados semelhantes, nunca, porém, poderá importar em enriquecimento ilícito da parte ofendida.

Destarte, merece ser mantida a verba indenizatória moral em R$1.576,00, valor que atende aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta as circunstâncias em que se consolidaram os danos, corrigido monetariamente a partir da sentença (Súmula 362 do STJ) e com juros de mora, que devem incidir a partir da citação, por se tratar de **responsabilidade contratual**.

Por fim, anote-se que são estranhos à ré os negócios jurídicos entabulados entre os autores e terceiros, razão pela qual não há falar em condenação da requerida ao pagamento dos valores desembolsados pelos recorrentes na tentativa de recuperar as fotos perdidas.

Como bem apontou o MM. Juízo "a quo": "***quanto ao valor pago pelos autores na contratação de profissionais para tentativa de recuperação***

1 AgRg no AREsp 747355/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 15/12/2015.

das fotografias, trata-se de serviço contratado pelos autores, por sua livre vontade, de modo que não há qualquer responsabilidade da requerida em tal pagamento" (fl. 455).

No fecho, mantida a condenação das partes às verbas de sucumbência tal como fixado na sentença.

Com relação aos honorários recursais previstos no §11 do art. 85 do CPC de 2015, estes somente se aplicam aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, em observância ao Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, e pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré e NEGO PROVIMENTO ao recurso dos autores**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042925-29.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DAIANI BORGES PESSOA, são apelados CONDOMÍNIO START LIFE e SBL ASSEIO CONSERVAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.237)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 8 de março de 2018.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CONDOMÍNIO. Teoria da perda de uma chance. Não aplicação. Em que pese a comunicação alusiva ao certame tenha sido realizada por meio de telegrama, o acompanhamento das nomeações é cautela da parte interessada, que dispunha de outros meios (e.g. internet e telefone) para tal propósito. Indenização indevida. Ausência de prova da irregularidade dos serviços prestados pela terceirizada. Exclusão da

responsabilidade do condomínio prevista no regimento interno. Os honorários advocatícios foram aplicados em dissonância ao que determina o CPC, art. 85, § 2º, e devem ser reduzidos diante da complexidade da causa e o tempo da demanda. Arbitramento por equidade. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

A r. sentença de fls. 425/439 julgou **improcedente** a **ação de indenização por danos morais e materiais**, decorrente de relação condominial proposta por **Daiani Borges Pessoa** contra **Condomínio Star Life** e **SBL Asseio e Conservação de Imóveis Ltda**., condenada a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da ação.

Inconformada com o desfecho dado à demanda, a autora interpôs, a fls. 456, recurso de apelação, arrazoando-o a fls. 457/474. Assinala com a necessidade de inversão do ônus da prova, a fim de que as requeridas demonstrem a efetiva entrega da correspondência. Afirma que a urgência do telegrama requestava sua imediata comunicação, haja vista a iminência da data para sua entrevista. Argumenta com a responsabilidade objetiva dos demandados, nos termos do CDC. Requer, ao final, a redução da verba honorária sucumbencial.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais para sua admissibilidade.

Contrarrazões a fls. 477/505 e 506/522.

É o relatório.

Trata-se de **ação de indenização por danos morais e materiais** aforada por **Daiani Borges Pessoa** contra **Condomínio Star Life** e **SBL Asseio e Conservação de Imóveis Ltda.** Relata a autora que os réus foram negligentes quanto à informação a respeito da chegada de um telegrama. Aduz que se tratava de correspondência urgente, já que indicava sua convocação para participação em uma das fases do certame público no qual foi aprovada.

Ao contestar a ação, os acionados argumentaram que foram adotados os procedimentos regulares para a devida notificação da moradora a respeito da missiva recebida.

Ao prestar, definitivamente, a tutela jurisdicional nos autos, o MM. Juiz de Direito julgou o pedido inicial improcedente, sob fundamento de que não ficou caracterizada a responsabilidade dos réus pelos danos que a autora alega ter experimentado.

E é forçoso concluir que o provimento jurisdicional recorrido deu adequada solução à controvérsia.

Acesso ao Sumário

Em primeiro lugar, a relação discutida nestes autos não é de consumo. A prestação de serviços entabulada entre o condomínio e a empresa **SBL** ostenta típica natureza civil, atuando aquele como representante da massa condominial, da qual a autora é parte integrante.

Ainda que assim não fosse, inexiste prova da verossimilhança das alegações da autora a autorizar a inversão do ônus da prova.

No que se refere ao condomínio, inexiste qualquer conduta de seus prepostos tendente a gerar os abalos sugeridos pela acionante. Aliás, há previsão expressa no Regimento Interno do requerido afastando a responsabilidade do condomínio quanto a "*sinistros decorrentes de acidentes, extravios e danos, que venham a sofrer os condôminos*" - (fls. 258, art. 51, item b).

Ainda nessa linha de raciocínio, há prova nos autos atestando a anotação do recebimento da missiva pelo porteiro, contratado da acionada **SBL** (datada de 02/12/2015 - fls. 130); mas também indicando a devida notificação da moradora a respeito da chegada da correspondência (fls. 343).

Irrefutável, portanto, o reconhecimento da inexistência de nexo de causalidade entre as condutas dos réus e os dissabores experimentados pela requerente.

Igualmente, aplica-se ao presente caso a teoria da causalidade adequada - art. 403 do Cód. Civil - segundo a qual as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito direto e imediato de uma ação ou omissão.

Conforme leciona **Sérgio Cavalieri Filho**, pela teoria da causalidade adequada, "*o antecedente não só é necessário mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento.*"[1]

Desta forma não basta que a violação de dever jurídico tenha concorrido para a ocorrência do dano suportado pela autora. Necessário será que ela, por si mesma, seja causa adequada à produção do resultado danoso. E isso não se evidenciou no caso em apreço, na medida em que a apelante detinha de outros meios para o acompanhamento do estágio do certame do qual participou.

Não obstante a comunicação empreendida por meio de telegrama, o acompanhamento das nomeações é cautela também exigida do próprio interessado, que dispunha de outros meios para tanto (entre outros, a rede mundial de computadores e telefone).

Por fim, assiste razão à apelante quanto à necessária redução da verba honorária sucumbencial.

É forçoso convir que a importância arbitrada em 1º grau é deveras elevada,

Acesso ao Sumário

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. ***Programa de responsabilidade civil***. 5ª Ed.: São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

sobretudo diante da análise do trabalho desenvolvido pelo advogado, o tempo despendido e a natureza da causa (art. 85, § 2º, do CPC).

Calha bem à controvérsia, no que concerne a esta temática, o seguinte pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A verba honorária fixada 'consoante apreciação equitativa do juiz' (art. 20, § 4º/CPC), por decorrer de ato discricionário do magistrado, deve traduzir-se num valor que não fira a chamada lógica do razoável, pois em nome da equidade não se pode baratear a sucumbência, nem elevá-la a patamares pinaculares."*[2]

Assim, revela-se factível a redução da importância fixada em 1º grau, arbitrando-a, por equidade, em R$ 5.000,00.

Postas estas premissas, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000999-36.2014.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é apelante ELIZANIAS CELSO DOS SANTOS, é apelado ILÁRIO ROBERTO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.216)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO ABRAMOVICI e AZUMA NISHI.

São Paulo, 19 de março de 2018.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Locação comercial. Locatário que, após meses de inadimplemento dos locativos mensais, deixa o apartamento locado a pretexto de viagem ao Litoral, alegando ter sido surpreendido na volta com a irregular retomada do imóvel pelo locador, com os bens móveis deixados no local. SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO do

2 STJ - 4ª Turma - REsp 478.806/SP - Rel. Min. **Cesar Asfor Rocha** - J. 04/08/2005 - DJ 21/11/2005, p. 236.

autor, que insiste no pedido inicial. REJEIÇÃO. Prova dos autos indicadora de que o locador demandado ingressou no apartamento convencido do abandono pelas circunstâncias, vendendo o bem a terceiro. Peculiaridades do caso concreto que indicavam o real abandono do imóvel pelo locatário, com notícia de que ele havia efetivamente se mudado para o Litoral, e não realizado mera viagem. Retomada legítima do imóvel por parte do locador. Ausência de prova do prejuízo material correspondente aos bens deixados no local. Danos materiais e morais não configurados. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

A MM. Juíza "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*...JULGO IMPROCEDENTE a presente ação e, pela sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, monetariamente corrigido.*" ("*sic*", fls. 120/122).

A sentença foi proferida no dia 10 de dezembro de 2015, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Inconformada, apela a autora, insistindo na total procedência, sob a argumentação de que o locador demandado promoveu o exercício arbitrário das próprias razões ao ingressar no imóvel objeto da locação sem qualquer notificação, retirando irregularmente seus bens do local; ele confessou a quebra unilateral do contrato de locação e também a venda do imóvel a terceiro que não estava obrigado a cumprir as cláusulas contratuais; a testemunha do requerido confirmou que ainda havia pertences do autor locatário no imóvel por ocasião da vistoria; tem direito à reparação dos danos morais e materiais decorrentes da conduta do demandado na relação contratual, daí a Ação (fls. 125/131).

Recebido o Recurso (fl. 136), o demandado apresentou contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença (fls. 138/139) e os autos subiram para o reexame (fls. 140/141).

É o relatório.

Conforme já relatado, a MM. Juíza "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*...JULGO IMPROCEDENTE a presente ação e, pela sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, monetariamente corrigido.*" ("*sic*", fls.

Acesso ao Sumário

120/122).

Ao que se colhe dos autos, o autor, ora apelante, alugou do falecido, representado nestes autos pelo Espólio correspondente, o imóvel comercial indicado na inicial, pelo prazo de vinte e quatro (24) meses, com início no dia 11 de março de 2012 e término previsto para o dia 10 de março de 2014 (v. fls. 13/15). Consta que o locatário ausentou-se do imóvel locado em outubro de 2013, retornando no dia 18 de novembro de 2013, quando foi surpreendido com a retomada do imóvel pelo locador, que vendeu o bem a terceiro. Consta ainda que o locatário enviou notificação extrajudicial ao locador, datada de 04 de dezembro de 2013, visando ao recebimento da quantia de R$ 6.000,00, sendo metade correspondente à soma da multa pela rescisão antecipada e metade ao prejuízo material referente ao material e ferramentas de trabalho que se teriam sido retirados do local (v. fls. 17/18). Consta outrossim que o locatário autor, ora apelante, atribuiu ao locador demandado o cometimento de furto conforme relatado á Autoridade Policial no Boletim de Ocorrência nº 5608 lavrado a ocasião (v. fls. 19/21).

O autor afirma na inicial que saiu em viagem ao Litoral e, ao retornar, deparou-se com o imóvel vazio (v. fls. 1/7).

Já o locador, ora apelado, nega em defesa a aventada invasão, argumentando que o locatário abandonou o imóvel para mudar-se para o Litoral, levando com ele os pertences, deixando de pagar as verbas locatícias vencidas a partir de maio de 2013. Ainda segundo o locador, o locatário tinha ciência da venda do imóvel a terceiro, circunstância que inclusive influenciou na sua opção de mudança para o Litoral (v. fls. 46/55).

Malgrado o teor das razões recursais, a r. sentença apelada não comporta a pretendida reforma.

Com efeito, a argumentação do autor, ora apelante, atribuindo ao demandado a prática de exercício arbitrário das próprias razões por despejo forçado, não encontra amparo na prova dos autos.

Ao contrário do alegado pelo locatário autor, o locador demandado não confessou a promoção de quebra unilateral do contrato, mas o abandono do imóvel pelo locatário, dando ensejo à regular retomada da posse do bem. O demandado tampouco confessou que vendeu o imóvel a terceiro que não estava obrigado a cumprir as cláusulas contratuais, pois a tese de defesa, nesse ponto, era de que o autor tinha ciência da venda do imóvel e de que o comprador iria respeitar a contratação, mas não houve necessidade ante o abandono, que configurou a rescisão decorrente da vontade do próprio locatário.

Tampouco comporta prestígio a alegação do demandante, ora apelante, de que a testemunha do requerido teria confirmado que ainda havia bens do autor no imóvel por ocasião da vistoria. Ora, o abandono do imóvel é confirmado pela

Acesso ao Sumário

farta prova dos autos, incluindo a testemunhal, sendo certo que houve apenas breve menção à existência de objetos no imóvel por parte do vizinho, bens esses que não foram indicados como os materiais ou ferramentas mencionados pelo demandante.

Aliás, o locatário apenas alega de forma genérica e aleatória que deixou bens no imóvel. Além da ampla impugnação a essa alegação na defesa, o fato é que não há qualquer prova pelo autor quanto à propriedade dos bens indicados, nem mesmo alguma fotografia anterior, para demonstração de que esses bens (que poderiam ter sido retirados pelo autor quando da viagem ao Litoral) em algum momento estiveram no imóvel.

Aliás, o autor alega na inicial que foi surpreendido com o imóvel trancado, com troca de fechadura, ao passo em que também alega que ingressou no imóvel e verificou que seus pertences haviam sido retirados, circunstância que afasta deveras a verossimilhança dos fatos narrados na inicial como fundamento para a pretensão reparatória em causa.

Malgrado a insistência do autor, ora apelante, o longo tempo entre a saída por parte do locatário para a alegada viagem, além do não pagamento dos últimos locativos, eram indicadores convincentes do abandono.

Como quer que seja, a prova é mesmo indicativa quanto ao abandono do imóvel em questão por parte do locatário, ora apelante, que incorreu em infração contratual, não havendo efetivamente elementos de prova nem da alegada invasão do bem pelo locador, nem de qualquer prejuízo decorrente da conduta do demandado, justificada pela própria conduta do demandante.

Ressalta-se que o autor confessa que havia deixado considerável dívida pendente e partido sem previsão de volta nem qualquer notificação ao locador, ou sem deixar referências pessoais com o Síndico ou funcionários do Edifício, tudo a deixar evidente mais essa infração contratual capaz de resultar no automático rompimento do vínculo jurídico contratual firmado entre as partes.

A atitude do demandado, ora apelado, em defesa de seu patrimônio, por conseguinte, mostrou-se excepcional e legítima considerando as particularidades do caso vertente, com respaldo no direito de propriedade.

Não se havia mesmo falar, conforme bem examinado na r. sentença apelada, em dano moral ou material. No que tange ao dano moral, todo o padecimento do autor, ora apelante, decorreu do próprio comportamento avesso dele na relação locatícia que vigorava entre as partes.

Assim, de rigor a rejeição do Recurso, dado o correto desate à causa na sentença, com exame exauriente da controvérsia pela douta sentenciante (v. artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça).

A propósito, eis a Jurisprudência:

0002268-29.2008.8.26.0428 Apelação/Locação de Imóvel

Acesso ao Sumário

Relator(a): Alexandre Bucci

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/05/2014

Data de registro: 22/05/2014

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LOCAÇÃO. R. SENTENÇA QUE REJEITA OS PLEITOS DEDUZIDOS PELO AUTOR/LOCATÁRIO, ACOLHENDO, SOB OUTRO ÂNGULO, EM PARTE, OS PEDIDOS DEDUZIDOS EM SEDE DE PEDIDO CONTRAPOSTO APRESENTADO PELO RÉU/LOCADOR. RECURSO DO AUTOR/LOCATÁRIO. ENTREGA DAS CHAVES QUE INDICA O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL LOCATÍCIA. LOCADOR QUE NÃO PRÁTICA ATO ILÍCITO AO INGRESSAR NO IMÓVEL APÓS A ENTREGA DAS CHAVES ACREDITANDO TER HAVIDO ABANDONO DOS BENS LÁ DEIXADOS SEM RESSALVAS PELO LOCATÁRIO. DANOS MORAIS INEXISTENTES. DANOS MATERIAIS, DEMAIS DISSO, NÃO COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE DO LOCATÁRIO PELOS DÉBITOS DE ÁGUA E LUZ VENCIDOS DURANTE O PERÍODO DE OCUPAÇÃO. RECURSO DO RÉU/LOCADOR. MEROS ABORRECIMENTOS EXPERIMENTADOS QUANDO DO ENCONTRO DE BENS ABANDONADOS NO IMÓVEL. SITUAÇÃO QUE POR SI SÓ NÃO SE MOSTRA CAPAZ DE JUSTIFICAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

0007848-68.2009.8.26.0278 Apelação/Locação de Imóvel

Relator(a): Cesar Lacerda

Comarca: Itaquaquecetuba

Órgão julgador: 18ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Data do julgamento: 31/08/2015

Data de registro: 03/09/2015

Ementa: Locação de imóveis. Ação de reparação de danos materiais e morais. Improcedência. A locadora, mesmo diante da ausência de pagamento do aluguel e de eventual abandono do imóvel, não está legitimada a adentrar no imóvel locado e a retirar de lá os pertences do locatário, sem autorização deste ou das providências judiciais pertinentes. Danos patrimoniais, porém, não demonstrados. Fato constitutivo do direito do autor. Ônus do qual não se desincumbiu. Art. 333, I, do Código de Processo Civil. Se não há nos autos demonstração de que os objetos irregularmente retirados do imóvel possuíam valor econômico, improcede o pedido indenizatório. Meros dissabores, aborrecimentos ou irritação não traduzem padecimento moral indenizável. Apelo desprovido.

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso, ficando mantida a r. sentença apelada pelos próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no que tange às verbas sucumbenciais.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003504-71.2017.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ALFREDO GUIMARÃES MOTTA e RODRIGO GUIMARÃES MOTTA, é apelado PAULO TUPINAMBÁ VAMPRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13786)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente), NETO BARBOSA FERREIRA e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 26 de março de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Tabelião de Notas – Ação Indenizatória – Lavratura de testamento público – Antecedente ação de declaratória de nulidade julgada procedente – Afirmação de danos materiais e morais – Incidência do artigo 22 da Lei 8.935/1994 – Atuação da preposta substituta do notário – Necessidade de avaliação da culpa – Ausência de elementos esclarecedores da conjuntura fática – Documentação insuficiente – Julgamento antecipado da lide inadequado – Necessidade de dilação probatória – Sentença anulada – Recurso prejudicado.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros (Comarca da Capital), que julgou improcedente ação indenizatória, condenando os autores ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa (fls. 1.130/1.133).

Os apelantes sustentam, em suma, que a sentença desconsiderou a responsabilidade objetiva do apelado, bem com as provas produzidas nos autos. Alegam que o apelado lavrou testamento nulo, conforme foi admitido

pela própria beneficiária e foi reconhecido em perícia, sobrevindo sentença de procedência em ação de nulidade ajuizada perante o r. Juízo de Direito da 9ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central da Comarca da Capital (Processo 1019453-33.2015.8.26.0100). Sustentam que a confusão mental da testadora foi consignada no prontuário médico de admissão em pronto socorro, redigido poucas horas depois da lavratura do testamento, havendo prova nos autos de que se tratava de idosa com mais de noventa anos de idade, portadora do Mal de Alzheimmer, bem como de demência e depressão. Insistem, enfim, no deferimento de indenização por danos materiais e morais, aplicado o artigo 22 da Lei 8.935/94. Pretendem reforma (fls. 1.141/1.151).

Em contrarrazões, o apelado requer a manutenção da sentença (fls. 1.157/1.173).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Os autores ajuizaram ação condenatória em face do réu. Narram que são netos de LAIS DE BARROS MONTEIRO SAMARÃO GUIMARÃES falecida em 20 de outubro de 2014, e seus herdeiros por representação, em razão do precedente falecimento de sua mãe. Afirmam que, em 17 de setembro de 2014, sua avó Lais assinou escritura de testamento, que revogava outro anteriormente lavrado e destinava toda a parte disponível de seu patrimônio à filha MARIA ALICE GUIMARAES MOTTA. Explicam, contudo, que a testadora Lais não tinha perfeito domínio de suas faculdades mentais e, além dos 94 (noventa e quatro) anos de idade, apresentava quadro de mal de Alzheimer, demência e depressão profunda, medicada com drogas fortes e capazes de alterar sua capacidade compreensão. Acrescentam que, na ocasião, a testadora precisava de cuidados médicos, tanto que naquele mesmo dia fora atendida em pronto socorro. Menciona que, em razão de tais fatos, foi reconhecida a nulidade da escritura de testamento, por sentença proferida pelo R. Juízo da 9ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Central (Comarca da Capital). Alega que os fatos decorreram de falha de prestação de serviços pelo réu, o qual fez vista grossa das condições físicas e intelectuais da testadora, lavrou a escritura e lhes gerou danos, uma vez que despenderam tempo e dinheiro até que a nulidade do ato fosse declarada. Esclarecem que esses danos consistem em danos morais e danos materiais, sendo que esses últimos são referentes aos honorários advocatícios e às despesas com a produção de prova pericial. Realçam, ainda, que, ao tempo da efetiva anulação do testamento, a herdeira por ele beneficiada já tinha gastado grande parte do dinheiro que recebera. Invocam a ocorrência da responsabilidade objetiva do réu. Pedem a procedência da demanda, com a condenação do réu ao pagamento dos danos morais e materiais.

O réu apresentou contestação e tece considerações elogiosas aos

Acesso ao Sumário

prepostos sob seu comando e afirma que o testamento foi lavrado e assinado em total regularidade, diante da afirmação clara e firme da testadora de que pretendia deliberar acerca do destino de seu patrimônio. Sustenta não ter agido com culpa e do ato não decorreram danos em desfavor dos autores. Menciona que a prova produzida nos autos da ação anulatória de testamento não podem ser aqui aproveitadas, sob risco de afronta ao princípio do contraditório. Realça ter tomado todos os cuidados na lavratura da escritura e que eventual falta de discernimento da testadora não poderia ser constatado com uma conversa, tanto que foi necessária a produção de prova pericial para atestar sua incapacidade. Nega a ocorrência de danos materiais e morais e pugna pela improcedência do pedido.

A ação foi julgada, antecipadamente, sem a abertura de instrução, improcedente e os autores pretendem reforma.

Na hipótese, a responsabilidade civil arguida funda-se em ato praticado pela substituta do réu (14ª Tabelião de Notas da Comarca da Capital), a qual, segundo os autores, teria lavrado escritura de testamento de sua avó (LAIS DE BARROS MONTEIRO SAMARÃO GUIMARÃES), que revogava outra anteriormente lavrada e destinava toda a parte disponível de seu patrimônio a sua tia (MARIA ALICE GUIMARÃES MOTTA NAKOGOMI), mesmo não estando a testadora em perfeito domínio de suas faculdades mentais, o que ensejou, inclusive, a anulação deste testamento.

A atividade notarial e registral, tal como prevista no artigo 236 da Constituição da República, apesar de realizada por um particular, está "revestida de estatalidade" (STF, Adin 1.378-5/ES, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. lim. 30.11.1995), sujeitando-se a um regime jurídico próprio, outorgada uma delegação de natureza pública, a partir da aprovação em concurso público de provas e títulos, exercida sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, como uma "instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações" (STF, Adin 2.415/SP, Pleno, rel. Min. Ayres Brito, j.22.09.2011).

Acesso ao Sumário

Nesta perspectiva, a responsabilidade do notário e do registrador, como titulares da delegação outorgada, ostenta um regramento próprio no âmbito civil, que remete ao artigo 22 da Lei 8.935/1994, dispositivo legal alterado recentemente e de maneira relevante, com a promulgação da Lei 13.286/2016.

Deixando de lado a questão da responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros a partir do exercício da delegação outorgada a um determinado notário ou registrador, o que remeteria à diferentes e divergentes interpretações do §6º do artigo 37 da Constituição da República (STF, RE 209354 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 16-04-1999; STJ, REsp 1087862/AM, Rel. Ministro HERMAN

BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/05/2010; afetado para repercussão geral, o Recurso Extraordinário 842846/SC, pendente de julgamento pelo E. Supremo Tribunal Federal), há, aqui, a pura e simples arguição do dever de indenizar do notário, tendo a parte autora (recorrentes) proposto ter suportado prejuízo em virtude da indevida lavratura de testamento por uma preposta, a substituta do titular da delegação.

Está sendo afirmada, então, como causa de pedir do pleito indenizatório, a consumação de uma grave falha na prestação do serviço notarial, admitida a lavratura de um instrumento público e colhida a vontade de quem não poderia externar um querer de maneira livre e consciente, provocando, a partir deste ato, prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais.

A nova redação do artigo 22 da Lei 8.935, que procura ressalvar a necessidade de configuração, no exercício da atividade típica de notário ou registrador, da culpabilidade do titular da delegação para que surja o dever de indenizar e tendo em conta seu teor, há, ainda, a questão da vinculação do réu (apelado) à atuação da preposta substituta, o que remete a um exame concreto da conjuntura fática atinente à lavratura da escritura de testamento.

Na espécie, está sendo arguida a responsabilidade objetiva impura, aquela em que é previsto o exame da culpa em alguma fase da cadeia de agentes envolvidos no evento. Há, então, discussão de culpa no antecedente, como no caso específico do enfocado inciso III do art. 932 do Código Civil de 2002, que envolve as figuras do empregador e do empregado.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (Novo Tratado de Responsabilidade Civil, Atlas, São Paulo, 2015, p.561) explicam que, neste caso, a vítima do ato ilícito precisa demonstrar a culpa no antecedente. Não basta esteja provado o dano. É preciso provar a conduta culposa do preposto e que o exercício da função tenha facilitado, de alguma maneira, a ocorrência do evento, ou seja, a prática do ato ilícito.

Persiste, no entanto, uma vasta incerteza acerca das circunstâncias que mediaram a lavratura do instrumento público enfocado.

Não foi, concretamente, produzida qualquer prova testemunhal, em particular para que fosse avaliada a situação de Laís de Barros Monteiro Samarão Guimarães quando adentrou as instalações do cartório e declinou seu desejo de testar, somando- se elementos pouco esclarecedores sobre como efetivamente atuou a preposta substituta, isto é, como foi procedida a colheita da declaração de vontade. Sabe-se que na atividade notarial, persiste o dever de prestar assessoramento jurídico às partes, atuando o notário ou seus prepostos autorizados sempre a partir do respeito aos princípios e regras de direito, com prudência e acautelamento (Subitem 1.1 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo).

Acesso ao Sumário

A sentença recorrida está fundada exclusivamente em cópias de declarações escritas e assinadas por pessoas que mantinham relacionamento próximo com a testadora e seus familiares, as quais foram apresentadas no âmbito da anterior ação declaratória de nulidade de testamento, somando-se a afirmação da inviabilidade de uma verificação imediata da falta de discernimento, confrontada a necessidade de exame pericial médico indireto para que pudesse ser reconhecida, em Juízo, a invalidade do ato, com a análise conjunta do resultado de exames clínicos e relatórios médicos e a avaliação dos efeitos produzidos por medicamentos utilizados.

Não é possível, entretanto, ignorar o fato concreto, constatado na ação declaratória de nulidade de testamento, de que a testadora deu entrada num hospital em 17 de setembro de 2014, às 13h55, do mesmo dia em que teria declarado sua vontade perante a substituta do Tabelião de Notas, ou seja, poucas horas antes de sua internação e todas as demais complicações de saúde, a falecida foi levada ao cartório por sua filha, MARIA ALICE GUIMARÃES MOTTA NAKOGOMI.

Foi, também, mencionado na sentença declaratória da nulidade do testamento, que os prontuários médicos de três internações da falecida, elaborados ao tempo dos atendimentos hospitalares, constataram um quadro de demência de Alzheimer, nas três oportunidades. Foi, ainda, ressaltado pelo r. Juízo da 9ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central que o relatório médico elaborado na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) apontava o diagnóstico de demência moderada e uso de medicação (doneprezila) e a constatação de confusão mental e necessidade de medicação no momento do atendimento.

Tais fatos conduzem a uma situação de incerteza acerca do estado da testadora no momento da lavratura do testamento, sendo necessária a abertura da instrução processual, aplicado o artigo 370 do CPC de 2015 (correspondente ao artigo 130 do CPC de 1973), reconhecida a necessidade da colheita de elementos mais esclarecedores sobre os fatos controvertidos. Inexiste um mínimo de certeza para que um veredicto seja pronunciado, faltando elementos imprescindíveis à solução das questões litigiosas, os quais só poderão ser amealhados com da instrução e, mais propriamente, com a realização de audiência e com colheita da respectiva prova oral.

Acesso ao Sumário

A colheita de prova oral é ordenada, diante da conjuntura processual verificada e tendo em conta a necessidade de dar adequada solução à demanda, cabendo, neste ponto, reproduzir as palavras de Rogério Marrone de Castro Sampaio (A Atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno, Atlas, São Paulo, 2008, p.159-60), ao expor que: "A preponderância das garantias constitucionais da efetividade da jurisdição, do acesso a uma ordem jurídica justa e da igualdade substancial, reflexo de um sistema pautado pela socialização dos direitos, levou à relativização do princípio dispositivo. A realidade então

emergente se tornou incompatível com a passividade do magistrado em relação à atuação das partes na produção de provas. Se o ideal é a busca de uma decisão justa em que devem ser consideradas as efetivas desigualdades entre as pessoas, não interessa apenas às partes a produção das provas, mas também ao magistrado que delas depende para a formação de seu convencimento. Daí se conferir ao juiz amplo poder de direcionar a fase de instrução, determinando, de ofício, a produção das provas que entender essenciais à solução da lide."

No caso concreto, esta faculdade conferida ao Estado-Juiz, de ordenar provas tidas como necessárias, precisa ser utilizada, dado o grau de incerteza que paira sobre a conformação do conjunto fático posto nesta demanda, especialmente acerca do fato da capacidade de testar da falecida. É preciso aferir se uma pessoa que não detém conhecimentos médicos, conseguiria identificar o estado de saúde da falecida, ou seja, se ela demonstrava estar incapacitada de manifestar sua vontade no momento da subscrição do testamento.

Além disso, o próprio apelado, que obteve, em primeira instância, um veredicto favorável, pede a produção de prova pericial (fls.1169 e 1173).

Dessa forma, diante da situação retratada, é necessária a anulação da sentença, para que seja ouvida a perita Débora Pastore Bassitt, responsável pela elaboração do laudo pericial apresentado na ação declaratória de nulidade de testamento, o médico Luiz Sérgio Affonso de André Jr., cardiologista que acompanhava a falecida Laís de Barros Monteiro Samarão Guimarães, a fisioterapeuta Janaína Straube, que, também, acompanhava a falecida, e as testemunhas que presenciaram a lavratura da escritura.

A oitiva de tais testemunhas se mostra imprescindível, uma vez que as provas produzidas na ação de anulação de testamento não tiveram participação do réu em sua colheita. É preciso, assim, preservar o contraditório e a ampla defesa, remediando a incerteza reinante no processo.

Além de tais testemunhas, é preciso conferir, também, prazo para que as partes apresentem o rol das testemunhas que entenderem pertinentes para o deslinde da causa.

Assim, a anulação da sentença é a melhor medida no caso dos autos, a fim de que seja dado seguimento ao trâmite do processo, com a designação de audiência de instrução, debates e julgamento, para oitiva das testemunhas referidas, bem como para que seja conferindo prazo para que as partes apresentem seu rol de testemunhas, conforme já referido.

Dá-se, por isso, prejudicado o recurso, para anular a sentença recorrida, a fim de que seja designada audiência, viabilizando-se a colheita de prova oral, realizando-se regularmente a instrução, restando prejudicada a apreciação das questões postas no apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001482-46.2015.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que são apelantes/apelados MARIA CONCEIÇÃO DA SILVA CAZUZA (JUSTIÇA GRATUITA), FRANCISCO CAZUZA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e RUTE CAZUZA DA SILVA (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)), é apelado/apelante HOPI HARI S/A.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos da ré e proveram ao apelo dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.169)**

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

São Paulo, 4 de abril de 2018.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Serviço defeituoso. Menor exposta à ação de marginais em parque de diversões. Demanda reparatória (dano moral). Juízo de parcial procedência. Inteligência dos artigos 14, da Lei nº 8.078/90 e artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Apelo dos autores, provido. Recursos da ré (agravo retido e apelação), a que se nega provimento.

VOTO

RELATÓRIO

Tumulto em parque de diversões, expondo frequentadores, com constrangimento físico e subtração de pertences, incúria na tutela de meios de segurança atribuída à dona do empreendimento, abordagem reparatória, juízo de parcial procedência (fls. 279/281), apelaram as partes.

Ordem de interposição, autores buscam maior alcance condenatório.

Empresa, ré, renova a apreciação de agravo retido, com matéria preliminar (ilegitimidade passiva e relevância de prova pericial). No mérito, bate-se pela improcedência da demanda; subsidiariamente, pugna pela redução de disciplina por dano moral.

Respostas recursais, a fls. 332/343 e 344/357.

Parecer de ilustre Procurador de Justiça indica o provimento de apelo dos

Acesso ao Sumário

autores, desprovidos recursos interpostos pela ré (fls. 374/381).

Nesta instância, manifestaram-se as partes (fls. 385/819).

FUNDAMENTAÇÃO

Incúria atribuída à ré, à consideração de evento danoso ocorrido nas dependências de parque de diversões, de que é gestora, não há falar em ilegitimidade passiva, também não sendo o caso de delongar a instrução, para colheita de estudo pericial, distante a realidade fática, nas circunstâncias de tumulto ocorrido em setembro de 2014, expondo frequentadores do parque de diversões, vítimas de "arrastão", com agressões e roubo de pertences.

E a hipótese é de falha na prestação de serviço, sobretudo no resguardo da segurança de clientes, consumidores, à falta de melhor cautela, preventiva, também a atuar, com estrutura de vigilância, adequada, a conjurar risco de tumulto no interior do parque, a exemplo do que aconteceu, com indivíduos a praticar modalidade de "arrastão".

Risco da atividade, que lhe cabe assumir, a ré, apelante, não fez provar suposta culpa exclusiva de consumidores ou de terceiro, neste caso com o ônus de necessária identificação (artigo 14, da Lei nº 8.078/90 e artigo 927, parágrafo único, do Código Civil).

A propósito, correta a apreensão da magistrada da causa:

"A responsabilidade do estabelecimento réu decorre da obrigação de zelar pela segurança dos frequentadores do seu estabelecimento como prestador de serviços, de natureza objetiva, bastando a comprovação do fato, do dano e do nexo de causalidade" (fl. 280).

Acrescente-se oportuna observação de ilustre Procurador de Justiça:

"Na espécie não se tem a exclusividade da culpa dos terceiros, mas antes a concorrência com a ineficiência do serviço de segurança do parque – o funcionamento de tal serviço de segurança é imanente à prestação de serviços e corresponde à razoável expectativa de qualquer consumidor, notadamente quando se conduz menores ao interior do parque" (fl. 379).

Ainda, no relatório de inquérito policial, a autoridade, que o presidiu, fez consignar:

"Restou evidente no curso do inquérito que havia uma deficiência operacional no sistema de vigilância do parque uma vez que o corpo de seguranças foi subdimensionado para a demanda do parque. Depreende-se essa informação da leitura da ata de reunião realizada na Polícia Militar às fls. 144/150" (fls. 815).

Autores, expostos a amplo desgaste, fez-se oportuna condenação por dano moral.

Diante da gravidade do ilícito, também para que cumpra finalidade

Acesso ao Sumário

pedagógica, o arbitramento justifica majorar, de três mil para dez mil reais, no plano da autora, incapaz, e de mil e quinhentos reais para cinco mil reais, a ser compartido pelos genitores, mantida disciplina de acessórios, na linha da sentença.

Litigiosidade, a que deu causa, da ré a sucumbência exclusiva, do que lhe cabe responder pelas despesas processuais, nessa rubrica honorária de patrono dos autores, arbitrada em vinte por cento do valor da condenação, devidamente atualizada.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento a ambos os recursos da ré (agravo retido e apelação) e dou provimento ao apelo dos autores, nos limites acima explicitados.**

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1027050-24.2013.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MAURO LAINO, é embargado FUNDAÇÃO SAÚDE ITAÚ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.508)**

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

São Paulo, 1º de março de 2018.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Embargos declaratórios. Alegada contradição. Inocorrência. A contradição externa não autoriza a oposição dos embargos de declaração. Inconformismo proveniente de resultado desfavorável. Pretensão de rediscussão da matéria que extrapola o objeto do recurso em questão. Caráter infringente configurado. Prequestionamento. Hipótese em que

ainda assim os embargos devem observar os lindes traçados no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil. Embargos rejeitados.

VOTO

1. Embargos declaratórios opostos com base no v. acórdão de fls. 274/280, visando sanar contradição, pois segundo o STJ, há irregularidade de cobrança por faixa etária, tendo decidido pela aplicabilidade da faixa etária aos planos individuais e familiares, fazendo menção, ainda, ao artigo 31, da Lei 9.656/98 e artigos 47 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, transcrevendo inúmeros julgados. Conclui não concordar com a cobrança por faixa etária, já que não há previsão contratual. Afinal requer o acolhimento dos embargos, para que seja sanado o vício apontado, determinando ser irregular a cobrança por faixa etária, devendo a embargada comprovar na fase de cumprimento do processo, o custo integral do plano de saúde; prequestiona a matéria.

2. Os embargos são tempestivos, porém não merecem acolhimento.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a contradição ventilada em sede de embargos deve ocorrer no corpo do acórdão, não entre decisão de Tribunal Superior e o r. *decisum*.

"*A contradição externa, entre a conclusão do acórdão e elementos dos autos, não autoriza a oposição de embargos de declaração.*" (REsp 935.420/MT. Recurso Especial 2007/0.059.051-1. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. J. 02-06-2009)

"*A contradição que autoriza o manejo dos embargos é somente a interna ao acórdão, verificada entre os fundamentos que o alicerçam e a conclusão. A contradição externa não satisfaz a exigência do art. 535 do CPC para efeito de acolhimento dos aclaratórios. Precedentes.*" (EDcl no RMS 26.004/AM. Embargos de declaração no recurso em MS 2007/0.304.440-0. Ministro Castro Meira. Segunda Turma. J. 19-03-2009)

3. A via recursal dos embargos declaratórios - especialmente quando inocorrentes os pressupostos que justificam a sua adequada utilização - não pode conduzir, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, à renovação de um julgamento que se efetivou de maneira regular e cujo acórdão não se ressente de qualquer dos vícios da obscuridade, da omissão ou da contradição.

Com efeito, não se mostra viável, no contexto do artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão do resultado final.

No caso em exame constata-se que, na verdade, a irresignação do embargante é a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos

Acesso ao Sumário

infringentes, o que é incompatível com a natureza do presente recurso.

Oportuna a transcrição jurisprudencial:

"*Os embargos de declaração, a teor das disposições do art. 535 do Código de Processo Civil, são inviáveis quando inexiste obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada. 2. Não está o órgão julgador obrigado a responder a todos os argumentos expendidos em embargos declaratórios, como se tal recurso se prestasse para dar solução a uma série de questões arguidas pela parte recorrente que, sem demonstrar a presença dos vícios apontados, visa, simplesmente, à rediscussão do juízo do provimento jurisdicional. 3. O reexame de matéria já decidida, com a finalidade de que sejam conferidos efeitos infringentes ao julgado, é incompatível com a natureza integrativa dos embargos de declaração. 4. Embargos de declaração rejeitados.*" (EDcl no AgRg nos EDcl no CC nº 87263/RJ. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Seção. J. 11-05-2011).

Desta forma, o exposto pelo embargante caracteriza inconformismo proveniente de resultado desfavorável, contudo, insuficiente para a alteração do julgado nesta sede.

4. No que tange ao prequestionamento, a interposição de embargos declaratórios com o fim único de prequestionar a matéria revela-se de caráter procrastinatório e infringente. Não bastasse, é bom que se diga que o julgador não está obrigado a responder todas as questões das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Os embargos, neste caso, são inábeis para o objetivado prequestionamento de questões a serem submetidas a outra instância recursal. Prestam-se somente a esclarecer, se existentes, contradições, omissões e obscuridades no julgado, e não para adequar a decisão ao entendimento do embargante. Enfim, mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil (repita-se: obscuridade, contradição ou omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material).

Acesso ao Sumário

Ademais, não se exige, na matéria, a enumeração de dispositivos legais, conforme entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: "*Não padece de omissão o acórdão recorrido se o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, embora sem adentrar expressamente na análise de dispositivos de lei invocados pelo recorrente, notadamente porque o julgador não está adstrito a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que fundamente suas conclusões como entender de Direito.*" (REsp. 1.042.208. RJ. Ministra Nancy Andrighi.

Terceira Turma. J. 26-08-2008).

Sendo o mesmo posicionamento adotado por este E. Tribunal: "*Do mesmo modo, não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal, etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico.*" (Embargos de Declaração nº 147.433-1/4-01. São Paulo. Segunda Câmara Civil, citados nos Embargos de Declaração nº 199.368-1. J. Primeira Câmara. Relator Des. Guimarães e Souza).

Outrossim, mediante sua Corte Especial, o C. Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de lei em que se baseia o acórdão, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nºs 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP).

Isto porque a decisão deve conter fundamento jurídico e não necessariamente fundamentação legal, a saber: "*Recurso Especial - Ausência de prequestionamento. 1 - Em sede de recurso especial há necessidade do tema apresentado para discussão no juízo qualificado, ser prequestionado, quer implícita, quer explicitamente. 2 - Sem registro precedente nos autos da divergência jurisprudencial defendida como ocorrente, não há condições da matéria ser examinada em grau de recurso extremo. 3 - A atual carta magna, ao prestigiar o duplo grau de jurisdição, mantendo a tradição do nosso ordenamento jurídico a respeito, não abre lugar para que se adote qualquer posição processual que conduza a aceitação de ser suprimida a instância. Em assim sendo, o prequestionamento para o recurso especial, de acordo com os padrões aplicados pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, deve continuar a ser exigido como pressuposto de sua admissibilidade, sob pena de se impor, também, surpresa a parte contrária em um dos últimos momentos recursais da ação. 4 - 'Certo é que não se deve exigir o prequestionamento com muito rigor, pois, em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante as questões que possam ser conhecidas por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o seu rigor' (Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 'in' Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça), bem como, 'parece-me constituir exagero do formalismo a indicação expressa do artigo de lei, para aperfeiçoar-se o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido' (Ministro Costa Leite, in Recurso*

Acesso ao Sumário

Especial: admissibilidade e procedimento). 5 - Recurso especial conhecido." (STJ, Recurso Especial nº 294/89- SP, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado) (grifo nosso). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou nos recursos extraordinários nºs: 80.004-SE, 109.817-SP, 75.413-MG.

5. Com base em tais fundamentos, **rejeitam-se os embargos de declaração**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2143932-22.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DARCI MONTEIRO DA COSTA, é embargado EXMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DA 13ª CAMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11074)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente sem voto), THIAGO DE SIQUEIRA, LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, HERALDO DE OLIVEIRA, FRANCISCO GIAQUINTO e CARLOS ABRÃO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2018.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Ausência das hipóteses do artigo 1022 do CPC - Pretensão distanciada da finalidade de complementar, integrar ou esclarecer o teor do próprio julgado embargado - Caráter infringente evidenciado - Embargos de declaração rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

São embargos de declaração opostos ao v. acórdão (fls. 210/219) que, por votação unânime, negou provimento ao recurso.

O embargante sustenta a perda do objeto do recurso antes de seu julgamento, tendo em vista que houve a retratação da decisão que indeferiu a gratuidade processual nos autos principais (proc. nº 1030080-65.2016.8.26.0002).

É o relatório do essencial.

Os embargos de declaração se destinam a esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material existentes no corpo do julgado, quando não tiver sido apreciada matéria arguida nas razões apresentadas pelo recorrente ou quando as afirmações contidas em sua fundamentação forem desconexas ou incongruentes em relação ao dispositivo (CPC, art. 1.022).

Aqui, a Turma Julgadora apreciou as razões do apelo e os elementos dos autos em sua inteireza para, nos limites da insurgência, negar provimento ao recurso.

O embargante impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Des. Nelson Jorge Junior que, nos autos da ação de exibição de documentos (proc. nº 1030080-65.2016.8.26.0002), em sede de juízo de admissibilidade do recurso de apelação, determinou o recolhimento do preparo recursal em dobro, por não ser o recorrente beneficiário da gratuidade processual.

A petição inicial da ação mandamental foi indeferida e o processo extinto sem julgamento do mérito, por decisão monocrática proferida por este Relator, em razão da inexistência de ato coator e ausência de comprovação da efetiva ou iminente violação a direito líquido e certo. Esta decisão foi mantida pelo v. acórdão atacado.

O fato de ter havido a reconsideração da decisão nos autos principais, concedendo a gratuidade processual ao embargante, em nada interfere no v. acórdão recorrido.

O julgado não determinou o recolhimento do preparo recursal; simplesmente indeferiu a petição inicial do mandado de segurança impetrado contra ato do eminente Relator, em razão da ausência dos requisitos para sua impetração.

Portanto, descabem os presentes embargos declaratórios, diante da ausência das hipóteses do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **REJEITA-SE** os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2175349- 90.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante MARIA ANGÉLICA DE JESUS OLIVEIRA, é embargado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito

Acesso ao Sumário

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 25.362)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Presidente), ALBERTO GOSSON, MAIA DA ROCHA, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 7 de março de 2018.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Nítido caráter de rediscussão do tema. Sede inapropriada. Descumprimento do disposto no artigo 1.022 do CPC. Prequestionamento da matéria. Inadmissibilidade. Recurso de natureza restrita. Hipóteses de cabimento expressamente previstas no ordenamento jurídico. Rejeição.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão que, à unanimidade, julgou extinta a ação rescisória, sem resolução de mérito (fls. 674/683).

Argumenta-se que o V. Acórdão padece de omissão no tocante aos artigos 6º, inciso VIII, 39, incisos III e IV, 46, 51, inciso XV, parágrafo 1º, inciso II, do CPC; artigos 166, inciso II e VI, 186, 402, 927, 932, inciso III, do Código Civil e artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Justifica-se, ainda, o manejo do recurso dada a necessidade de prequestionamento dos dispositivos legais invocados.

É o relatório.

O brado não colhe.

Da leitura das razões recursais não se extrai pleito pelo esclarecimento de obscuridade, eliminação de contradição, tampouco omissão sobre ponto relevante a que o relator deveria ter se pronunciado, consoante dicção do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

O que se verifica, na hipótese, é a rediscussão de matéria fática, o que não é possível nesta seara.

Sabe-se, ademais, que os embargos de declaração não têm o condão de reavaliar a valoração feita aos fatos ou provas. Eles "**têm finalidade de complementar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridade ou contradições. Não tem caráter substitutivo da decisão**

Acesso ao Sumário

embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado" (Nery Júnior, Nelson e Andrade Nery, Rosa Maria de, Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC - Lei 13.105/2015, Revista dos Tribunais, 2015, p. 2120).

Do mesmo modo, é inadmissível o amparo da solicitação de prequestionamento da matéria, uma vez que os embargos de declaração possuem natureza restrita às hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico - artigo 1.022 do CPC.

Consigne-se a lição do Eminente Desembargador Campos Mello, pronunciada no Voto 32.873: "é irrelevante que a decisão embargada não tenha mencionado expressamente cada um dos dispositivos porventura invocados. Isso não constitui omissão sanável pelos declaratórios, pois que não há no ordenamento nenhum dispositivo que obrigue a Turma Julgadora a essa menção expressa. O que é preciso e foi observado é que todas as questões suscitadas sejam apreciadas e dirimidas com fundamentação suficiente".

Cabe anotar:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - VÍCIOS INEXISTENTES NO ARESTO – REJEIÇÃO. (TJSP; Embargos de Declaração 2001904-31.2017.8.26.0000; Relator: Matheus Fontes; Órgão Julgador: 11º Grupo de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2017; Data de Registro: 03/10/2017).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SITUAÇÃO PROCESSUAL QUE NÃO É NENHUMA DAS HIPÓTESES EXCEPCIONALÍSSIMAS QUE POSSIBILITAM A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES A ESTE TIPO DE RECURSO. EMBARGOS REJEITADOS. (TJSP; Embargos de Declaração 2226463-39.2015.8.26.0000; Relator: Alberto Gosson; Órgão Julgador: 11º Grupo de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2017; Data de Registro: 16/03/2017).

Embargos de declaração - Inexistência dos vícios apontados no art. 535, do CPC - Embargos manifestamente protelatórios - Inteligência do art. 538, do CPC - Embargos rejeitados - Decisão mantida. (TJSP; Embargos de Declaração 2173601-91.2015.8.26.0000; Relator (a): Ademir Benedito; Órgão Julgador: 11º Grupo de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/11/2016; Data de Registro: 09/11/2016).

Outrossim, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade" (artigo 1.025 do CPC).

Anota-se que a lide rescisória restou extinta, sem resolução de mérito, à míngua dos requisitos necessários para o ajuizamento da demanda.

Acesso ao Sumário

Portanto, não se encontra presente nenhuma das hipóteses insculpidas no artigo 1.022 do CPC na decisão verberada.

Por tais razões, rejeito os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1025414-24.2015.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que é embargante RONALDO FERREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado FERNANDO RODRIGUES BATISTA.

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 33.001)**

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

São Paulo, 10 de abril de 2018.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. Inexistência de vícios no aresto. Caráter infringente dos embargos, estranhos à sua função meramente integrativa do julgado. Prequestionamento explícito. Desnecessidade de menção expressa a dispositivos legais. Embargos rejeitados.

VOTO

São embargos de declaração contra o V. Acórdão que julgou o recurso de apelação, opostos por RONALDO FERREIRA DA SILVA com o propósito de sanar vícios que apontam em suas razões recursais.

O recorrente alega, em síntese, que o aresto padece de omissão, contradição e obscuridade, pois não atentou às matérias de ordem pública arguidas nos embargos à execução.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta em suas razões recursais, pede o provimento de seu recurso, inclusive para fins de prequestionamento da matéria debatida.

É o relatório.

1. Os embargos têm caráter manifestamente infringente e, portanto, devem ser rejeitados.

Tudo o que pretende o embargante é a desconstituição do ato decisório, substituindo-o por outro, mediante reapreciação das teses apresentadas no recurso originário.

Como é elementar, não se admitem embargos declaratórios com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a substituição da decisão recorrida por outra. Lembre-se que não se trata e nem se agita a questão de erro material evidente do acórdão, ou manifesta nulidade, que permitiriam, em casos excepcionais, a inversão do julgado.

Objetiva o embargante, na verdade, instaurar nova discussão sobre controvérsias já apreciadas pelo aresto, o que não se admite **(cfr. RTJ 154/223, 155/964, 30/412)**.

Basta ler o julgado para verificar que a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. O Acórdão deixou claras as razões para manutenção da r. Sentença de indeferimento da petição inicial. Confira-se:

"*2. Em rigor, seria caso de não conhecimento do recurso, uma vez que o embargante não impugnou especificamente o fundamento da Sentença.*

Seja como for, afigura-se correto o indeferimento da petição inicial.

De acordo com o art. 283 do CPC/1973, vigente à época dos fatos, 'a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação'.

Caso o embargante não os providencie, passa-se à providência do art. 284 seguinte, consistente na concessão de prazo para apresentação dos documentos faltantes sob pena de indeferimento da petição inicial.

A regra foi reproduzida quase literalmente pelos artigos 320 e 321 do CPC/2015, com pequena modificação relativa ao prazo para sanar a omissão do documento indispensável, que passou a ser de 15 dias.

No caso, o embargante não apresentou a certidão de juntada do mandado citatório devidamente cumprido, mesmo depois de intimado a fazê-lo em dez dias sob pena de extinção (fl. 53).

O embargante chegou a emendar a petição inicial (fl. 56), mas não providenciou a cópia do mandado.

Note-se que o despacho foi publicado em 07 de novembro de 2.015 (fl. 55), de modo que o embargante teve nada menos de sete meses para adotar a providência, visto que a sentença de extinção foi proferida em 09 de junho de 2.016.

Nessas condições, não restava alternativa ao indeferimento da petição inicial, uma vez que a prova de tempestividade dos embargos que o embargante

Acesso ao Sumário

omitiu reiteradamente é documento indispensável (...).

Cumpre destacar que a providência cabia especificamente ao embargante, não ao Juízo ou à parte contrária. É elementar que o devedor, se quiser impugnar a execução, deve demonstrar a tempestividade dos embargos. Se preferiu reiteradamente omitir o documento, deve arcar com a rejeição da petição inicial".

Está absolutamente claro no julgado que o indeferimento da petição inicial era a única medida possível, diante da insistente omissão do embargante em providenciar os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Pouco importa se a petição inicial veiculava preliminares envolvendo matéria de ordem pública, cognoscíveis de ofício. Se a peça não chegou a ser admitida, inviável a análise das preliminares ali veiculadas. Ademais, a existência de nulidades insanáveis pode ser arguida por simples petição na execução.

3. Por fim, deve ser rechaçada a alegação de omissão no julgado decorrente da falta de menção expressa a vários dispositivos legais.

Evidente não se prestar o julgado a responder verdadeiro questionário elaborado pela parte, muito menos há necessidade de apontar cada artigo de lei, ou precedentes dos tribunais, a respeito de todos os aspectos e pontos abordados.

Não se exige enumeração de dispositivos legais, pois "não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa substituição de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico" (**Embargos de Declaração nº 147.433-1/4-01, São Paulo, 2ª Câmara Civil, citados nos Embargos de Declaração nº 199.368-1, julgado pela 1a Câmara, Relator Desembargador Guimarães e Souza**).

Como é cediço, "para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial" (**RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras**).

Acesso ao Sumário

4. Como se vê, o aresto não padece de qualquer vício passível de saneamento, razão pela qual não há como utilizar os embargos de declaração - recurso de integração - como recurso atípico de substituição.

Ao que parece, deseja o embargante, a todo custo, inverter o resultado do julgamento, olvidando-se, porém que os embargos de declaração não se destinam a tal fim.

Se discorda o recorrente da conclusão do V. Acórdão, a questão é diversa,

a ser dirimida em vias próprias.

Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2229637-85.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes MANOEL DAVID AFFONSO JANKOPS (INVENTARIANTE), JOELITA AFFONSO JANKOPS (ESPÓLIO) e LENITA JANKOPS GRANDOLFO, é embargado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(VOTO nº 22339)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente sem voto), JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA e DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO.

São Paulo, 12 de abril de 2018.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Contradição - Inocorrência - Análise de todos os temas expostos nos autos - Pretensão de rediscussão da questão de fundo e modificação do decidido - Nítido caráter infringente - Impossibilidade - Objetivo de prequestionamento visando ao acesso aos Tribunais Superiores, hipótese que não autoriza o acolhimento dos embargos - EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por JOELITA AFFONSO JANKOPS (ESPÓLIO) E OUTROS contra o acórdão de fls. 1.106/1.109, que indeferiu liminarmente a ação rescisória ajuizada pelos embargantes.

Sustentam os embargantes que há contradição do v. acórdão com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo ser sanada também para prequestionar a matéria.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A fundamentação explanada no v. Acórdão é suficientemente clara para se constatar que os temas de relevância foram enfrentados e discutidos, restando suficientemente claras as razões do indeferimento liminar da inicial, não se vislumbrando qualquer contradição.

Cabe ressaltar que os elementos dos autos são suficientes para a análise de todas as questões postas pelas partes, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todas as alegações, mormente quando o embargante nada traz de novo para acrescentar ou modificar o já decidido.

A esse respeito, já houve deliberação do colendo Superior Tribunal de Justiça: "*O julgador não tem o dever de discorrer esgotadamente sobre os regramentos legais existentes e nem está obrigado a responder a todos os questionamentos das partes se já encontrou motivo suficiente para fundamentar a sua decisão. Ausência de omissão a viciar o julgamento de segundo grau. Violação ao art. 535, II, do CPC que se repele.*" (REsp n° 614.042-0-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 22.2.2005).

Fica nítida a pretensão recursal em rediscutir o tema de fundo e, de conseguinte, na modificação do expressamente decidido, evidenciando o caráter infringente desses Embargos de Declaração.

Nesse sentido: "*Os embargos de declaração são recurso de natureza singular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 535), não se prestando a corrigir decisão supostamente errada, nem lhe sendo, em regra, característico o efeito modificativo" (STJ, EDAGA n.º 273.930/SP, DJU de 8/10/01, rel. Min. Castro Filho).*

Por fim, os embargantes lançam mão do presente expediente para prequestionar matéria infraconstitucional, visando à eventual interposição de recurso perante as Instâncias Superiores. Entretanto, tal conduta não autoriza o acolhimento dos embargos, pois ausentes os requisitos do art. 1.022, CPC/2015.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito os embargos declaratórios.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1078482-14.2015.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante LPS BRASIL - CONSULTORIA DE IMÓVEIS S/A, é embargado FELIPE GIRALDI MENDES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Acolheram os embargos e reconheceram a nulidade da citação, com a conversão do julgamento em diligência para a regular citação do requerido a responder ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39020)**

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

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

ARTUR MARQUES, Relator

Ementa; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE EQUIVOCADAMENTE RECONHECIDA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Demonstrada, pelo embargante, a tempestividade do recurso interposto, de rigor o acolhimento dos aclaratórios para a correção do erro material que levou ao não conhecimento do recurso de apelação.

APELAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO COM BASE NO DISPOSTO NO ART. 285-A DO CPC/73. RECONHECIMENTO, CONTUDO, DA NULIDADE DA CITAÇÃO POR CARTA. REQUERIDO QUE DEVERÁ SER REGULARMENTE CITADO PARA RESPONDER AO RECURSO.

2. O art. 285-A do CPC/73, vigente à época, autorizava o julgador monocrático a dispensar a citação e proferir a sentença de improcedência, reproduzindo o teor de outras anteriormente prolatadas, nos casos em que a matéria controvertida fosse unicamente de direito, o que afasta a nulidade alegada.

3. O pedido alternativo, contudo, encontra óbice na nulidade da citação do requerido para responder o recurso interposto pelo ora apelante. Isso porque a carta citatória foi recebida por terceiro, não pelo citando, a atrair a incidência do disposto no art. 248, § 1º, do CPC/15.

4. Julgamento convertido em diligência para que se proceda à citação do requerido para responder ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos por **LPS BRASIL - CONSULTORIA DE IMÓVEIS S/A** contra o acórdão de fls. 194/196, que não conheceu a apelação interposta em função de intempestividade.

Alega a embargante que a apelação deve ser conhecida e julgada em função de equívoco na contagem do prazo para a interposição do recurso, que seria tempestivo.

É o relatório.

2. Assiste razão à embargante quanto ao erro material apontado. Foi demonstrada, pela embargante, a tempestividade do recurso interposto, sendo de rigor o acolhimento dos aclaratórios para a correção do erro material que levou ao não conhecimento do recurso de apelação.

Insta frisar, a respeito da petição da embargante, que o julgador, como qualquer pessoa, está sujeito a cometer equívocos, e este relator, bem como os demais membros desta Câmara, nunca se furtaram a admitir os equívocos cometidos, não sendo prática o compromisso com o erro.

Assim, a despeito das desnecessárias virulência e indelicadeza utilizadas na petição dos presentes embargos, roga-se ao embargado que aceite as escusas pelo equívoco, que ora resta devidamente sanado.

Com o acolhimento dos embargos, e reconhecida a tempestividade da apelação interposta, passa-se ao seu julgamento, vez que o requerido, ora apelado, teve oportunidade de apresentar contrarrazões ao presente recurso e não o fez.

3. A apelante ingressou com a presente ação de cobrança em face do recorrido pleiteando receber valores referentes a serviço de corretagem, alegando que houve a conclusão e o resultado útil do negócio entre o comprador e o vendedor, tendo o réu se comprometido ao pagamento de comissão pelo serviço.

A r. sentença de fls. 66/72 julgou improcedente o pedido formulado, com fundamento nos arts. 269, I, e 285-A, do CPC/73, por considerar que a questão envolvia unicamente matéria de direito, e que estaria pacificada nos Tribunais Superiores.

Em suas razões recursais a apelante pugna pela anulação da r. sentença em função de alegado cerceamento de defesa, ou, alternativamente, que o pedido inicial fosse julgado procedente.

A nulidade alegada não ocorreu.

Isso porque o art. 285-A do CPC/73, vigente à época, autorizava o julgador monocrático a dispensar a citação e proferir a sentença de improcedência, reproduzindo o teor de outras anteriormente prolatadas, nos casos em que a matéria controvertida fosse unicamente de direito.

O pedido alternativo, contudo, encontra óbice na nulidade da citação do requerido para responder ao recurso interposto pelo ora apelante. Isso porque a carta citatória foi recebida por terceiro, não pelo citando, a atrair a incidência do disposto no art. 248, § 1º, do CPC/15.

Assim, para se evitar futuras alegações de nulidade, deverá o requerido ser regularmente citado para responder ao presente recurso nos termos da lei.

4. Ante o exposto, **acolhem-se os embargos e reconhece-se a nulidade da citação, com a conversão do julgamento em diligência para a regular citação do requerido a responder ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1001538-06.2014.8.26.0132/50000, da Comarca de Catanduva, em que é embargante MARILDA CANDIDO DE ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA), são embargados HOSPITAL PADRE ALBINO e HOSPITAL EMILIO CARLOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.432)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 2 de março de 2018.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Cabimento de embargos de declaração nas hipóteses do artigo 1.022 do CPC. Honorários sucumbenciais recursais fixados em favor do réu-apelante. Sentença de procedência que determinou a exibição de documentos sob pena de presunção de veracidade. Apelo do réu para afastamento apenas da presunção de veracidade e não da obrigação em si. Apelo provido. Não se trata de omissão, mas contradição com o resultado final da lide. Apesar do réu-apelante ter obtido pleno êxito no apelo, não houve alteração do resultado da lide. A autora-apelada permaneceu vitoriosa. Acolhimento dos

Acesso ao Sumário

embargos. Reconhecimento da contradição entre a fixação de honorários em favor do ré-apelante e o resultado da lide. Afastamento dos honorários recursais e manutenção da sucumbência fixada em sentença. EMBARGOS ACOLHIDOS.

VOTO

I - Relatório

Trata-se de embargos de declaração interpostos por Marilda Candido de Andrade em face do acórdão proferido nos autos do Processo nº 1001538-06.2014.8.26.0132, que, por votação unânime, **deu provimento** à apelação, "*para afastar a pena de presunção de veracidade. Fixados os honorários sucumbenciais recursais, em favor do patrono da Apelante, em 10% (dez por cento), sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§2º e 11, do CPC, a serem arcados pela Apelada, respeitados os benefícios da gratuidade da justiça*".

O acórdão foi disponibilizado no DJe de 30/10/2017 (fls. 237).

Recurso tempestivo.

Alega a Embargante que sucumbiu em parte mínima do pedido porque o Embargado foi condenado a apresentar os documentos pleiteados e apenas os pedidos secundários, de astreintes e presunção de veracidade, que visavam o cumprimento da obrigação, não foram deferidos.

Pleiteia que seja sanado a omissão da não aplicação do art. 86, parágrafo único, do CPC, para que a sucumbência recursal fixada em favor do Embargado seja afastada. Por fim prequestiona a ofensa ao art. 86, parágrafo único, do CPC.

Em cumprimento ao art. 1.023, §2º, do CPC, o Embargado foi intimado a manifestar-se e pleiteou a rejeição dos declaratórios.

É a síntese do necessário.

II - Fundamentação

Os embargos de declaração têm previsão no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, revelando-se via processual que tem como objetivo esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento ou corrigir erro material.

A Embargante alega que houve *omissão* pela não aplicação do art. 86, parágrafo único, do CPC.

Assiste razão parcial à Embargante. Apesar do Embargado (réu/apelante) ter obtido pleno êxito em seu recurso, não houve alteração do mérito da sentença, apenas o afastamento da pena de presunção de veracidade, que foi aplicada com intuito de compelir o Embargado ao cumprimento da obrigação imposta em

Acesso ao Sumário

sentença.

Portanto, ao fixar honorários recursais em favor do Embargado, que não recorreu da obrigação de apresentar o documento, mas apenas pleiteou o afastamento da presunção de veracidade em caso de descumprimento dessa obrigação, acabou por ocorrer *contradição* com o resultado final obtido na lide, eis que a Embargante (autora/apelada) restou vencedora.

A aplicação de astreinte, presunção de veracidade ou busca e apreensão, no caso de exibição de documentos, são apenas formas de compelir a parte a cumprir a obrigação imposta, que é o objeto da lide.

Logo, necessário eliminar a contradição constatada para consignar que apesar do Embargado ter obtido pleno êxito em seu apelo, permaneceu sucumbente na lide, motivo pelo qual era de rigor manter a sucumbência fixada em sentença.

III - Conclusão

Diante do exposto, pelo meu voto, conheço e **acolho os embargos de declaração** para sanar a contradição e afastar os honorários sucumbenciais recursais fixados no julgamento da apelação e manter a sucumbência fixada em sentença, nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC.

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2014424-86.2018.8.26.0000, da Comarca de Rio das Pedras, em que é requerente BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A, é requerido MURILLO LOBO & ADVOGADOS ASSOCIADOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.179)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente), AZUMA NISHI, FORTES BARBOSA, RICARDO NEGRÃO, ALEXANDRE LAZZARINI e MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 12 de março de 2018.

CLAUDIO GODOY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Tema relativo à concursalidade, ou não, de créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis ou alienação fiduciária de bens fungíveis. Juízo de admissibilidade. Requisitos ausentes. Falta de propósito voltado a assentar a uniformidade de entendimento sobre matéria de legislação ordinária. Ausência, ainda, de resultado eficaz que preserve o fim último e prioritário do incidente. Circunstâncias de fato que reforçam a conclusão. Rejeição da instauração.

VOTO

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado em autos de agravo de instrumento (AI n. 2009659-72.2018.8.26.0000), visando a fixação de tese, cujo debate se afirma vir-se repetindo em demandas idênticas, sobre se concursal ou não o crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis ou alienação fiduciária de bens fungíveis constante de instrumento não levado a registro. Argumenta o Banco requerente que as duas Câmaras de Direito Empresarial possuem, a respeito, entendimentos opostos, inclusive a despeito dos precedentes, sempre no mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça, o que vem causando insegurança jurídica e risco à isonomia, tornado lotérico o resultado, conforme a distribuição do recurso. Pretende se assente a orientação, como da Corte Superior, no sentido da desnecessidade de registro para a extraconcursalidade, lembrando que a norma de regência, no caso, não é o CC, mas sim a Lei 4.728/95 (art. 66-B), que não impõe este requisito. Pretende, por fim, a suspensão dos feitos em andamento a respeito e, em especial, do agravo em que suscitado o incidente e em que havida ordem de devolução de mais de setecentos mil reais retidos.

É o relatório.

Não se entende reúna o incidente condição de admissibilidade.

Como é sabido, instituiu-se com a novel legislação processual instrumento (mais um) de racionalização do sistema, no caso mediante a imposição de "*uniformidade na jurisprudência, dando sentido prático ao princípio da isonomia e à necessidade de previsibilidade, criando segurança jurídica.*" (**Teresa Arruda Alvim Wambier *et al*, Primeiros Comentários, RT, 2105, p. 1396**)

Pois já aqui não se deixa de ponderar, na esteira da advertência de Araken de Assis, que "*o incidente de resolução de demandas repetitivas compete a todos os tribunais. Por isso, a suspensão dos processos.*"; mas, continua o

Acesso ao Sumário

autor, "*cuidando-se de questão federal e de questão constitucional a primazia é, respectivamente, do STJ e do STF. Não convém, em princípio, tribunais inferiores formular precedente efêmero, superado posteriormente pelo tribunal superior. Em princípio, o incidente do art. 976, no âmbito da Justiça Comum, já de respeitar o direito local (estadual, distrital e municipal). Esse é o ponto a ser dirimido pelo uso do instituto*" **(Araken de Assis, *Manual dos Recursos*, 8ª ed., RT, 2016, item 34.8.5.1, p. 463)**.

Porém, ainda não se iniba a suscitação local, de todo modo há consideração concreta que se deve fazer e que vai de encontro à uniformização preconizada e que, segundo defende a inicial, já se estabeleceu no âmbito da Corte Superior.

É que, neste Tribunal, como se sabe, há duas Câmaras Reservadas, com competência para exame da matéria. E, de fato, na 1ª Câmara prevalece o entendimento ainda no sentido da necessidade de registro para que a garantia fiduciária de recebíveis determine a extraconcursalidade do crédito a que se refere (v.g. **AI n. 2209311-07.2017.8.26.0000, Rel. Hamid Bdine, j. 18/01/2018; AI n. 2190992-88.2017.8.26.0000, Rel. Carlos Dias Mora, j. 18/12/2017; AI n. 2054061-78.2017.8.26.0000, Rel. César Ciampolini, j. 08/11/2017; AI n. 2093019-36.2017.8.26.0000, Rel. Fortes Barbosa, j. 03/08/2017; AI n. 2029569-22.2017.8.26.0000, Rel. Francisco Loureiro, j. 17/05/2017; AI n. 2138902-40.2016.8.26.0000, Rel. Teixeira Leite, j. 30/11/2016**).

Todavia, ao contrário do que se deduz na suscitação, no âmbito da 2ª Câmara o entendimento contrário, pela desnecessidade do registro, na senda dos precedentes citados da Corte Superior (v.g. **STJ, Resp. n. 1.412.529-SP, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/12/2015; Resp. n. 1.559.457-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/12/2015**), não é unânime. Há precedentes no mesmo sentido da 1ª Câmara (v.g. **AI n. 2097300-06.2015.8.26.0000, Rel. Ricardo Negrão, j. 11/04/2016; AI n. 2178475-56.2014.8.26.0000, Rel. Araldo Telles, j. 16/12/2015**), representativos fundamentalmente do posicionamento de dois de seus membros que não aderiram à tese defendida pela requerente, realmente adotada em outros precedentes relatados pelos demais membros da Câmara (**AI n. 2069184-19.2017.8.26.0000, Rel. Alexandre Marcondes, j. 30/01/2018; AI n. 2110013-42.2017.8.26.0000, Rel. Designado Cláudio Godoy, j. 27/11/2017; AI n. 2174869-15.2017.8.26.0000, Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 18/12/2017; AI n. 2207394-84.2016.0000, Rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 25/09/2017**).

Tal o que se realça para demonstrar que, pela composição e posição dos membros das Câmaras e, claro, a persistirem em seus convencimentos, a finalidade de assentamento da jurisprudência não se alcançará de modo a atender o objetivo final de uniformização da legislação federal que, fundamentalmente, cabe ao C. Superior Tribunal de Justiça, segundo defende o requerente de quem já emanada orientação consolidada, mas no sentido contrário ao da maioria

Acesso ao Sumário

dos integrantes das Câmaras Reservadas. E isto, ademais, muito embora na essência mencionados arestos de uma das duas turmas da Corte Superior, com competência para a matéria, num caso sem unanimidade.

Bem por isso, para o caso e conforme a tese do requerente torna-se à observação acima no sentido de que mais se amolda à pretensão veiculada provocação que se dê diretamente na Corte Superior.

E anote-se que a ressalva avulta quando se constata necessariamente envolvido no incidente uma avaliação prudencial do Tribunal, assim de sorte a aquilatar os potenciais reflexos da decisão que venha a tomar. Aqui de confronto - então unificado - com posição que em princípio se defende assentada na Corte Superior e de função unificadora da interpretação da legislação ordinária. E isso já não fosse a observação de que citados, basicamente, dois arestos de uma das turmas do STJ (o terceiro precedente citado não se conforma exatamente à discussão)

Seja como for, num caso ou noutro calha a ponderação de Bruno Dantas, de que, "*na admissibilidade, além do exame técnico sobre a existência da questão de direito repetitiva, o tribunal realiza juízo político consistente em avaliar a conveniência de se adotar naquele momento cronológico a decisão paradigmática* **(Bruno Dantas, *Breves Comentários ao Novo CPC, Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier et al*, RT, 2105, p. 2180)**.

Mas ainda não é só, valendo também a propósito realçar que, a recrudescer o quadro, há cadeiras vagas nas Câmaras Reservadas locais, portanto cuja atual composição não está completa. Duas cadeiras, uma em cada Câmara, estão em concurso de provimento, portanto a que acorrerão novos julgadores que, decerto, deverão maturar e se posicionar sobre a questão, ademais dos precedentes que ainda virão na Corte Superior, por suas duas turmas.

Mas igualmente se colhe da doutrina a ressalva de que "*é necessária uma maturação no debate jurídico a respeito da questão jurídica para que só então seja instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas.*" **(Daniel Amorim Assumpção Neves, *Novo CPC Comentado*, Ed. JusPodium, 2016, p. 1594)**.

Enfim, considerando que "*não há direito subjetivo à instauração do incidente*" e que cabe ao Tribunal "*certa discrição no exame do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*. (**José Maria Rosa Tesheiner e Daniele Viafore de Oliveira, *Comentários ao CPC, Coord.: Angélica Arruda Alvim et al*, Saraiva, 2016, p. 1129**), não se entende na espécie atendido o requisito próprio e finalístico à instauração, frise-se, muito menos ainda voltada primariamente a resolver pendência concreta e emergencial que, na sede própria e individual, se haja de enfrentar, assim acerca da devolução de valores a que obrigado o requerente.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **REJEITA-SE** a instauração do presente incidente de resolução de demandas repetitivas.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2233756-26.2016.8.26.0000, da Comarca de Bilac, em que é autor ALCIR BASTOS SARAUZA, é réu MUNICÍPIO DE GABRIEL MONTEIRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo 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 43.531)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, RICARDO ANAFE, J. M. RIBEIRO DE PAULA, SOUZA MEIRELLES, ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2018.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: Ação Rescisória. Alegação de que a demanda foi julgada por juízo absolutamente incompetente (artigo 966, inciso II, parte final, do CPC de 2015). Servidor público admitido sob o regime estatutário do Município de Gabriel Monteiro, mas submetido ao sistema previdenciário social geral, que foi desligado do cargo de vigia noturno, pertencente ao quadro de pessoal da Prefeitura, porque obteve a aposentadoria do INSS. Pretensão de reintegração no cargo público. Ação julgada improcedente nas duas instâncias da Justiça Comum Estadual. O órgão de primeira instância da Justiça do Trabalho já declarou não ser competente para apreciar a demanda. Não obstante o autor estivesse sujeito ao INSS no que diz respeito à seguridade previdenciária, seu vínculo funcional com o Município era, eminentemente, de natureza estatutária, não celetista, pois estava

Acesso ao Sumário

submetido ao regime da Lei Municipal nº 356/73, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Gabriel Monteiro. A matéria versada no feito é administrativista, não diz respeito a direito reconhecido na CLT. Destarte, o litígio foi corretamente examinado e dirimido pela Justiça Comum Estadual, que é competente em razão da matéria.

Ação rescisória improcedente.

VOTO

Cuida-se de **ação rescisória** ajuizada por Alcir Bastos Sarauza sob a alegação de que a demanda que moveu contra o Município de Gabriel Monteiro, visando à reintegração no cargo do qual foi desligado em virtude da obtenção de aposentadoria pelo INSS, foi julgada por juízo absolutamente incompetente, hipótese prevista no artigo 966, inciso II, parte final, do Código de Processo Civil de 2015, aventando que a causa deveria ser de competência da Justiça do Trabalho, não da Justiça Comum.

Recebida a inicial, foi determinado o processamento do feito.[1]

O réu apresentou contestação.[2]

É o relatório.

O autor foi admitido em 2004, como Vigia Noturno, sob o **regime estatutário** do Município de Gabriel Monteiro, embora fosse submetido ao **sistema previdenciário geral**.

Em 2013, contudo, obteve a **aposentadoria p**elo INSS, condição que motivou o seu desligamento do cargo público, pertencente ao quadro de pessoal da Prefeitura.

Inconformado, ingressou com ação contra o réu pretendendo a sua reintegração no cargo público.

Sucede que a demanda foi julgada improcedente **nas duas instâncias da Justiça Comum Estadual.**

A sentença de improcedência da ação proferida pelo juízo de primeiro grau [3] foi confirmada por este E. Tribunal.[4]

1 Fls. 124, decisão proferida pelo I. Des. VENÍCIO SALLES, componente do 6º Grupo de Câmaras e que me antecedeu na respectiva cadeira.

2 Fls. 129-139.

3 Fls. 118-122, da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. JOÃO ALEXANDRE SANCHES BATAGELO, da Comarca de Bilac, proferida em 13/10/2014.

4 Fls. 97-103, Apelação nº 0005475-12.2014.8.26.0077, 13ª Câmara de Direto Público, Rel. Des. SOUZA MEIRELLES, julgado em 22/06/2016.

Acesso ao Sumário

Postula, agora, seja rescindido esse julgamento sob o argumento de que a Justiça Comum Estadual era incompetente para proferi-lo.

Sem razão, no entanto.

Cumpre notar que o órgão de primeira instância da **Justiça do Trabalho** já havia declarado **não ser da sua competência** apreciar e julgar a demanda, motivo pelo qual na pertinente sentença constou determinação de remessa dos autos para a Justiça Comum Estadual, notadamente para a Comarca de Birigui.[5] No que agiu corretamente.

Ora, não obstante o autor estivesse sujeito ao sistema previdenciário geral, tendo, por essa razão, obtido aposentadoria junto ao Instituto Nacional de Seguro Social, seu **vínculo funcional com o Município** era, eminentemente, de **natureza estatutária**, pois estava submetido ao regime da Lei Municipal nº 356/73, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Gabriel Monteiro.

Portanto, não resta dúvida de que o autor **não se submetia ao regime celetista.**

Ademais, a matéria versada no feito é administrativista, não diz respeito a direito reconhecido na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Destarte, **o litígio foi corretamente examinado e dirimido pela Justiça Comum Estadual**, que é competente em razão da matéria.

Sendo assim, não se vislumbra fundamento para o acolhimento da ação rescisória, ausente a hipótese aventada de julgamento por juízo absolutamente incompetente de que trata o artigo 966, inciso II, parte final, do Código de processo Civil de 2015, *in verbis*:

> *"Art. 966. **A decisão de mérito**, transitada em julgado, **pode ser rescindida** quando:*
>
> *(...)*
>
> *II – for proferida por juiz impedido ou **por juízo absolutamente incompetente**;"* (grifei).

Destarte, a presente ação rescisória carece de respaldo legal para o propósito almejado, sendo patente a sua improcedência.

Em tais circunstâncias, meu voto orienta-se no sentido de julgar improcedente a ação rescisória, o que proponho seja decretado pela E. Turma Julgadora.

Acesso ao Sumário

5 Fls. 92-95, da lavra do MM. Juiz do Trabalho Dr. ALEXANDRE FRANCO VIEIRA, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2014083-60.2018.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é recorrente ELIS REGINA FRANCO DA SILVA, é recorrido MUNICÍPIO DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram a petição inicial, por falta de interesse processual (art. 330, inciso III, do CPC de 2015) e julgaram extinto o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do CPC/2015, determinando-se o cancelamento da distribuição da presente ação rescisória, nos termos do art. 290 do CPC/2015. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.806)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente), PAULO DIMAS MASCARETTI, MOREIRA DE CARVALHO, CARLOS EDUARDO PACHI, REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 1º de março de 2018.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – ACÓRDÃO – A situação narrada pela autora não se subsume à nenhuma das hipóteses de cabimento da Ação Rescisória (art. 966 do CPC de 2015) – A autora, na exordial, sequer aponta o dispositivo legal impugnado (inserido nos incisos e parágrafos do art. 966, do ordenamento processual), para buscar a rescisão do julgado – A rescisória não serve para apreciar a justiça ou injustiça da decisão, mas apenas para expurgar do mundo fático decisão acoimada pelos vícios previstos em lei para tão grave desconstituição (que discute a validade de decisão transitada em julgado, pedra angular da segurança jurídica) – JUSTIÇA GRATUITA – CONCESSÃO – Os documentos de fls. 8/15 comprovam que a autora não teria como arcar com as custas, despesas processuais, bem como com o depósito prévio de 5% sobre o valor da causa, previsto no art. 968, do CPC de 2015 – Indeferimento, por falta de interesse processual (art. 330, inciso III, do CPC de 2015) e julga-se extinto o processo sem resolução

Acesso ao Sumário

do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do CPC/2015, determinando-se o cancelamento da distribuição da presente ação rescisória, nos termos do art. 290 do CPC/2015.

VOTO

Trata-se de **ação rescisória** proposta pela **Advogada Elis Regina Franco da Silva (em causa própria), com pedido de tutela provisória de urgência**, contra a **Municipalidade de Araçatuba/SP**, objetivando desconstituir o v. acórdão proferido nos autos do **Agravo de Instrumento nº 2193647-33.2017.8.26.0000 (fls. 26/29)**, interposto contra decisão que, nos autos de Impugnação ao Cumprimento de Sentença, julgou **procedente a impugnação**, homologando o cálculo apresentado pelo Município, **condenando o impugnado, Ademir José da Costa**, ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R$ 200,00, por equidade.

Alega ser interessada, pois patrocinou a causa originária e foi afetada com a sentença de primeiro grau e respectivo acórdão (art. 967 e incisos do CPC de 2015), que não conheceu do agravo de instrumento, fixando verba honorária de R$ 200,00 ao impugnado.

Relata que na ação ordinária, o Município foi condenado a pagar R$ 500,00 de honorários recursais aos advogados de Ademir José da Costa (**Apelação nº 1013185-70.2015.8.26.0032** -fls. 167). Com o início da execução (fls. 16/23), a Municipalidade ofereceu impugnação, alegando que a hipótese não incidia juros de mora. O exequente concordou com os cálculos apresentados pela Municipalidade (cálculos que apuraram um excedente de R$ 61,87), e, em função disso, a impugnação foi julgada procedente em face do advogado Ermenegildo Nava, e pela sucumbência, este último foi condenado a pagar honorários de R$ 200,00 (fls. 24/25).

O exequente, Ademir José da Costa, interpôs **o Agravo de Instrumento nº 2193647-33.2017.8.26.0000**, para que fosse reconhecido ser parte vencedora na execução, pleiteando, ainda, redução em 50% no valor da honorária recursal arbitrada, sujeitando-se a execução dos honorários às regras do art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

Referido Agravo de Instrumento não foi conhecido, por ilegitimidade ativa de parte (fls. 27/29), decisão que transitou em julgado em 11/12/2017 (fls. 33).

A recorrente busca a rescisão da sentença e respectivo acórdão proferidos nos autos da Impugnação, asseverando que o recurso deveria ter sido conhecido, negado ou provido.

Sustenta a necessidade do **deferimento da tutela de urgência, para**

Acesso ao Sumário

a suspensão do cumprimento da decisão proferida no cumprimento da sentença, pois a Municipalidade, a qualquer tempo, poderá exigir dos advogados da ação originária, o pagamento dos honorários recursais fixados na execução, evidenciando risco de dano irreparável. Requer a procedência da ação rescisória, para que seja declarada a nulidade da r. sentença e do v. acórdão, concedendo-se oportunidade para que as partes se manifestem novamente, para que, ao final, haja novo julgamento desacolhendo a impugnação do Município.

Pede, por fim, os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, dispensando-se o depósito da importância de 5% sobre o valor da causa, pois limita- se ao exercício da Advocacia pelo Convênio OAB/Defensoria Pública, sendo, comprovadamente, pobre na acepção jurídica do termo, sem condições de arcar com as custas e despesas processuais.

É o relatório.

Pretende a autora a rescisão do v. acórdão copiado a fls. 26/29, proferido pelo eminente Des. Moreira de Carvalho, que, por votação unânime, "não conheceram do recurso" de Agravo de Instrumento nº 2193647-33.2017.8.26.0000, interposto por Ademir José da Costa, para que fique consignado nos autos de impugnação ao cumprimento de sentença, ser ele a parte vencedora na ação de conhecimento, e para a redução em 50%, do valor da verba honorária arbitrada, além de determinar a sujeição da execução da verba honorária às regras do art. 98, § 3º, do CPC de 2015.

Indefiro liminarmente a petição inicial.

É que, na detida análise da petição inicial, verifica-se que esta ação rescisória não se funda em nenhuma das hipóteses taxativas previstas no artigo 966, do Código de Processo Civil de 2015.

A autora, na exordial, sequer aponta o dispositivo legal impugnado (inserido nos incisos e parágrafos do art. 966, do ordenamento processual), para buscar a rescisão do julgado, cumprindo anotar que para romper a película que envolve o processo (representada pela coisa julgada), ver-se-á o que se deverá fazer, se presente o fundamento que justificou o ajuizamento da ação rescisória.

Ora, a rescisória não serve para apreciar a justiça ou injustiça da decisão, mas apenas para expurgar do mundo fático decisão acoimada pelos vícios previstos em lei para tão grave desconstituição (que discute a validade de decisão transitada em julgado, pedra angular da segurança jurídica).

A **r. sentença** proferida nos autos de impugnação à execução, proposta pela Municipalidade de Araçatuba/SP em face de Ermenegildo Nava, sustentando excesso de execução, ressaltou que o impugnado (Ermenegildo Nava), quando instado a se manifestar, acabou por concordar com o pedido, e por isso, o d. Magistrado julgou procedente a impugnação, homologando o cálculo apresentado pela impugnante (Municipalidade), oportunidade em que fixou a

Acesso ao Sumário

verba honorária ao sucumbente, em R$ 200,00 (fls. 25/26). E, no v. acórdão de fls. 26/29, interposto por Ademir José da Costa, o eminente Desembargador Relator, salientou que*, "o cumprimento de sentença foi iniciado pelo patrono da agravante e, da decisão que acolheu a impugnação apresentada pelo Município, o autor da ação de conhecimento agravou da decisão.*

O art. 23 da Lei nº 8.906/94, que disciplina o Estatuto da Advocacia, confere ao advogado o direito autônomo para executar a sentença na parte referente aos honorários de sucumbência. Isso, todavia, não afasta a legitimidade da parte para recorrer da decisão que os fixar de acordo com o entendimento do RESp 628.860/SP.

Entretanto, no presente caso não se está questionando os honorários fixados na ação de conhecimento, mas os honorários fixados no cumprimento de sentença, autônomo.

Vê-se que o agravante não é parte do presente cumprimento de sentença, não tendo, portanto, legitimidade para interpor o presente recurso.

Parte no cumprimento de sentença são Ermenegildo Nava e o Município de Araçatuba.

Sendo assim, o recurso não merece ser conhecido por ilegitimidade ativa de parte."

Em que pese às alegações trazidas pela autora, ***in casu***, não se há de cogitar de ofensa aos incisos I a VIII, do art. 966 do CPC de 2015, a justificar a interposição desta ação rescisória.

Cumpre anotar, ainda, que "**a ação rescisória é uma ação desconstitutiva, com hipóteses de cabimento taxativas para desfazimento da coisa julgada material anteriormente formada em outro processo. E, ressalte-se, no sistema processual brasileiro, com enorme complexo recursal disponível às partes para sanar todos os tipos de vícios processuais que venham ocorrer no longo trâmite do processo, a ação rescisória surge como último remédio, com caráter de extrema excepcionalidade**." (AgRg no AREsp 774.117/SP, Rel. **Ministro HUMBERTO MARTINS**, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

Ou seja, "***Não cabe ação rescisória para 'melhor exame da prova dos autos***'" (STJ-1ª Seção, AR 3.731-AgRg, **Min. Teori Zavasck**, j. 23.5.07, *apud* THEOTONIO NEGRÃO e OUTROS. op. cit., 43ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 598, nota 42 ao art. 485).

Leciona **Teresa Arruda Alvim Wambier*: "Parece claro que a ação rescisória, medida excepcional que é, não pode se transformar numa ação de revisão, pura e simplesmente, do que tenha sido decidido no processo onde emanou a decisão rescindenda, como se de uma apelação se tratasse***." (Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória, 2ª edição, São

Acesso ao Sumário

Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 514).

A eventual **injustiça da decisão**, por sua vez, não constitui fundamento válido para a rescisão do julgado, o que está assentado pela jurisprudência:

> *"Ação Rescisória. Pensão por morte. Violação a literal disposição de lei. Erro de fato. Inocorrência. Injustiça da decisão. Alegada violação a disposição legal que não se refere ao julgado, mas a fato posterior, pertinente à intimação, não autoriza conhecimento pelo inciso V, do artigo 485, do CPC". A ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar a justiça, ou injustiça, da decisão rescindenda." Ação julgada improcedente.* (STJ, processo: AR 1469 PB 2001/0008717-5, Relator: Ministro **JOSÉ ARNALDO FONSECA**, Julgamento: 12/05/2004, Órgão Julgador: S3 – Terceira Seção, Publicação: DJ 21/06/2004, p. 159).
>
> PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PREVISTO NO ART. 488, II, DO CPC. NÃO OBRIGATORIEDADE. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. ATIVIDADE RURAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.
>
> 1. O autor da ação rescisória que for beneficiário da justiça gratuita não está compelido a fazer o depósito prévio previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil.
>
> 2. É inaplicável a Súmula 343/STF quando a questão não está fundamentada em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.
>
> **3. A ação rescisória constitui meio excepcional de impugnação, não se prestando a apreciar a justiça ou a injustiça da decisão rescindenda.**
>
> 4. Sendo as provas apresentadas insuficientes à comprovação da atividade rurícola, não há como reconhecer o direito à aposentadoria por idade de trabalhador rural.
>
> 5. Ação rescisória improcedente (STJ, processo: AR 3052, CE 2004/0022995-5, Relator, Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, Julgamento: 24/04/2013, Órgão Julgador: S3, Terceira Seção, Publicação, DJe 07/05/2013 – grifo nosso).

Assim, não remanesce dúvida de que na hipótese em apreço não está a autora autorizada a propor ação rescisória com a finalidade por ela colimada, cumprindo anotar **que é prescindível, neste caso, determinar a prévia manifestação da parte, nos termos do artigo 10, do Código de Processo Civil, porquanto a carência de ação, por falta de interesse de agir, na modalidade de adequação, é manifesta e irremediável.**

Quanto ao pedido de justiça gratuita, **ora se defere**, pois os documentos de

fls. 8/15 comprovam que a autora não teria como arcar com as custas, despesas processuais, bem como com o depósito prévio de 5% sobre o valor da causa, previsto no art. 968, do CPC de 2015.

Ante o exposto, indefere-se a inicial, por falta de interesse processual (art. 330, inciso III, do CPC de 2015) e julga-se extinto o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, IV, do CPC/2015, determinando-se o cancelamento da distribuição da presente ação rescisória, nos termos do art. 290 do CPC/2015.

Custas pela autora. Sem honorários por não ter havido citação.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000609-39.2017.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é agravante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é agravada ANTONIO LUIZ JORGE FILHO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.445)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INSTRUMENTO – Decisão que considerou válida a intimação não pessoal, por meio do DOE, da Fazenda do Estado, diante dos termos do Comunicado Conjunto nº 379/2016, emitido pela Presidência deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pela Corregedoria Geral da Justiça – Intimação via DOE que se considera regular, no aguardo da implementação do meio eletrônico, providência que demanda a existência de recursos humanos e materiais, nos termos do preâmbulo

do referido Comunicado Conjunto – Recurso não provido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de Agravo de Instrumento, interposto contra decisão que reconheceu a validade da intimação não pessoal da Fazenda do Estado, que se deu por meio do Diário Oficial Eletrônico.

É o relatório.

Há certidão – que goza de presunção de veracidade – lançada nos autos do cumprimento de sentença (Autos nº 0001910-88.2017.8.26.0318), dando conta da intimação da Fazenda do Estado:

> "Certifico e dou fé que, nos termos do art. 203, § 4º, do CPC, pratiquei o seguinte ato ordinatório:
>
> Intimação da Fazenda, através de seu advogado, para que dentro do prazo legal, manifeste-se sobre o cálculo apresentado pela parte vencedora R$ 38.411,27." (fls. 283)

E, ao contrário do que alega a recorrente, a intimação da Fazenda do Estado, por meio de seu representante, não necessariamente se faz pessoalmente, podendo se dar também por carga, remessa ou meio eletrônico, conforme se retira do Livro IV, Título II, Cap.IV, do Código de Processo Civil, e mais especificamente, da norma dos artigos 183, § 1º, e 535.

E a certidão de fls. 48 (dos autos de origem), que goza de fé pública, dá conta de que a requerida, ora agravante, intimada acerca dos cálculos apresentados pela ora agravada, deixou escoar o prazo para apresentar eventual impugnação ao cumprimento de sentença.

Em que pesem os argumentos da Fazenda do Estado, no concernente à aplicação da regra do artigo 183 do Código de Processo Civil, é bem de ver que a Presidência deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Corregedoria Geral da Justiça emitiram o Comunicado Conjunto nº 379/2016, no qual se fez consignar a inexistência de recursos humanos e orçamentários para a remessa de todos os autos com vista à intimação pessoal.

Consta ainda, no preâmbulo do referido Comunicado Conjunto, que "As publicações realizadas pelo Diário Oficial Eletrônico sempre permitiram que as Fazendas pudessem tomar conhecimento dos atos processuais de forma tempestiva, exercendo regularmente seu amplo direito de defesa e o contraditório e que devem ser feitas por força do disposto no art. 272 do NCPC, demonstrando, portanto, sua eficácia"

Em razão disto, recomendou-se que, "durante o período de transição, considerando as questões expostas acima, e, em especial, a notória eficácia

Acesso ao Sumário

das intimações por Diário Oficial Eletrônico da Fazenda Pública, que sempre permitiu que exercesse regularmente sua defesa e contraditório até a presente data" os ofícios continuassem "a recorrer ao referido meio de intimação até que haja disponibilização de meio eletrônico, já em desenvolvimento".

Nestes termos, à vista do que recomenda o Comunicado, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2188953-21.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante INGRYD DA SILVA BEZERRA, é agravado DIRETOR DA 15ª CIRETRAN DE RIBEIRÃO PRETO - SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.854)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 6 de março de 2018.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – Liminar – Pretensão de suspensão dos efeitos de restrição decorrente de multa de trânsito – Infração por conduzir motocicleta com a viseira do capacete levantada – Infração gravíssima (Art. 244, I, CTB) reclassificada para infração leve pela Resolução CONTRAN n° 453/2013 (Art. 169, CTB) – Presentes os pressupostos autorizadores do artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09 – Decisão que indeferiu a liminar reformada – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por INGRYD DA SILVA

BEZERRA contra a decisão copiada a fl. 21, que indeferiu a liminar pleiteada pela agravante em mandado de segurança por ela impetrado. A impetrante havia requerido a liminar para que fosse retirado o bloqueio que consta em seu prontuário, oriundo do Processo n° 1455/13, em trâmite perante a 15ª Ciretran de Ribeirão Preto, que foi gerado por conta da infração AIT 5F116932-1, supostamente cometida em 29/07/2012, que nos termos da resolução 453/13 c.c art. 169 tem natureza leve (três pontos) e não gera cassação da permissão do direito de dirigir.

A agravante alega que consta bloqueio em seu prontuário em razão de ter supostamente cometido uma infração de trânsito em 29/07/2012 por dirigir motocicleta com capacete sem viseira, sendo enquadrada na época como infração ao art. 244, inciso I do CTB. Diz que tal infração, na época do cometimento era enquadrada como sendo de 7 (sete) pontos e pelo fato de estar no período da permissão para dirigir foi entendido pelo DETRAN que a agravante havia infringido os requisitos do artigo 148 do CTB, motivo pelo qual foi incluído o bloqueio em seu prontuário. Aduz que a Resolução 453/13 do CONTRAN passou a enquadrar a infração por falta de viseira no art. 169 do CTB, sendo reduzido assim para 3 (três) pontos. Assim, não haveria violação aos requisitos do §3º do art. 148 do CTB, não havendo que se falar em bloqueio no seu prontuário por conta de tal infração. Destaca que a norma mais benéfica deve ser aplicada ao caso e que quando terminou o período da permissão conseguiu expedir o documento definitivo, de modo que somente agora, com a necessidade de renová-lo, está sendo penalizada por conta do processo administrativo n° 1455/13 instaurado à época de sua permissão por conta de uma infração de viseira.

Com tais argumentos, pede o provimento do recurso para que seja deferida liminarmente a suspensão dos efeitos do processo administrativo de cassação n° 1455/13, que consta no prontuário da agravante junto à 15ª Ciretran de Ribeirão Preto, retirando-se a restrição referente à multa 5F116392-1, tendo em vista a Resolução 453 do CONTRAN, arbitrando-se multa diária caso haja descumprimento.

Foi concedido efeito ativo ao recurso (fls. 12/13 dos Embargos de Declaração em apenso).

É o relatório.

Inicialmente, necessário consignar que na sede deste recurso não cabe o exame do efetivo mérito da ação.

A análise de eventual ocorrência de ato tido por ilegal deve ser feita dentro de uma cognição exauriente e, para tanto, necessária a observância de todos os trâmites processuais cabíveis à espécie.

Tem-se que a agravante foi autuada em 29.07.2012, nos termos do artigo

Acesso ao Sumário

244, I, do Código de Trânsito Brasileiro, por conduzir motocicleta com capacete com viseira levantada acima da linha dos olhos (fl. 37 dos autos principais), durante o prazo de validade de sua permissão para dirigir (fl. 35 dos autos principais).

Pretende que a infração cometida seja convertida de gravíssima para leve, com fundamento na Resolução 453 do CONTRAN, a fim de que possa renovar regularmente sua Carteira Nacional de Habilitação. A agravante obteve a CNH definitiva após o vencimento da sua permissão, mas está sendo impedida de renová-la em razão da infração mencionada no parágrafo anterior.

A liminar em mandado de segurança pode ser concedida quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, nos termos do artigo 7°, inciso III, da Lei n° 12.016/09.

No caso, cumpre reconhecer a relevância dos fundamentos invocados na inicial pela agravante, de modo que os requisitos do "*fumus boni juris*" e do "*periculum in mora*" se acham presentes, pois vislumbra-se a possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação, caso a medida seja alcançada somente no julgamento do mérito da ação mandamental.

Pode-se prever a possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, pois a agravante ficará impedida de dirigir veículos automotores e há indícios de que esse impedimento, no caso, é irregular.

Por uma análise perfunctória e sem adentrar no mérito da questão verifica-se que, a princípio, a infração praticada pela agravante e capitulada no artigo 244, I, do Código de Trânsito Brasileiro, passou a ser considerada de natureza leve pela Resolução 453 do CONTRAN, de 26/09/2013. Referida resolução, ao disciplinar o uso de capacete para condutor e passageiro de motocicleta, conferiu tratamento mais favorável ao infrator que conduza veículo com capacete *sem viseira ou óculos de proteção*, passando a considerar a infração como de natureza leve.

Portanto, existindo, em tese, a possibilidade do reconhecimento de direito líquido e certo em favor da agravante, de rigor a concessão da liminar.

A questão é complexa e enseja melhor análise no Juízo "*a quo*", quando da vinda das informações e julgamento do mérito.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para conceder a liminar, determinando que a infração objeto do AIT 5F116932-1 não configure óbice para a renovação da CNH da impetrante.

Eventuais recursos opostos em face deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento da apresentação de referidos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2230395-64.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante INSTITUTO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL SÍRIO LIBANÊS - UNIDADE HOSPITAL GERAL DO GRAJAÚ, são agravados WILSON PAULO REGINALDO (ESPÓLIO) e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.884)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 14 de março de 2018.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação indenizatória por suposto erro médico. Decisão que reconhece a ilegitimidade passiva da Fazenda Pública Estadual. Impossibilidade. Óbito ocorrido nas dependências de hospital administrado por pessoa jurídica de direito privado, em razão de contrato de gestão firmado com o Estado de São Paulo. Administração que será cogestora, respondendo solidariamente pela má prestação de serviço público por parte de hospital conveniado. Contrato de gestão que não afasta a natureza pública do serviço. Responsabilidade solidária do Estado de São Paulo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, desta Câmara e de outros órgãos desta Corte. Agravo provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado pelo **Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês** da R. Decisão copiada às fls. 114/115 que, na ação que lhe move o **Espólio de Wilson Paulo Reginaldo**, reconheceu a ilegitimidade passiva da **Fazenda Pública Estadual** e determinou a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis locais.

Acesso ao Sumário

Pretende o agravante a reforma do *decisum.*

Esclarece que se trata de ação indenizatória por suposto erro médico ocorrido nas dependências do Hospital Geral do Grajaú, integrante da Administração Pública Estadual, mantido pela Secretaria de Estado da Saúde e vinculado ao SUS (Sistema Único de Saúde), o que denota legitimidade à Fazenda Pública para responder aos termos da demanda.

Assevera o agravante que, por disposição contratual, a sua responsabilidade está atrelada exclusivamente à operacionalização e gestão da atividade de saúde, sem impacto sobre a aplicabilidade dos recursos financeiros; e que, muito embora o Contrato de Gestão lhe imponha a responsabilidade por indenização, esta não exclui a responsabilidade, ainda que subsidiária, do Estado para os eventos mencionados.

Postula, por isso, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso; e, no mérito, a reforma da decisão, com a manutenção da Fazenda Pública no polo passivo da demanda (fls. 01/13).

Deferido o efeito almejado (fls. 151/152), sobreveio contraminuta às fls. 159/165.

Não houve oposição ao julgamento virtual (fls. 156 e 166).

É o relatório.

A demanda originária deste recurso foi ajuizada em virtude de suposto erro médico que causou o óbito de *Wilson Paulo Reginaldo* nas dependências do *Hospital Geral do Grajaú*, administrado pelo **Instituto de Responsabilidade Social Sírio Libanês**, pessoa jurídica de direito privado, que realiza atendimento integrado ao Sistema Único de Saúde em razão de contrato de gestão firmado com o Estado de São Paulo (fls. 131/146).

No entanto, o Juízo *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado, e extinguiu o feito, sem julgamento do mérito.

No entanto, nos termos do artigo 196, da Constituição Federal "*a saúde é direito de todos e dever do Estado*" e, ainda que seja admitida a delegação na prestação deste serviço essencial, ao Poder Público cabe sua "*regulamentação, fiscalização e controle*", conforme preceitua o artigo 197, também do Texto Constitucional. E sendo o *Hospital Geral do Grajaú* parte do Sistema Único de Saúde, o Estado de São Paulo será seu cogestor, respondendo solidariamente pela má prestação de serviço público por parte de hospital conveniado.

Acesso ao Sumário

Bem por isso, eventual contrato de gestão não exime a responsabilidade da Administração, por não afastar a natureza pública do serviço, impondo à delegação caráter apenas complementar, mediante a realização de convênios com o Poder Público, porém ainda assim, de responsabilidade estatal, seja esta objetiva ou subjetiva.

Ademais, foi na condição de beneficiário do SUS que a vítima recebeu assistência médico-hospitalar.

Destarte, não há como afastar a responsabilidade solidária do Estado de São Paulo, sendo este parte legítima para figurar no polo passivo desta demanda. Neste sentido, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tratando inclusive da solidariedade dos entes públicos na responsabilidade pelos danos, bem como a jurisprudência desta Câmara e de outros órgãos desta Corte, respectivamente:

> *"PRIMEIRA TURMA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO EM DEMANDAS QUE ENVOLVEM O SUS. A União - e não só Estados, Distrito Federal e Municípios - tem legitimidade passiva em ação de indenização por erro médico ocorrido em hospital da rede privada durante atendimento custeado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A saúde pública não só é um direito fundamental do homem como também é um dever do Poder Público, expressão que abarca, em conjunto, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos dos arts. 2º e 4º da Lei 8.080/1990, que trata do SUS. O funcionamento do SUS é de responsabilidade solidária de todos os referidos entes, cabendo a qualquer um deles a legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demandas que objetivem garantir acesso à medicação ou tratamento médico adequado a pessoas desprovidas de recursos financeiros, consoante se extrai de farta jurisprudência do STJ.* ***Assim, a União, bem como os demais entes federativos, possuem legitimidade para figurar no polo passivo de quaisquer demandas que envolvam o SUS, inclusive as relacionadas a indenizatória por erro médico ocorrido em hospitais privados conveniados****."*[1]

> *"APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Autora que pretende a responsabilização do hospital e da Municipalidade, por suposta falta de diligência dos médicos responsáveis pelo procedimento cirúrgico de retirada de tumor de cólon – Perda do material colhido que impossibilitou exame anatomopatológico – Preliminar de ilegitimidade passiva afastada – Contrato de parceria firmado pelo Município que não afasta sua responsabilidade pelo evento danoso – Responsabilidade também da atual gestora do hospital municipal – Responsabilidade objetiva da administração a ensejar reparação do dano – Nexo causal evidenciado – Valor arbitrado que se mostrou razoável no caso concreto – Recurso não provido."*[2]

1 **STJ**: REsp 1.388.822-RN, Relator: **Ministro Benedito Gonçalves**, j. 16/6/2014.

2 TJSP: Apelação 0000723-53.2014.8.26.0511; Relator: **Des. Ponte Neto**, 8ª Câmara de Direito Público, j. 25/10/2017. No mesmo sentido: Apelação 0009056-53.2010.8.26.0278; Relator: **Des. Antonio**

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Morte de recém-nascido – Sepse neonatal – Sentença de improcedência. CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – Desnecessidade de realização de Inspeção Judicial – A solução da controvérsia desafiava realização de prova eminentemente pericial, que foi realizada. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – Contrato de Gestão – Organização Social que não transforma a natureza jurídica do serviço prestado – Legitimidade ad causam do ente estatal configurada – Precedentes. SENTENÇA MANTIDA – Decisão recorrida que vai ao encontro da prova pericial – Não configuração de nexo de causalidade entre a conduta dos profissionais de saúde e o óbito da neonata. APELO DESPROVIDO."[3]

Assim, a decisão agravada merece reforma para que a Fazenda do Estado permaneça no polo passivo, responsável solidária no presente caso.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo**, nos termos deste voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2060028-07.2017.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MUNICÍPIO DE CAMPINAS, são agravados MARCELO DA SILVA PORFÍRIO, BENEDITO PASQUAL CARDOSO e GILMAR VITOR CARDOSO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.390)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 13 de março de 2018.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Celso Faria, j. 20/09/2017; Agravo de Instrumento 2088426-61.2017.8.26.0000; Relator: **Des. José Maria Câmara Junior**; j. 23/08/2017.

3 **TJSP**: Apelação nº 0061414-53.2010.8.26.0000, Relator: **Des. Sergio Gomes**, 9ª Câmara de Direito Público, j. 30/03/2011. De igual modo: Apelação Cível nº 0062020-74.2003.8.053, Relator: Des. Rui Stoco, 4ª Câmara de Direito Público, j. 10/06/2013; Apelação nº 0000468-67.2004.8.26.0278, Relatora: **Des.ª Ana Liarte**, 4ª Câmara de Direito Público, j. 14/08/2017; Apelação Cível nº 0008848-02.2009, Relator: **Des. Nogueira Diefenthäler**, 5ª Câmara de Direito Público, j. 30/01/2012; entre outros.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LIMINAR.

Agravados e seus familiares que residem na área objeto da ação há mais de 30 (trinta) anos, não havendo alegação de necessidade imediata de uso da área por parte do município.

Hipótese em que há recurso de apelação em curso, no qual os agravantes pleiteiam usucapião da área onde possuem seus imóveis. Existência de dúvidas quanto à área onde as famílias moram há anos ser pública ou não.

Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão lançada nos autos de reintegração de posse, que indeferiu o pleito liminar para reintegrar a requerente na posse do bem imóvel declinado nos autos. Aduz o agravante, em síntese: a) a área ocupada pertence ao agravante e é uma praça pública, sendo indevidamente ocupada pelos agravados; b) o município deve prezar pela defesa de seu patrimônio e também pela proteção de interesses da coletividade; c) a praça é um bem público de uso comum do povo; d) os réus exercem sobre o bem mera detenção.

Assevera que a Prefeitura vem recebendo reiterados ofícios do Ministério Público Paulista, em virtude de Inquérito Civil 13/06-HU, para que adotasse medidas necessárias à desocupação da área em questão (dentre outras), viabilizando assim, que a praça pública possa ser usufruída pela população, atendendo à sua finalidade. Foi determinado o processamento do recurso e deferida a liminar para determinar a desocupação imediata pelos agravados da área pública descrita na inicial (fls. 176/ 179). O recurso foi respondido (fls. 190/202), tendo o Ministério Público declinado de opinar (fls. 227/229).

É o relatório.

Fundamento e voto.

Cuida-se de ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de Campinas contra Marcelo da Silva Porfírio e outros, visando reintegração na posse de bem identificado pela praça 03, quarteirão nº 8991 do cadastro municipal, localizada no loteamento Parque Lucimar, de propriedade da Municipalidade, conforme registro na 1ª Circunscrição, Matrícula nº 16427, livro 03, em 03 .04 .1979 (fls. 143 /144).

Acesso ao Sumário

Em decisão lançada em julho de 2017, deferi a liminar para determinar a desocupação imediata pelos agravados da área pública descrita na inicial.

Entretanto, consoante deixei salientado nos autos de agravo de instrumento nº 2201927- 90.2017.8.26.0000, em outubro de 2017 e, melhor analisando as questões postas, bem como considerando que a Apelação Cível nº 0026880-08.2005.8.26.0114, na qual os agravantes pleiteiam usucapião da área onde possuem seus imóveis, encontra-se com este relator e está pendente de julgamento, concluo não ser esta a melhor solução para o vertente caso.

Por tais motivos, determinei a cassação da liminar deferida.

E, consoante salientado pelo magistrado *a quo*, tratar-se de situação consolidada há muitos anos, não havendo alegação de necessidade imediata de uso da área.

Ademais, existem dúvidas quanto à área onde as famílias moram há anos ser pública ou não, bem como que existem crianças no seio familiar em idade escolar e lá possuem raízes, motivo pelo qual a liminar de reintegração de posse deferida ensejaria danos às famílias e às crianças.

Saliente-se que os agravados e seus familiares residem no local há mais de 30 (trinta) anos, sendo que seus ascendentes foram funcionários do proprietário da antiga fazenda onde está atualmente localizado o loteamento Parque Luciamar. No local fixaram residência mesmo antes da existência do loteamento Parque Luciamar.

Por fim, com o advento da Lei nº 13.465/17, vê-se o claro interesse em promover a regularização fundiária de áreas irregulares, inclusive de áreas sustentáveis, sendo a reintegração de posse e desalojamento das famílias *ultima ratio.*

Nestes termos, nego provimento ao presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2045502-98.2018.8.26.0000, da Comarca de Presidente Bernardes, em que é agravante MARIA ANA LUCIA AFONSO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.510)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO

NOTARANGELI (Presidente) e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 4 de abril de 2018.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Tutela de urgência indeferida – Área pública – Mera detenção do genitor falecido da agravante, de natureza precária, que não gera direitos de posse e sucessão imediatos – Presunção de legalidade do ato administrativo – Precedentes desta C. Corte de Justiça – Decisão mantida.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão copiada a fls. 11/12 destes autos que, em ação de obrigação de fazer, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

Sustenta, em apertada síntese, que é herdeira legitima do lote 37 do Assentamento Água Limpa, podendo suceder seu pai falecido na posse do terreno nos termos do art. 12, § 1º da Lei nº 16.115/2016. (fls. 01/10).

Indeferida a tutela de urgência, foram dispensadas as informações, e apresentação de contraminuta (fls. 54/55).

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta pela agravada contra a Fundação ITESP, visando anular o aviso de desocupação do imóvel descrito na inicial, por tratar-se de herdeira e sucessora legitima de seu pai, que detinha a permissão de uso de área publica nº 0072-0002/2013.

Dada a natureza do provimento jurisdicional que se busca com o presente recurso, inviável qualquer discussão acerca do mérito da causa, limitada à manutenção ou não, do indeferimento do pedido de tutela antecipada.

Verifica-se que a Agravante pretende manter-se na posse de imóvel ocupado ilegalmente estendendo os efeitos da permissão de uso concedida a seu genitor, já falecido, pelo ITESP.

Ocorre que, em se tratando de bem público, não se cogita em exercício da posse pelo ocupante e sim mera detenção precária.

Alias, conforme adverte o eminente Des. DÉCIO NOTARANGELI: "*A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o Poder Público.*

Acesso ao Sumário

Não induzem posse os atos de mera tolerância" (Agravo de Instrumento n° 0170640-32.2006.8.26.0000, Comarca de Igarapava, 9ª Câmara de Direito Público, j. 20.09.2006, V.U.).

No mesmo sentido:

"APELAÇÃO - Ação de Manutenção de Posse - Permissão de uso de uma unidade habitacional - Alegação de posse transferida por herança - Impossibilidade - Bem público com permissão de uso, não se configura a posse, eis que sua ocupação configura apenas detenção, que não gera direitos possessórios - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido." (AC nº 0002066-19.2011.8.26.0405, rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 31.07.2013).

É certo que o direito à moradia e a função social da propriedade encontram-se insculpidos na Constituição da República, porém, isto não significa que se deva atentar contra o princípio geral do Direito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, condição inerente à existência de qualquer sociedade sadia.

É inconteste o direito constitucional de propriedade, mas também o é o respeito à forma para aquisição do bem, além do que "*a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade*." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª edição, Malheiros: 2003, p. 89).

Além disso, os beneficiários do Assentamento, instituído na área invadida, passam por rigoroso procedimento público de seleção, razão pela qual a permanência da agravada no bem, ao que tudo indica nesta fase do processo, viola os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia.

Frise-se que se não se demonstrar, de plano, ilegalidade ou arbitrariedade, deve vingar a decisão administrativa proferida.

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. [...]

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

Acesso ao Sumário

A eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos específicos. [...]" (Direito Administrativo Brasileiro - 32ª edição - Malheiros Editores - pág. 158).

Finalmente o disposto no art. 12, § 1º da Lei nº 16.115/2016 embora faculte aos herdeiros pleitear a sucessão dos direitos no lote por ocasião do falecimento do outorgado, mediante requerimento ao ITESP, condiciona o deferimento do pedido aos procedimentos previstos em decreto, ou seja, não autoriza a sucessão imediata como pretendido neste instrumento.

Assim sendo, é de rigor a manutenção da r. decisão impugnada, ao menos em sede de analise perfunctória da causa. O resto é questão de mérito e deverá ser apreciado assim que assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055258-34.2018.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é agravante ELIDA DE OLIVEIRA DELGADO, é agravado FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE VIRTUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 26.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 4 de abril de 2018.

MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que indeferiu a tutela de urgência, que visava à matrícula em curso virtual de Tecnologia em Gestão Pública sem apresentação do certificado de aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos – Manutenção – Não comprovação do preenchimento dos requisitos hábeis a autorizar a concessão da tutela de urgência, previstos no art. 300 do Código de Processo Civil –

Matéria fática controvertida – Necessidade de dilação probatória – Decisão mantida e recurso desprovido."

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por **ELIDA DE OLIVEIRA DELGADO** contra decisão que, nos autos de ação de obrigação de fazer em que contende com a **FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE VIRTUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - UNIVESP**, indeferiu a tutela de urgência pretendida. Inconformada, aduz que foi aprovada na 21ª colocação para iniciar o curso de Tecnologia em Gestão Pública oferecido em ambiente virtual e de forma gratuita pela agravada, no entanto, teve sua matrícula obstada, a princípio, pela não apresentação do certificado de aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA 2017). Quanto ao ponto, argumenta que referido certificado só será emitido a partir de 15/04/2.018, tendo apresentado declaração do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo a atestar estar habilitada para prosseguir aos estudos em nível superior, a qual, no entanto, não foi aceita pela agravada. Em novos esclarecimentos, a agravada ainda teria acenado para o descumprimento, pela agravante, de itens da portaria do vestibular a que se submeteu e erro na escolha da modalidade de bonificação de pontos, fato rebatido pela agravante sob o argumento de fazer jus a bonificação tanto por ter cursado o ensino médio em escola pública quanto por ter se declarado negra, nos termos do edital.

Pondera a existência de risco irreparável, já que as aulas se iniciaram em 26/02/2018 e argui a nulidade da decisão recorrida, a qual seria genérica e carente de fundamentação. Pleiteia a antecipação da tutela recursal, para efetivação da matrícula mediante apresentação provisória da declaração emitida pelo Instituto Federal mencionada, ou, caso vislumbrada a nulidade da decisão de primeiro grau, o retorno dos autos para reanálise do pedido.

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Ab initio, importante consignar que não foi dado cumprimento ao que determina o art. 1.019, II, do Código de Processo Civil, isto é, a intimação da agravada, uma vez que, em prestígio ao princípio da economia e celeridade processuais, reputo ser dispensável, *in casu*, o ato intimatório.

Veja que isso não acarretará qualquer prejuízo à parte adversa, à qual será oportunizado o contraditório no curso da demanda originária, além do fato de que terá a possibilidade de se valer dos instrumentos recursais cabíveis.

O argumento de ausência de fundamentação da decisão agravada não merece prosperar, pois basta simples leitura da peça decisória para perceber que contém os requisitos legais.

Acesso ao Sumário

É sabido que a exigência do art. 93, IX, da Constituição Federal não impõe que a decisão seja exaustivamente fundamentada, ou seja, não há que se confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação.

Ademais, o C. Juízo de primeiro grau bem delimitou a negativa da tutela de urgência mediante análise específica do fato a envolver a matrícula da agravante no curso pretendido, inclusive com citação do teor dos documentos trazidos pela agravante, conforme se extrai de fls. 95, certo não se tratar, portanto, de decisão genérica.

Não se vislumbra, destarte, eiva a macular a decisão agravada de nulidade insanável, razão pela qual o argumento não se sustenta.

No mais, para deferimento de tutela provisória de urgência, faz-se necessária a concorrência dos requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano, ou, alternativamente, o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil.

Probabilidade do direito para os fins de tutela de urgência corresponde a um juízo de quase certeza sobre determinada situação de fato ou de direito mediante conhecimento sumário e superficial dos elementos de prova apresentados pela parte.

E, no caso vertente, em sede de cognição perfunctória, própria dessa fase do procedimento, e sem prejuízo de melhor e mais aprofundado exame ao final, não concorre o requisito da probabilidade do direito, pois a questão de mérito envolve matéria de fato complexa e controvertida, cujo deslinde, afora a observância do contraditório e da ampla defesa, demanda produção e exame de provas.

De fato, ainda que se pudesse proceder à matrícula da agravante com base apenas na declaração de aptidão para frequentar curso de nível superior, em detrimento da apresentação do certificado exigido de todos os demais candidatos, persiste a necessidade de esclarecimento quanto a outros quesitos levantados pela agravada, como a bonificação de pontos, aspecto que, não obstante tentativa da agravante, não restou suficientemente elucidado.

Aventa-se possível atribuição equivocada de pontos à agravante, a qual não poderia ter se beneficiado da condição de estudante de escola pública, vez que a certificação de conclusão do ensino médio decorrente do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos não lhe renderia o acréscimo da pontuação, conforme expressa previsão do art. 17, §4º, da Portaria 38 da agravada, que regulou o certame em questão (fls. 16/17).

E há controvérsia ainda quanto ao fato de poder a agravante se beneficiar da bonificação por ter se declarado negra, e não por ter frequentado escola pública durante o ensino médio, tudo a resultar na necessidade de maior e melhor apuração da matéria fática, a qual não se apresenta extreme de dúvidas.

Acesso ao Sumário

Ademais, o ato administrativo impugnado goza de presunção de legalidade e veracidade e não se verificam nele ilegalidades ou nulidades manifestas.

Portanto, agiu com o acerto o Juízo ao indeferir a tutela de urgência, pois ausentes os requisitos legais para o deferimento.

Assim, merece ser mantida a r. decisão agravada.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2044106-23.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ROBERTH ARAUJO DE JESUS, MARIA DO CARMO SILVA DE ASSIS, MARIA MADALENA GUALBERTO DE SOUZA, NEIDE DE FATIMA PEREIRA FAGUNDES, NERISVALDA GAMA DA CONCEIÇAO AMARAL, PAULA GUIMARAES PASSOS FAGUNDES, PAULO HENRIQUE HITA, MARIA DO CARMO CRUZ, ROMUALDO LUCIO BARBOSA XAVIER, ROSELY ESPINDOLA CHAVES, ROSIANE DOS SANTOS, SIDNEI GONÇALVES DO CARMO, VALDETE APARECIDA DA SILVA, VICENTINA DE FATIMA GONÇALVES, VILMA BONIFACIO KLEIN, JONAS FRANCISCO COSTA, GISELE DE SOUZA DA COSTA, ADELINO SOUZA DA SILVA, ANA PAULA BARBOSA MIRANDA, ANA SUELY MAGALHAES RIBEIRO, CLEIDE RODRIGUES DE CASTRO, CLEUDINEIA APARECIDA RICARDO DA SILVA GOMES, FABIO ALESSANDRO DE FARIA, MARIA DAS DORES CONCEICAO CAMARGO, IRACEMA SOUZA DOS SANTOS, JOSÉ BENTO DE SOUZA, JOSE JOAQUIM FRANCISCO, LENIR APARECIDA MAZIERO MALTA, LUIZ CARLOS HORTENCIO SANCHES e MARIA APARECIDA LEITE, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram a revisão do julgado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.514)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), J. M. RIBEIRO DE PAULA e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 6 de abril de 2018.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. Execução de sentença – Cálculo do saldo devedor – Consectários legais – Juros de mora e correção monetária – Lei nº. 11.960/09 – Tema nº. 810 – Definição da matéria pelo E. STF no RE nº. 870.947/SE (Plenário, j. 20/09/17, p. 20/11/17) – Correção monetária, a partir de 25/03/15, que deverá ser calculada de acordo com o IPCA-E Juros que seguem a sistemática da Lei nº. 11.960/09.

2. Revisão do julgado acolhida.

VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto contra o ato decisório copiado a fls. 155/157 e 162/163, que ***julgou extinta a execução em discussão*** referente aos valores incontroversos, aguardando-se, no mais, o trânsito em julgado dos valores controvertidos.

Os agravantes alegam (fls. 01/14), em síntese, que o ***E. STF*** não convalidou a constitucionalidade da TR até 25/03/15 para todos os processos com qualquer forma de pagamento e em qualquer fase de andamento. A Lei nº. 11.960/09 é inaplicável à presente execução. As regras do artigo 100 da Constituição Federal, alterado pela EC 62/09, não se aplicam às obrigações definidas como pequeno valor. Logo, não deve ser aplicada a correção monetária pela TR prevista na EC 62/09 e na Lei nº. 11.960/09. Os juros de mora incidem desde a data da elaboração da conta até a expedição do oficio requisitório de pequeno valor, pena de desfalque do patrimônio do credor.

O recurso foi recebido (fls. 167). Houve resposta (fls. 171/176).

Diante do pronunciamento efetivado pelo ***E. STF*** no ***RE nº. 870.947/SE, o Excelentíssimo Presidente da Seção de Direito Público deste C. Tribunal***, em cumprimento ao disposto no inciso IV do artigo 108 e caput do artigo 109 do RITJSP, combinados com o artigo 1.030, inciso II, do novo Código de Processo Civil, determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora para reapreciação da questão (fls. 278/279).

É o relatório.

A revisão do julgado merece acolhimento.

No que tange à atualização do débito, é cediço que, no julgamento das ***Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 4.357 e 4.425,*** o ***E. Supremo Tribunal Federal*** declarou a inconstitucionalidade da EC 62/2009, e "***por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09***", o qual definia critérios para fixação dos juros e correção.

Acesso ao Sumário

Em virtude dessa decisão, o ***C. Superior Tribunal de Justiça***, ao julgar o ***REsp nº. 1.270.439/PR***, sob a relatoria do ***Ministro Castro Meira***, DJe 02.08.2012, firmou o entendimento de que tal declaração parcial de inconstitucionalidade refere-se ao critério de correção monetária previsto no artigo 5º da Lei nº. 11.960/09, mantida a eficácia do dispositivo relativamente ao cálculo dos juros de mora, à exceção das dívidas tributárias, nos seguintes termos: ***(i)*** a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e ***(ii)*** 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 em vigor.

Recentemente, a problemática envolvendo a aplicação da Lei Federal nº. 11.960/09 às condenações proferidas em desfavor da administração pública restou definida, uma vez que, em 20/11/17, houve a publicação do V. Acórdão proveniente do julgamento do ***RE nº. 870.947/SE*** pelo ***E. Pretório Excelso***, ocorrido em 20/09/17, *in verbis*:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 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, ARTIGO 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, ARTIGO 5º, 'CAPUT'). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, artigo 5º, 'caput'), no seu núcleo essencial, revela que o artigo 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*

Acesso ao Sumário

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.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, artigo 5º, XXII) repugna o disposto no artigo 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.

(RE 870.947, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017).

No corpo do V. Acórdão, o relator esclareceu que devem ser idênticos os critérios para a correção de precatórios e das demais condenações judiciais da Fazenda Pública. Dessa forma, tal como já decidido anteriormente, após 25/03/15, todos os créditos inscritos em precatórios e também os casos anteriores a essa fase, em que houve condenação da Fazenda Pública, assim como a hipótese vertente, deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Nesse sentido:

"A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nºs. 4.357

Acesso ao Sumário

e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide".

Quanto aos juros de mora, foi mantida a tese lançada por ocasião da apreciação das ***ADI's nºs 4.357 e 4.425***, nos seguintes termos:

"Concluo esta primeira parte do voto manifestando-me pela reafirmação da tese jurídica já encampada pelo Supremo Tribunal Federal e assim resumida":

"1. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, 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, artigo 5º, 'caput');"

"2. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o artigo 1º-F da Lei nº. 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº. 11.960/09".

No caso em apreço, como se trata de pagamento de verba remuneratória a servidor público, isto é, matéria que não envolve relação jurídico-tributária, os juros devem incidir no percentual estabelecido para a caderneta de poupança, observadas as regras vigentes, incidentes a partir da citação. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei nº. 11.960/09, deve ser calculada de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E, após 25/03/15, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período, desde quando devida cada parcela. Antes disso , deve ser aplicada a Lei nº. 11.960/09.

Acesso ao Sumário

Assim, após definição da questão em tela, no caso *sub judice*, com amparo no disposto nos artigos 1.030, inciso II, e 1.040, inciso II, ambos do novo Código de Processo Civil, determina-se que a correção monetária deve observar o ***Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)***, após 25/03/15. Antes disso, deve ser aplicada a Lei nº. 11.960/09. Quanto aos juros, porque a presente ação não envolve relação jurídico-tributária, há de prevalecer a regra determinada pela lei em tela, isto é, incidência dos índices oficiais de

remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

É o que se decide.

Posto isso, **acolhe-se a revisão do julgado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000292-07.2018.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada SELMA ADRIANA BRUENO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.777).**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 9 de abril de 2018.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Ordinária – Transferência da agravada para unidade especializada em neurocirurgia – Multa – Afastamento ou redução – Descabimento de exclusão, uma vez que tal determinação se mostra necessária para garantir o cumprimento da determinação judicial – Valor, no entanto, que se mostra elevado, devendo ser reduzido para R$ 200,00 ao dia, limitado a R$ 5.000,00 – Decisão reformada – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão copiada a fls. 18/20 que, em sede de ação ordinária, deferiu o pedido formulado pela agravada, portadora de tumor cerebral, para que a agravante providencie sua imediata remoção para outro serviço de neurocirurgia credenciado pela Secretaria de Saúde em condições de realizar a cirurgia, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 10.000,00.

Inconformada, requer a agravante o afastamento da multa ou sua redução.

Acesso ao Sumário

Foi concedida a liminar pleiteada para redução da multa para R$ 200,00, limitada a R$ 5.000,00.

O recurso recebeu resposta (fl. 29/34), tendo a D. Procuradoria de Justiça ofertado parecer no sentido de ser dado parcial provimento ao recurso (fls. 37/39).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O presente recurso visa especificamente afastar ou reduzir a multa fixada pelo MM. Juiz *a quo*, para cumprimento da decisão que mandou transferir a agravada para outro serviço de neurocirurgia credenciado pela Secretaria de Saúde em condições de realizar a cirurgia buscada na inicial.

No que tange à fixação de multa diária no caso de não cumprimento da obrigação, tem-se que serve como meio de compelir o administrador público ao fornecimento do medicamento.

A multa diária (*astreinte*) é imposta ao ente público porque responde pelos atos de seus servidores, de forma que agindo mal ou deixando de agir e com isso causando prejuízo, surge o dever de indenizar, sendo a responsabilidade civil do Estado objetiva e prevista na Constituição da República. E ainda, se pode aduzir, neste tema, que a fixação de multa pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer permitirá a pessoa jurídica de Direito Público voltar-se em face do servidor relapso para reembolsar- se do quanto pagou, devendo, desta forma, ser mantida.

Na hipótese dos autos, a imposição de multa não só se amolda à responsabilidade civil do Estado, como visa a impedir que o Poder Executivo deixe de cumprir as decisões do Poder Judiciário. E ainda se pode aduzir, neste tema, que a fixação de multa pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer permitirá a pessoa jurídica de direito público voltar-se em face do servidor que retarda em cumprir a determinação para reembolsar-se do quanto pagou.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. REVISÃO DE PENSÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER E ENTREGAR COISA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória - astreintes -, ainda que seja contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Agravo regimental improvido. (STJ – 2.ª Turma – AgRg no AREsp 7869/RS – Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS – J. 09.08.2011).

No entanto, tendo sido a *astreinte* fixada em R$ 10.000,00, o valor afigura-se elevado, devendo, bem por isso, ser reduzida para R$ 200,00 ao dia, limitada

Acesso ao Sumário

a R$ 5.000,00, adequando-a assim, aos padrões adotados por esta C. Câmara.

Portanto, diante de tais ponderações, a r. decisão vergastada merece reforma.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Deixa-se de fixar honorários advocatícios, apesar do art. 85, § 1º, do Código de Processo Civil, ante a regra de limite prevista no art. 85, § 11, do mesmo estatuto processual. Deverá o magistrado de 1º grau, no momento oportuno, ao final, considerar a interposição e o resultado do presente recurso para fixação dos honorários advocatícios (art. 85, § 2º, IV, do NCPC).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2146632-68.2017.8.26.0000, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que é agravante RADIAL TRANSPORTES COLETIVOS LTDA., é agravado 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: Não conheceram do recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.165)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 6 de abril de 2018.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Prorrogações de contratos de concessão do serviço de transporte público no Município de Ferraz de Vasconcelos. Decisão que acolhe pedido da Municipalidade para, como assistente litisconsorcial, ampliar a imputação contra um dos corréus e incluir o atual Prefeito no polo passivo da demanda. Agravo manejado pela empresa de ônibus, também corré.

Acesso ao Sumário

Falta de interesse recursal, na medida em que não há, no aditamento, qualquer pedido de condenação em relação a esta em virtude dos fatos ali narrados. Posterior desistência, pela Prefeitura, do pedido de emenda. Recurso não conhecido.

VOTO

I- Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por **RADIAL TRANSPORTES COLETIVOS LTDA**. contra decisão de fl. 97 (fl. 847 do feito na origem) que, nos autos da ação civil pública proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a empresa e também contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS, o ex-Prefeito Jorge Abissamra e o Prefeito ao tempo do ajuizamento, José Izidro Neto, recebeu o aditamento à inicial em relação à individualização da conduta imputada ao réu José Izidro Neto e os respectivos pedidos de condenação, bem como em relação à inclusão do atual Prefeito, José Carlos Fernandes Chacon, no polo passivo da lide.

A demanda na origem trata de supostos atos de improbidade apurados em inquérito civil, relativos à ilegalidade na prorrogação do contrato de concessão nº 016/1976, firmado entre a Prefeitura de Ferraz de Vasconcelos e a empresa "Radial". O prazo inicialmente contratado era de 10 anos, ao cabo dos quais foi celebrado termo de prorrogação por mais 10 anos, com término em julho/96. Apesar da vigência da CF/88, houve nova prorrogação por igual período, a terminar em julho/06. Após, a Prefeitura, representada pelo então Prefeito e corréu Jorge Abissamra, novamente prorrogou o pacto por mais 14 anos (até julho/2020). O argumento para a última prorrogação seria o reequilíbrio econômico-financeiro da empresa contratada, que teria sofrido prejuízos decorrentes da prática clandestina de lotação por táxis na cidade, bem como da expansão de suas atividades sem contraprestação por parte da contratante, sobretudo na recomposição dos valores tarifários.

Acesso ao Sumário

Diante da inconstitucionalidade das prorrogações firmadas posteriormente a 1988, a Prefeitura instaurou a Sindicância nº 9094/2015, cujo relatório considerou ilegais as prorrogações. Contudo, pelas últimas informações obtidas, ainda não teria havido julgamento pelo Chefe do Executivo em decorrência de Incidente de Suspeição dos membros da comissão sindicante.

Os réus "Radial" e Jorge apresentaram defesa prévia.

A Prefeitura então apresentou petição pugnando pela sua admissão no polo ativo na qualidade de Assistente Litisconsorcial do MP e requerendo a emenda da inicial para individualização da conduta de José Izidro, já ex-Prefeito, que teria determinado a suspensão da mencionada sindicância com

base na alegação de suspeição dos procuradores municipais que a relataram. O procedimento ficou totalmente parado até o final de 2016, quando terminou seu mandato, "(...) graças aos 'acertos' de propina paga a José Izidro por parte da Radial (...)" (sic, fl. 83). Aponta conduta dolosa do réu na paralisação da sindicância, inclusive juntando vídeo que circula pela internet que indicaria tal conluio. Também pugnou pela inclusão do atual Prefeito, José Carlos Fernandes Chacon, no polo passivo em virtude de ter ele mantido a conduta de favorecer ilicitamente a "Radial", pois recebeu recurso da empresa com efeito suspensivo sem nem mesmo julgar a sindicância, tudo para ajudar a empresa a continuar explorando ilicitamente o transporte público municipal. Após ser instado por procurador municipal a decidir o dito procedimento, José Chacon não o fez e ainda mandou instaurar procedimento contra o procurador. O intuito de beneficiar a "Radial" se confirma porque José Chacon, teria criado uma comissão para embasar nova licitação para o transporte coletivo, informado o Juízo sobre tal fato, mas não disse que tal procedimento estaria paralisado há 4 meses. A "Radial", segundo os subscritores do pedido, teria "ajudado" a campanha de José Chacon. Assim, pede em caráter liminar que José Carlos seja compelido a julgar o mencionado procedimento administrativo em 5 dias sob pena de multa diária, além da decretação da indisponibilidade dos bens deles. Além disso, (I) a individualização da conduta de José Izidro e (II) a inclusão de José Chacon no polo passivo e sua condenação por improbidade (fls. 81/92).

Instado a se manifestar, o MP foi contrário ao pedido, já que a ampliação objetiva ou subjetiva da demanda certamente trará maior lentidão para solução do caso. Destaca a possibilidade de o colegitimado município ajuizar demanda inteiramente nova em face do atual prefeito, a ser distribuída por dependência, após a necessária apuração a sua conduta comissiva ou leniente com a solução do caso. Os pedidos condenatórios de aplicação das sanções do artigo 12 da LIA em face de José Izidro estão em conformidade com a legislação vigente e sua conduta foi perfeitamente individualizada, pelo que a emenda à inicial é absolutamente descabida e só tende a atrapalhar o curso do processo, notadamente quando se está diante de um colegitimado que pode inaugurar demanda nova, sem que seja necessário o refazimento desnecessário de alguns atos processuais. Mais correto que seja rejeitado o pedido para maior efetividade e rapidez na solução da lide em atenção ao interesse público e social (art. 127 da CF) e à máxima efetividade da tutela coletiva (fls. 94/96).

Sobreveio o *decisum* guerreado, onde o Juízo asseverou que o atual Prefeito (José Chacon) possui vinculação direta com os fatos narrados na exordial, tanto em relação à prorrogação supostamente irregular do contrato como no tocante ao julgamento das sindicâncias, e sua inclusão não causaria retrocesso ou morosidade do feito. Determinou a notificação dele para apresentação de resposta e justificações, inclusive em relação à morosidade na tramitação e

Acesso ao Sumário

julgamento das sindicâncias mencionadas pelo Município, nos termos do artigo 17, §7º da Lei de Improbidade.

Nas razões recursais, a agravante "Radial" se insurge contra a decisão na específica parte em que acolheu, como razão de decidir, a propalada demora do atual prefeito no tocante ao julgamento das sindicâncias que atualmente versam sobre o tema. Nenhum réu, principalmente os que já haviam se manifestado, foi intimado a dizer sobre a petição que, pretensamente, pediu a emenda da inicial. Diante da pretensão de a Municipalidade ocupar o polo ativo, quando o MP a inseriu no polo passivo, a oitiva do *Parquet* era prudente (e ocorreu), mas não obrigatória. Já a oitiva dos réus era indispensável, em atenção ao contraditório, ainda mais daqueles que já ofertaram defesa prévia. A pretensão deduzida em nome da Prefeitura é de cumular uma nova lide, com pedido e causa de pedir totalmente diversos daqueles da inicial do MP, em face de outro indivíduo que não fora originalmente incluído no polo passivo. Em resumo, na ação originária o MP propôs ação em face do Município, da concessionária e das pessoas teriam responsabilidade nos atos ilegais de prorrogação, pleiteando a nulidade de tais aditamentos, ao passo que o pedido que deu ensejo ao *decisum* guerreado afirma que o atual Prefeito deve responder por procrastinação na tomada de decisão em sindicância meramente administrativa. Aponta ofensa ao art. 113, I e III, do CPC, pois não há conexão entre o pedido de nulidade da prorrogação de dada concessão e o pedido de penalização por procrastinação de decisão em sindicância, nem a causa de pedir de um, a ilegalidade, está conexa com a causa de pedir de outro, a não decisão da sindicância. O ajuizamento da ACP não impediu/suspendeu o andamento da sindicância. Tece ainda comentários sobre o fato de um Procurador do Município movesse ação em nome da pessoa jurídica contra o representante legal desta mesma pessoa jurídica e pede a concessão de efeito suspensivo e ao final que se reforme a r. decisão agravada, extirpando a inclusão de nova lide no processo, bem como o ingresso de novo réu em razão de pedido e de causa de pedir totalmente estranho.

Recurso processado com a concessão de efeito suspensivo (fl. 104), o MP manifestou-se no sentido de que a Prefeitura, e não ele, deveria ser intimada para responder (fls. 110/112). No mesmo sentido o parecer da D. Procuradoria (fls. 117/121).

Acesso ao Sumário

A Prefeitura então foi intimada e apresentou contraminuta onde sustentou que o recurso perdeu seu objeto, na medida em que, visando a superar as limitações de ordem processual arguídas pelo Agravante, o Município propôs a Ação de Improbidade Administrativa, a qual recebeu o nº 1003683-47.2017.8.26.0191, a qual traz como objeto os mesmos fatos narrados na emenda à inicial da Ação de Improbidade. Portanto, tais fatos agora são objeto de ação autônoma. A contraminuta veio acompanhada de cópia da inicial da ACP (fls. 150/170), da manifestação do MP naqueles autos (fls. 171/174), da decisão que determinou

a notificação de José Chacon para defesa prévia (fl. 175) e cópias de outros processos movidos pela Prefeitura contra os ex-Prefeitos.

Novo parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça salientando que o aditamento não imputa a prática de qualquer fato à agravante, que portanto carece de interesse/legitimidade para impugnar a r. decisão interlocutória. Também sustenta que não houve perda do objeto, pois a ação de improbidade administrativa movida pela Prefeitura contra o atual prefeito ainda não foi recebida, encontrando-se na fase de defesa preliminar.

É o relatório.

II- Melhor analisando a questão, o caso é de não conhecimento do recurso.

Como já visto, a decisão combatida recebeu pedido de aditamento formulado pela Prefeitura de Ferraz de Vasconcelos, no qual esta pleiteia sua admissão no feito como assistente litisconsorcial do autor, além de buscar a inclusão de outro ato ímprobo do ex-Prefeito José Izidro, de obstar a conclusão de procedimento administrativo que apurava a prorrogação indevida dos contratos de concessão do transporte municipal, e também a inclusão do atual Prefeito, José Carlos Chacon (que já fora Chefe do Executivo em 1996 e promovido a segunda prorrogação do contrato) no polo passivo da demanda em razão de ter prosseguido na conduta do antecessor de evitar a conclusão do mesmo procedimento, tudo para beneficiar a empresa "Radial", com a qual já tinha ligações espúrias.

No entanto, embora a peça faça referências a condutas irregulares da empresa "Radial", inclusive de pagamento de propina, o fato é que não foi formulado qualquer pedido de condenação da empresa, nem mesmo de agravamento das penas já requeridas pelo MP em razão destas supostas irregularidades. Limitou-se a Municipalidade a individualizar a conduta de José Izidro, além de requerer a inclusão de José Chacon no polo passivo e pedir a condenação de ambos por improbidade em virtude da conduta destes referente ao retardamento do desfecho da mencionada sindicância.

Tanto assim que o Juízo recebeu o mencionado aditamento unicamente "(...) em relação à individualização da conduta imputada ao réu José Izidro Neto e os respectivos pedidos de condenação, bem como em relação à inclusão do atual prefeito José Carlos Fernandes Chacon no polo passivo da lide (...)".

Desta forma, a decisão não trouxe (e nem trará) qualquer gravame à empresa, já que não poderá haver sua condenação em razão destes fatos sem pedido. Tal conclusão ainda é reforçada pelo fato de a agravada ter desistido da emenda em razão de ter proposto ação autônoma (fl. 959 do feito na origem).

Pelo exposto, **não se conhece** do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033869- 90.2018.8.26.0000, da Comarca de Limeira, em que é agravante MUNICÍPIO DE LIMEIRA, é agravada ANTONIA BEGO MARTINS (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: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.627)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 13 de abril de 2018.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA – Agravada portadora de arritmia cardíaca e trombose – Pretensão ao fornecimento gratuito de medicamentos – Necessidade comprovada – Obrigação do fornecimento pelo SUS – Garantia constitucional (Art. 196 da CF) – Presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada – Possibilidade de cominação de *astreinte* – Adoção do princípio da razoabilidade para fixação de teto – Possibilidade de apreciação de medida de urgência, conforme precedente do STJ – Recurso parcialmente provido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 52/53 que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pela agravada contra o agravante, deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar que o recorrente conceda os medicamentos pleiteados pela autora em vinte dias, sob pena de multa mensal no valor de R$ 442,92.

Alega o recorrente que o prazo fixado é exíguo, incompatível com os procedimentos necessários à aquisição dos medicamentos; que as *astreintes* foram fixadas em valor além do razoável e proporcional; que a tutela

provisória não pode prevalecer, uma vez que a concessão de medicamentos não padronizados pelos entes federativos é assunto do REsp 1.657.156, a ser julgado sob o regime dos recursos repetitivos; que a agravada não comprovou sua hipossuficiência financeira; que o relatório de apenas um médico é insuficiente para comprovar a real necessidade do medicamento; que a execução de políticas públicas no âmbito do SUS é discricionária e que, portanto, a decisão atacada implica desrespeito à divisão dos poderes; que haverá a preterição de direito da coletividade em favor de direito individual. Requereu a concessão do efeito suspensivo ao recurso.

Recurso tempestivo, tendo parcialmente concedido o pedido de concessão do efeito suspensivo (fls. 60).

Contraminuta a fls. 65/75.

FUNDAMENTOS

É da competência dos Municípios prestar serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e respectivo Estado (art. 30, VII, da Constituição Federal), sendo certo que o atendimento integral é da competência do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme estabelece o artigo 198, II, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que cabe ao SUS, além da atribuição do planejamento e organização da distribuição de serviços de saúde à coletividade, o atendimento individual do necessitado (art. 18, III, letra "a", da Lei Federal nº 8.080/90).

Inegável, pois, a obrigatoriedade de a Administração Pública, por meio do SUS, fornecer ao doente a medicação de que necessita, sob pena de sofrer grave risco à sua saúde.

E esta obrigatoriedade se estende a todos os entes políticos da Federação que devem manter em seus respectivos orçamentos, conforme o comando da Constituição Federal e da legislação ordinária federal e estadual (Lei Federal nº 8090/90 e Lei Estadual nº 791/95), dotação de créditos para o financiamento para ações e serviços do SUS (art. 42 e seguintes da Lei nº 8080/90).

Daí a conclusão de que cabe ao Município dispor em seus orçamentos fiscais e de investimentos sobre verbas destinadas ao gasto com medicamentos, cujos preços extrapolam as possibilidades econômicas dos desprovidos de rendimentos suficientes.

A questão central, contudo, que deve ser respondida diz respeito aos critérios a serem adotados quando o jurisdicionado, ao ver recusado seu pedido pela Administração, procura guarida junto ao Poder Judiciário.

Esta relatoria tem adotado o entendimento de que, não obstante os pedidos sejam feitos em face da dramática urgência do medicamento, deve o Judiciário acautelar-se no acolhimento do pleito, sob pena de conceder remédio a quem pode adquiri-lo, ou simplesmente pode ser apenas um medicamento suplementar,

Acesso ao Sumário

dispensável, ou ainda importado em substituição a similares existentes no País, quebrando assim o princípio legislativo do SUS de atendimento, em primeiro lugar, da população mais carente.

No caso em apreço, o receituário médico e a declaração de fls. 37/38 confirmam e justificam a absoluta necessidade dos medicamentos de uso contínuo à paciente, que não pode adquiri-los, pois é hipossuficiente (cf. extrato do INSS de fls. 36).

Na hipótese, uma vez demonstrada a imprescindibilidade do tratamento proposto, bem assim a hipossuficiência da autora, ora agravada, deve ser-lhe garantido o fornecimento dos fármacos prescritos pelo médico que a assiste, sendo suficiente para demonstrar sua necessidade e adequação.

E, não se trata de ignorar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) ou as normas que disciplinam o orçamento, as quais não descem a minúcias como dizer quais os medicamentos que deverão ser adquiridos com os recursos públicos.

Por conseguinte, inexiste violação ao princípio da separação dos Poderes, uma vez que a questão orçamentária não implica restrição, como já decidido por esta Corte, pelo Rel. Des. Rebello Pinho, Apel. nº 334.954-5/2, v. u., j. de 20.10.03:

"Cumpre notar que se a despesa para o cumprimento de preceito constitucional precisa de prévia previsão orçamentária, isso deve ser providenciado pelo Estado e não pela apelada. O acolhimento do entendimento da Fazenda do Estado implicaria na impossibilidade de sua condenação de qualquer benefício previsto na Constituição ou na legislação infraconstitucional para os quais o Estado não tivesse providenciado a oportuna previsão orçamentária e, isto corresponde, em última análise, em reconhecer que caberia aos elaboradores do orçamento dizer o que é direito ou não, independentemente de disposições constitucionais e infraconstitucionais legais instituidoras de direito e garantias, bem como tornaria inúteis todas as normas constitucionais pertinentes ao controle jurisdicional da Administração."

Este é o entendimento pacificado desta Corte, nos termos do enunciado da Súmula 65, que se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso em apreço:

"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".

A questão não está atrelada à análise da viabilidade econômica do Poder Público em atender aos necessitados, mas, sim, de resguardar um direito do

cidadão garantido pela Constituição Federal.

Por outro lado, embora não se negue que a lista padronizada de medicamentos é essencial para a orientação da política de saúde pública, ela não se presta para servir de único pressuposto ao direito que tem o cidadão de obter o atendimento objeto da prescrição médica.

O fato de o medicamento requerido não constar da lista oficial ou padronizada estabelecida pela política de saúde ou de assistência farmacêutica não obsta o fornecimento público, pois as necessidades da vida têm dinâmica própria, revelando-se incompatível com a lenta burocracia estatal de listagem ou padronização, não sendo demais lembrar que as necessidades urgentes e impostergáveis dos pacientes devem ser avaliadas diante do fato concreto, conforme específica avaliação médica, e não por modelo abstrato de padronização.

Por outro lado, o *periculum in mora* está presente, porquanto a saúde da agravada depende dos medicamentos pleiteados e em razão do receio de ineficácia da medida se concedida apenas no final.

Presentes, pois, os requisitos autorizadores da liminar.

Como já assentou o Supremo Tribunal Federal, "*O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida*". (RE 271.286- AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.9.2000, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000).

Quanto à questão referente à imposição de multa cominatória, indiscutível a possibilidade de fixação de *astreintes* contra pessoa jurídica de direito público, em face de sua natureza coercitiva com o fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial (STJ – 1ª T., REsp 770.753, Min., Luiz Fux, j. 27.2.07, DJU 15.3.07).

Quanto ao valor atribuído, há que se atentar para o princípio da razoabilidade, como consta do julgado inserto na obra de Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Editora Saraiva, 43ª ed., nota 7a ao artigo 461, pág. 524: "*As astreintes podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra* ***pessoa jurídica de direito público****, que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado " (STJ-RF 370/297: 6ª T., REsp 201.378). No mesmo sentido: STJ-RT 889/186: 2ª T., RE 495740; esse acórdão foi proferido em sede de referendo à tutela antecipada); STJ-5ª T., REsp 267.466, Min. Félix Ficher, j. 3.10.00, DJU 23.10.00; STJ-1ª T., REsp 690.483-AgRg., Min. José Delgado, j. 19.4.05, DJU 6.6.05; STJ-2ª T., REsp 810.017, Min. Peçanha Martins, j. 7.3.06, DJU 11.4.06; RT 808/253, 855/255*".

"*Em princípio, aplica-se às pessoas jurídicas de direito público a*

Acesso ao Sumário

disciplina do art. 461 do CPC. Mas, há que atentar para a razoabilidade no uso dos meios coercitivos, pois a administração, jungida à legalidade, nem sempre exibe condições de atender, prontamente, as chamadas "prestações positivas" resultantes dos comandos constitucionais. E ainda há que considerar que, por lastimável deficiência do ordenamento jurídico pátrio, a multa grava o Erário, jamais o agente político ou o servidor com competência para praticar o ato, pessoalmente, o que, no fundo, a torna inócua" (RJ 314/104; a criação é do voto do relator, Des. Araken de Assis). No mesmo sentido: JTJ 323/123 (AI 711.429-/5-00).

E, no caso em tela, afigura-se razoável se o valor mensal de R$ 492,92, equivalente à estimativa do valor total dos medicamentos, limitando-se, contudo, ao total de R$ 20.000,00, na hipótese de atraso do cumprimento.

Anoto, por fim, que a presente decisão não se sujeita à suspensão determinada pelo REsp nº 1.657.156/RJ DJ-e de 03.05.17.

Como ressalvado em Questão de Ordem:

*"A Seção, em questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Relator, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, decidiu ajustar o tema do recurso repetitivo, nos seguintes termos: "Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em normativos do SUS". **Deliberou, ainda, à unanimidade, que caberá ao juízo de origem apreciar medidas urgentes**"* (grifei-Q.O. na ProAfR no REsp nº 1.657.156-RJ v.u.-site STJ, em 24.05.17).

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2028405-85.2018.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA - DAEM, é agravado NEIDE GONÇALVES.

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 32.661)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 6 de abril de 2018.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: PESQUISA RENAJUD – Execução fiscal – Tarifa de água e esgoto – Exercícios de 2007 a 2010 – Insurgência contra a decisão que indeferiu o pedido de pesquisa/bloqueio de veículos pelo sistema RENAJUD – Cabimento da medida. Agravo provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução ajuizada pelo recorrente, indeferiu o pedido de pesquisa de bens pelo sistema RENAJUD. Busca o agravante a reforma do *decisum* sustentando, em síntese, o seguinte: a ausência de motivação idônea para o indeferimento do pleito; violação do devido processo legal e do regular interesse do credor na satisfação do crédito, já que a medida requerida representa ferramenta eletrônica com a finalidade de buscar veículos.

Regularmente processado, sem apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Comporta provimento o recurso.

Trata-se de execução fiscal fundada em tarifa de água e esgoto, dos exercícios de 2007 a 2010, ajuizada pelo Departamento de Água e Esgoto de Marília - DAEM, consoante se extrai de fls. 10/12.

O Juízo *a quo* indeferiu o pedido de pesquisa/bloqueio pelo sistema RENAJUD (fls. 24), por entender que os "*resultados das pesquisas em busca de bens do(a) executado(a) por meios eletrônicos e ofícios, realizados nesta serventia, mostraram pouco significativos diante do universo de processos em que foram praticados. Tais procedimentos não contribuem para solução do processo e vêm consumindo, absolutamente em vão e em larga escala, o preciosíssimo tempo deste assoberbado Juízo*" (fls. 25/26).

Respeitado o entendimento diverso do Magistrado, com razão está o recorrente.

É que o resultado pouco significativo obtido por meio de pesquisas eletrônicas e ofícios solicitados em outras execuções fiscais não pode servir como fundamento para o indeferimento do requerimento do exequente.

A medida solicitada representa, pois, ferramenta idônea do credor na perseguição de seu crédito, uma vez que, por meio do sistema RENAJUD, é possível a obtenção rápida de informações sobre veículos em nome do devedor e, até mesmo, mediante provocação do exequente, a efetivação de determinadas

Acesso ao Sumário

restrições com o escopo de tornar eficiente a prestação jurisdicional.

Nada obsta, assim, a adoção da providência junto ao sistema RENAJUD.

Na conformidade do exposto, então, meu voto propõe dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2075350-04.2016.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante OSVALDO LESCRECK FILHO, são agravados ANTONIO FERNANDES FILHO (INVENTARIANTE), CLAUDIO FERNANDES, TERESA DE JESUS FERNANDES MATHIAS (ESPÓLIO), ISMAEL FERNANDES (ESPÓLIO), FRANCISCO FERNANDES (ESPÓLIO), PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS e ANTONIO FERNANDES (ESPÓLIO).

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 12.963)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 11 de abril de 2018.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: DIREITO PÚBLICO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESAPROPRIAÇÃO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DECISÃO QUE ATRIBUIU HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À PARTE E NÃO AO ADVOGADO – INADMISSIBILIDADE – É incabível, a pretexto da inexistência da Lei nº 8.904/94, (Estatuto da Advocacia) quando do ajuizamento da ação, conferir a honorária à parte, pois referida verba somente passa a existir com a sucumbência, sendo exigível quando do trânsito em julgado – Precedentes – Hipótese em que o trânsito em julgado ocorreu na vigência da Lei nº 8.904/94 que assegura ao patrono os honorários sucumbenciais (artigos 22 e 23) – Ademais, a sentença

Acesso ao Sumário

expressamente atribuiu a honorária ao causídico, prevalecendo a coisa julgada – Posterior ação de arbitramento não pertinente à questão, cuja causa de pedir se referia a honorários contratuais, não tendo o acordo ali homologado feito qualquer alusão aos honorários sucumbenciais – Decisão reformada – Agravo de instrumento provido.

VOTO

1. RELATÓRIO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em ação de desapropriação em cumprimento de sentença, contra r. decisão que conferiu os honorários advocatícios aos exequentes e não ao advogado que atuou no feito, proferida nos termos seguintes:

"Vistos.

Os cálculos foram efetuados pelo DEPRE.

As planilhas foram juntadas às fls. 740/747.

Cumpre anotar que o Estatuto da Advocacia foi promulgado em1994.

A Lei Federal 8906/94 estabelece que os honorários fixados pertencem ao advogado (artigos 22 e 23).

No entanto, esta ação foi ajuizada em 27 de março de 1990, antes da edição do Estatuto da Advocacia.

O estatuto processual, em vigor na data do ajuizamento e aplicável no caso vertente, destinava a verba honorária em favor dos exequentes, a fim de evitar um prejuízo pela contratação e pagamento do profissional da advocacia.

A lei não pode ter efeito retroativo.

Dessa forma, indefiro o pedido de levantamento de valores pelo antigo patrono.

Regularizem os exequentes as suas representações processuais, em dez dias.

Intimem-se." (fls. 32).

Inconformado (fls. 01/10), o agravante aduziu que, no caso, os honorários lhe pertenceriam, porque a r. sentença transitada em julgado os teria fixado expressamente em favor do advogado dos expropriados e, além disso, teria sido proferida na vigência da Lei Federal nº 8.906/94.

Acesso ao Sumário

Apresentadas contraminutas com documentos (fls. 100/121 e fls. 122/139) sobre os quais se manifestou o agravante (fls. 144/132).

Seguiram-se procedimentos para comprovação da regular habilitação dos herdeiros (fls. 150/185).

O d. juízo *a quo* prestou informações (fls. 199).

A d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo provimento do recurso (fls. 204/205).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

Este agravo de instrumento comporta provimento.

Com efeito, r. sentença transitada em julgado em 23/03/1999 (fls.31) foi expressa ao atribuir honorários advocatícios ao "***advogado dos*** herdeiros" (fls.22) sendo certo que, então, já vigia a Lei nº 8.904/94 (Estatuto da Advocacia) que, em seus artigos 22 e 23, assegura ao patrono os honorários sucumbenciais.

É equivocada a premissa de que não pertenceriam ao advogado porque ajuizada a ação antes da vigência da referida lei, uma vez que os honorários advocatícios somente passam a existir com o advento da sucumbência, sendo exigíveis a partir do trânsito em julgado da sentença que os fixou.

A propósito:

"Apelação Cível - Embargos à Execução - Incidência dos juros de mora sobre a verba honorária - Execução contra a Fazenda Pública - ***Juros sobre honorários advocatícios devidos somente a partir da configuração da mora, ou seja, após escoado o término do prazo para cumprimento voluntário da obrigação*** *- Precedentes do STJ - Recurso provido."* (TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0053651-65.2012.8.26.0053, Rel. SOUZA MEIRELLES, j. em 25/03/2015 – destaquei em negrito).

"EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. MUNICÍPIO DE OSASCO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS NAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. VERBAS NÃO TRIBUTÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 11.960/2009 RESTRITA À ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA 810 (RE 870947). Aplicação da Lei 11.960/2009 às condenações judiciais relativas às verbas não tributárias, afirmada a constitucionalidade pelo STF (tese do TEMA 810 de Repercussão Geral) da aplicação da Lei 11.960/2009 dos juros de mora segundo o índice de remuneração das cadernetas de poupança e a inconstitucionalidade desta como atualização monetária, observando eventual modulação pelo STF. ***JUROS SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Incidência a partir da data do***

Acesso ao Sumário

trânsito em julgado. Inteligência do artigo 85, §16, do CPC*. Recurso parcialmente provido."* (TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1006140-26.2016.8.26.0405, Rel. LEONEL COSTA, j. em 07/02/2018 – destaquei em negrito).

Por amor ao argumento, ainda que assim não fosse, o título executivo foi expresso e inequívoco ao atribuir a honorária ao advogado – e não à parte – devendo ser respeitada a coisa julgada.

Isso porque, a coisa julgada é garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, C.F.), erigida a cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, C.F.), não se admitindo, nem mesmo, proposta de emenda constitucional tendente a aboli-la, muito menos flexibilizá-la em cumprimento de sentença.

Aliás, como o próprio nome da fase processual indica, no cumprimento de sentença executa-se o que consta do título. Nem mais, nem menos.

Assim, como constou expressamente na r, sentença fixação de honorários à razão de 10% sobre a diferença entre a indenização e a oferta, **em favor do advogado** e, tendo transitado em julgado, seus termos não podem mais ser modificados, sequer para adequação ao percentual previsto no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei nª 3.365/41.

Ressalte-se que "*nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide"* (art. 505, N.C.P.C.) e, *"transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*" (art. 508, N.C.P.C.).

Por fim, consigne-se que em nada interfere a ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios (fls. 102/107) à questão, pois esta teve como *causa petendi* o arbitramento e a cobrança de **honorários advocatícios contratuais** (fls. 110/111 e fls.124/129) – e não poderia ser de outro modo, visto que os sucumbenciais já estavam fixados pela sentença, não comportando qualquer arbitramento.

Demais disso, não consta do acordo feito e homologado naquela ação qualquer referência aos honorários sucumbenciais (fls. 130/133).

Isto posto, reforma-se a r. decisão fustigada, assegurando-se ao agravante os honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000374-44.2016.8.26.0614, da Comarca de Tambaú, em que é apelante WILLIAM DOS SANTOS, é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.745)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: INDENIZÁTORIA – TESTEMUNHA – ENTENDIMENTO DO JUIZ PELA OCORRÊNCIA DE FALSO TESTEMUNHO – FLAGRANTE FORMALIZADO – PROCEDIMENTO – DENÚNCIA – REJEIÇÃO – O PRÓPRIO ESTADO RECONHECEU DA AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE RESPALDO PARA REPARAÇÃO POR DANO MORAL.

A conduta de magistrado que entende da ocorrência de falso testemunho e propicia o desencadeamento da denúncia correspondente, não agiu com dolo. Na sequência, o denunciado teve o reconhecimento do próprio Estado quanto a sua inocência, não havendo restrição de direito e sequer extrapolamento de prazo em trâmite correspondente.

Improcedência mantida. RECURSO NEGADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Willian dos Santos propôs ação pelo rito ordinário contra a Fazenda do

Estado, objetivando indenização por danos materiais e moral, abordando o direito e dos fatos, resumindo que foi testemunha em processo de revisão de pensão alimentícia, na comarca de Casa Branca e quando ouvido em audiência o juiz lhe deu ordem de prisão; narra sobre o seu constrangimento e do abuso de autoridade e violação legal; argumenta do direito a danos morais, pedindo a procedência da demanda na quantia de R$ 100.000,00, demais encargos.

A r. sentença de fls. 82/88, julgou improcedente a ação.

O autor apelou a partir de fls. 118, resumindo o processado e discorrendo do direito, invocando o art. 37, § 6º CF e dos encargos processuais que incumbem a parte; menciona a respeito do delito de falso testemunho, o qual não praticou; argumenta ainda da rejeição da denúncia; menciona sobre o direito a liberdade, qual foi privado por onze meses; conclui pedindo a reforma da r. sentença, acolhendo os termos do apelo.

Contrarrazões a partir de fls. 151.

É o relatório.

A pretensão indenizatória por ocorrência de dano moral tem como origem a fato de o ora autor e apelante ter sido testemunha em demanda da esfera de Família, cujo depoimento foi entendido pelo M. Juiz que presidiu a audiência entender que seu depoimento implicou em falso testemunho.

Pelo que pode ser depreendido dos elementos transcritos pelo advogado do autor a fls. 24/32, observado os termos transcritos, constata-se que houve contrariedade de depoimentos entre Diego e o autor, levando o M. Juiz entender que a conduta da testemunha (ora autor) não correspondia à realidade, conclusão esta discutível e provavelmente precipitada por parte de que presidia o ato judicial. Todavia, aquela situação de flagrância foi ponderadamente resolvida na via criminal, com a equilibrada colocação do M. Juiz criminal: "*Pelo que se verifica dos autos, em especial da análise detida dos depoimentos prestados nos autos do processo cível, não se verifica divergência ou contradição que caracterize falso testemunho. Assim, ausente condição da ação penal (possibilidade jurídica do pedido, compreendida como o existência de uma conduta típica, ilícita e culpável), reconsidero a decisão de fls. 34 e Rejeito a Denúncia, com fundamento no art. 395, II, do CPP*".

Esta conclusão jurisdicional é exaustiva, propiciando ao então denunciado expresso reconhecimento do Estado de que foi descabido e afoito o ato de denúncia referentemente aos fatos ocorridos na audiência retro citada. Ademais, não consta tenha sido extrapolado prazo, quanto a restrição de liberdade (art. 5º, inciso LXXV, parte final, da CF).

A este respeito, em situação assemelhada, consta assentada jurisprudência desta Corte:

"Responsabilidade civil do Estado e indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

Recusa do Escrivão de Polícia de entregar arma de fogo ao Delegado de Polícia. Alegação do autor de que foi injustamente acusado pelo crime de desobediência, lavrando-se a respectiva portaria, culminando com a instauração de processo criminal e procedimento administrativo disciplinar na Corregedoria da Polícia Civil, em sede de sindicância administrativa disciplinar. Termo circunstanciado arquivado por ausência de provas da materialidade delitiva. Inadmissibilidade na pretensão de obter reparação por dano moral. Sentença de improcedência. Manutenção. Recurso não provido – "Sem a ocorrência de dolo ou culpa a só instauração de procedimento contra a pessoa não poderá ensejar reparação, sabido que a autoridade tem o dever de instaurar o procedimento, seja administrativo ou penal, sempre que houver ***notitia criminis*** *e indícios de ocorrência da prática de ilícito".*

(cf. Apelação n. 255.900-5/1, rel. Des. Rui Stoco, j. em 14.09.2005).

De conseguinte, reconhecida a reparação formal da precedente e precipitada denúncia, com claro e pleno reconhecimento da ausência de figura típica para o delito, denota esgotada a questão, não ensejando reparação pelo Estado, que agiu prontamente em reconhecer da rejeição da denúncia, bem como nenhuma mostra de conduta ilegal do trâmite posterior a fato originário do pleito, como também não caracterizada conduta dolosa por parte de quem presidia a audiência na qual resultaram os fatos reportados pelo autor.

A improcedência da demanda fica mantida, deixando de aplicar o art. 85, § 11, do CPC, em decorrência de ser o recorrente beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Admite-se o prequestionamento dos dispositivos legais e constitucionais expressamente consignados pelas respectivas partes.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0034538-90.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante RAFAEL ANANIAS E CIA LTDA., é apelada JULIANA AZENHA MARTINS.

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 36.527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2018.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA. 1. Inexistência de relação jurídica e indenizatória por danos morais em razão de ter sido o autor alvo de fraude na aquisição, por terceiro, de veículo em seu nome. 2. Dano moral caracterizado. 3. Anulação do débito fiscal a que não deu causa e exclusão da inscrição no CADIN. 3. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com anulatória de débito fiscal e danos morais movida por Juliana Azenha Martins em face da Fazenda do Estado, Rafael Ananias e Cia Ltda. e Banco Itaucard, ao argumento de que teve seus documentos usados por terceiro desconhecido para adquirir o veículo motocicleta *Honda Biz*, ano 2010, placa EOG-0583, em concessionária da corré, por meio de contrato de mútuo contraído junto à instituição, sendo que, mesmo tendo lavrado boletim de ocorrência e contribuído para a persecução criminal atinente ao fato, teve o nome inscrito no CADIN estadual. Ante isso, objetiva o reconhecimento da inexistência da relação jurídica dos contratos de venda e compra e mútuo, a anulação dos débitos de IPVA e a declaração de inexigibilidade dos exercícios futuros com a exclusão definitiva de seu nome do CADIN, além da condenação de todos ao pagamento de indenização por dano moral.

Julgou-a parcialmente procedente a sentença de f. 128/31, cujo relatório é adotado, *para 1) declarar a inexistência, 'ab ovo', de relação jurídica entre a autora e o veículo Honda Biz, ano 2010, placa EOG 0563; 2) declarar a inexigibilidade do IPVA referente a tal veículo nos exercícios vencidos e vincendos, enquanto permanecer o caráter vicioso de sua propriedade, decorrente do estelionato ocorrido; 3) determinar seja providenciada a imediata exclusão do nome da autora do CADIN Estadual ou de qualquer outro cadastro de devedores, bem como determinar que as requeridas de abstenham de negativar o nome daquela em razão de débitos relacionados ao veículo acima descrito; e 4) condenar a corré Rafael Ananias e Cia Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais no valor correspondente a R$5.000,00 (cinco mil reais). Finalmente, diante da sucumbência mínima da parte autora, condeno a Fazenda do Estado de São Paulo, na proporção de 30%, e a corré Rafael Ananias e Cia LTDA,*

Acesso ao Sumário

na proporção de 70%, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Decisão não sujeita ao reexame necessário.

Apela a corré Rafael Ananias e Cia Ltda. Deduzindo primeiramente preliminares de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e ilegitimidade passiva, alega que não restou, de sua parte, caracterizada qualquer conduta ilícita, como tampouco agiu com desídia ou negligência, condição *sine qua non* para se lhe imputar o dever de indenizar. Pretexta, subsidiariamente, a redução da indenização (f. 137/49).

É o relatório.

O apelante fundamenta as preliminares de nulidade da sentença por cerceamento de defesa no argumento, em síntese, de que *tendo especificado seu interesse na produção de prova oral, assistia-lhe todo o direito de produzir prova oral no sentido de demonstrar que não houve prática de ato ilícito capaz de imputar a ela o dever de indenizar a título de danos morais e de ilegitimidade passiva por entender que o cerne da discussão é a suposta fraude em dívida contraída entre a apelada e o corréu Banco Itaucard, pois não responde objetivamente perante terceiros por relações de consumo mal constituídas e porque existindo, no máximo, a prática de um crime, não pode ser responsabilizada por ato imputado a terceiro.*

O alegado cerceamento de defesa por ofensa às prerrogativas processuais de realização da prova oral não prospera. De feito, como é cediço, ao juiz, como destinatário da prova, cabe aferir quanto à necessidade ou não da produção probatória requerida, podendo indeferir aquelas que lhe parecerem desnecessárias, impertinentes ou irrelevantes, bem como julgar antecipadamente a lide, nos termos do artigo 355, inciso I, do NCPC.

Na lição de Vicente Greco Filho: *A decisão, contudo, sobre o cabimento ou não do julgamento antecipado não depende da convicção antecipada do juiz, mas da natureza da controvérsia e da situação objetiva constante dos autos*[1].

Daí se extrai que para ensejar a produção de provas, não basta o requerimento das partes, mas que os fatos em debate sejam controvertidos, pertinentes e relevantes, capazes de influir na decisão da causa.

Na hipótese em exame, a documentação acostada foi suficiente para o deslinde da controvérsia, não se vislumbrando, portanto, o alegado cerceamento de defesa.

A alegada ilegitimidade de parte, por sua vez, também não se sustenta, considerando que obviamente responde o vendedor pelas relações jurídicas que intermedeia ou realiza na sua atividade comercial, responsabilidade da qual não

1 Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, Saraiva, 2008, p. 186.

pode se esquivar, em situações como a que aqui se apresenta, sob a singela alegação de ausência de má-fé.

Rejeito, pois, a matéria prejudicial.

No mérito, aduz que a sentença parte de premissa equivocada porque *não restou caracterizada a prática de qualquer conduta ilícita, tampouco a apelante agiu com desídia ou negligência, condição sine qua non para imputar o dever de indenizar* uma vez que *foi formalizada uma compra e venda com pagamento à vista, logo, sem qualquer exigência de consultas cadastrais* com pessoa que apresentou *documento de identificação sem qualquer indício de fraude.*

O cerne da questão diz respeito à responsabilidade do vendedor sob o prisma da legislação do consumidor. É dizer, portanto, há responsabilidade objetiva.

E como bem observou o d. magistrado de primeiro grau, *nos termos do Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 a 17), responde objetivamente (*o vendedor*) perante terceiros por relações de consumo mal constituídas, como no caso dos autos, em que, diga-se, obteve vantagem com a venda descrita na inicial. Os danos morais, no caso, são ex factum, traduzindo-se no impacto negativo da venda fraudulenta na reputação da autora, que teve seu nome lançado em cadastro de maus pagadores, e nos transtornos por ela experimentados para regularização das pendências objeto da ação, tendo, inclusive, de se socorrer do Poder Judiciário.*

Assim, diante do sopeso dessas considerações e tendo em conta os elementos de convicção constantes dos autos, onde se vê claro o liame necessário para a responsabilização do apelante ao pagamento de indenização do dano moral, a procedência da demanda era mesmo de rigor.

No que concerne, finalmente, à pretendida redução da condenação, verifica-se que, de fato, como bem ponderou o d. magistrado sentenciante, *os danos morais, no caso, são ex factum, traduzindo-se no impacto negativo da venda fraudulenta na reputação da autora, que teve seu nome lançado em cadastro de maus pagadores, e nos transtornos por ela experimentados para regularização das pendências objeto da ação, tendo, inclusive, de se socorrer do Poder Judiciário.*

Assim, o valor arbitrado, segundo o seu juízo, não se mostra exorbitante, mas ao contrário, absolutamente condizente com a reparação pelo mal causado, sem importar em enriquecimento indevido, razão pela qual não comporta a redução postulada.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000446-47.2005.8.26.0060, da Comarca de Auriflama, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CENTRAL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA., PORTO DE AREIA IRMÃOS BRAMBILLA LTDA., BRAMBILA COM. DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO e APARECIDA GALORO ROSSI E CIA. LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.352)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 1º de março de 2018.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE LICITAÇÃO.

- A realização de compras diretas e a inobservância das exigências da Lei n. 8.666/1993 indiciam atos ímprobos, a parte *obiecti*. Os indícios correspondentes, entretanto, devem ser confirmados por meio de dilação probatória no curso processual para que se apliquem as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sobretudo para aferir a existência de dolo ou de culpa de caráter grave.

- A indevida dispensa de certame licitatório configura, por si só, afronta à Lei, mas não é bastante para caracterizar a improbidade administrativa.

- A imputação de prática de comportamento ímprobo supõe que a conduta objeto seja (i) ilícita, (ii) desonesta e (iii) nutrida ou de dolo ou de culpa grave, conforme o caso.

- Com efeito, nem toda *actio contra legem* é *actio improba*, porque esta última exige, para logo, um atributo de perversão, de corrupção, de dissolução moral, e, além disso, que se revista de dolo ou culpa

Acesso ao Sumário

com alguma intensidade.

Não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

1. O Ministério público paulista ajuizou ação civil pública contra Fuad Kassis e Outros, buscando a condenação dos requeridos nas sanções cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 (de 2-6), em virtude de apontada prática de atos de improbidade administrativa.

Afirma o demandante que o suplicado Fuad Kassis foi Prefeito da Municipalidade de Auriflama entre 1997 e 2000, dando-se o caso de que, nesse último ano, a Administração local tenha celebrado diversos contratos com as empresas ora requeridas, tudo em afronta da Lei n. 8.666/1993 (de 21-6), circunstância que caracteriza, na óptica do requerente, ato lesivo ao erário, nos termos do inciso VIII do art. 10 da Lei nacional de Improbidade Administrativa (n. 8.249, de 1992).

2. Acórdão desta 11ª Câmara de Direito Público afastou a prescrição reconhecida na origem (fls. 1007-11 e 1094-100), voltando o feito à origem.

3. Com o regresso à primeira instância, ensejou-se dilação probatória, sobrevindo r. sentença de improcedência, fundamentada na falta tanto de prova de dano ao erário, quanto de dolo dos requeridos (fls. 1990-4vº).

4. Apelou o Ministério público, sustentando, conforme exposto na inicial, ser presumido o prejuízo ao Município no caso do inciso VIII do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, bem como estarem comprovados nos autos o superfaturamento e o dolo na conduta objeto (fls. 1996-2016).

Parte dos suplicados respondeu ao recurso (fls. 2025-8, 2067-90 e 2125).

Deu-se vista à digna Procuradoria Geral de Justiça.

É o relatório em acréscimo ao da r. sentença, conclusos os autos recursais em 24 de janeiro de 2018 (e-pág. 2128).

VOTO:

5. Extrai-se do feito que as nele versadas compras junto às requeridas J. Meki Comercial Hospitalar Ltda., S.I. Droga & Cia. Ltda., Sônia A. Bertaglia - ME Ltda., Porto de Areia Irmãos Brambilla Ltda. e Central Materiais para Construção **Auriflama não se submeteram a procedimento de dispensa de licitação.**

Quanto às suplicadas Brambila Com. de Materiais para Construção Ltda., Antônio Scrocaro Auriflama - ME e Aparecida Galoro Rossi & Cia. Ltda., houve processos licitatórios, tendo o Município, porém, adquirido mercadorias **em quantidade maior do que a prevista nos editais dos certames.**

Acesso ao Sumário

Nessas licitações não foram trazidos os documentos de regularidade fiscal das empresas ora apeladas, e, no caso da última requerida (Aparecida Galoro Rossi & Cia. Ltda.), aponta-se também a inobservância de prazo mínimo de 15 dias entre a publicação do edital e a apresentação das propostas. O instrumento convocatório dispôs ser de 11 dias o lapso temporal, sendo que após três dias do término desse prazo, publicou-se retificação, estendendo por mais quatro dias o período para a entrega das propostas.

6. O fornecimento das mercadorias objeto é incontroverso nos autos, e, embora o autor use o termo superfaturamento, os fatos por ele descritos se referem a compras além da quantidade prevista nos editais de licitação, e não propriamente de sobre preço. De resto, não há discordância quanto à existência desses gastos acima da previsão inicial.

Somente quanto à aquisição de combustíveis buscou o Ministério Público verificar eventual sobrepreço, isto ainda nos autos do inquérito civil. Naquele procedimento consta ofício da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, relacionando os preços de mercado à época das compras impugnadas, documento do qual se afere que **os valores pagos pela Municipalidade de Auriflama não se distanciam dos ali indicados** (fl. 148).

7. A ausência de procedimentos licitatórios – quanto à totalidade ou à parte das aquisições – também é fato pacífico, cingindo-se a discussão dos autos à necessidade dos certames em cada um dos casos em tela e à eventual prática de conduta ímproba nas referidas compras diretas.

8. A instauração de processo licitatório e seu escorreito desenvolvimento são de responsabilidade da Administração pública, sendo imputáveis ao particular eventuais irregularidades em caso de confirmado conluio entre o Estado e os licitantes para a prática de fraude.

A participação de somente uma empresa em um certame – tal na espécie o da compra dos combustíveis – não se mostra incomum em uma cidade de menor porte, sendo insuficiente para caracterizar conluio.

Tampouco é possível sustentar a fraude pela não apresentação dos documentos de regularidade fiscal – circunstância que ocorreu em todas as licitações relativas ao presente feito –, ou por ser o prazo para entrega das propostas inferior aos 15 dias previstos em lei, em particular porque se previu de início o prazo de 11 dias, aos quais depois se acrescentaram quatro. Esses fatos indiciam equívocos, irregularidades, na realização do processo licitatório, de preferência à indiciação de improbidade.

Acesso ao Sumário

Há também compras de produtos da mesma espécie e que foram feitas de diferentes fornecedores (medicamentos, materiais de construção), debilitando a alegação de direcionamento.

Assim, do constante dos autos não se extrai comunhão de designíos

para frustrar as licitações, não se confirmando, *nullo modo*, a concorrência das empresas requeridas na cogitada prática de atos de improbidade administrativa.

9. A realização de compras diretas e a inobservância das exigências da Lei n. 8.666/1993, é certo, indiciam eventuais atos ímprobos. Mas os indícios correspondentes haveriam de ser confirmados por meio de dilação probatória nos autos do processo judicial para que se admitissem aplicáveis as sanções estatuídas na Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda que se perfilhe o entendimento de a norma do inciso VIII do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, albergar a ideia de dano *in re ipsa*, há sempre necessidade de prova de *culpa grave ou de dolo* daqueles que participarem dos atos impugnados. É certo que a indevida dispensa de certame licitatório configura, por si só, afronta à lei, mas isto não é bastante para caracterizar a improbidade administrativa.

10. A imputação de prática de comportamento ímprobo supõe que a conduta objeto seja (*i*) ilícita, (*ii*) desonesta e (*iii*) nutrida ou de dolo ou de culpa grave, conforme o caso.

Com efeito, nem toda *actio contra legem* é *actio improba*, porque esta última exige, para logo, um atributo de perversão, de corrupção, de dissolução moral, e, além disso, que se nutra de **dolo** ou **culpa** com alguma intensidade (ou seja, não é todo desvio, não é o pecadilho, não é a falta leve): assim, de fato, o conceito de *improbus* aponta , à origem, ao de *enormis*, ao de *immoderatus* (*vide* FORCELLINI, Aegidio. *Lexicon totius Latinitatis*. 1940. *Appendix* D-J, p. 21). A Lei nº 8.429/1992 foi prudentemente instituída para o escarmento da **improbidade** – é dizer, da desonestidade grave, da imoralidade vultosa –, e não para ser um instrumento de persecução de infrações veniais, tal que, para empregar aqui impressiva alusão do autorizado Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, deste Tribunal de Justiça, implantássemos no País instâncias de pequenas causas de ilegalidades administrativas. **Pequenas causas**, de resto, castigadas com **gravosas penas.**

Ora, a normativa referente aos atos ímprobos não estatui punição para a mera quebra da legalidade, qual se tratara de uma **responsabilização objetiva**, de uma punição ao *versari in re illicita.*

Invoque-se, *ad exemplum*, paradigmático julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da

Acesso ao Sumário

Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10' (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28 /09/2011). Em igual sentido: STJ , REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJ e de 10/10/2014; REsp1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014".

Não é de admitir condenação por improbidade sem prova do elemento subjetivo – dolo ou culpa **grave** –, e essa prova não há nos autos.

11. 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, nego provimento à apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo, mantendo a r. sentença prolatada nos autos n. 0000446-47.2005, da Vara da Comarca de Auriflama.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância no momento da interposição de recursos.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020154-82.2011.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante SODEXO DO BRASIL COMERCIAL LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para reformar-se a sentença a atacada e julgar-se procedente o pedido da autora a fim de anular-se os autos de infrações indicados na inicial, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), CARLOS VIOLANTE e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 1º de março de 2018.
BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação anulatória de lançamento fiscal. Controvérsia relacionada à incidência de ISSQN ou ICMS sobre a atividade tributada, consistente esta na preparação, distribuição e fornecimento de refeições. Nos termos do art.155, §2º, IX, "b" da CF, o ICMS incidirá sobre o valor total da operação quando as mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios. Inteligência da Súmula 163 do STJ.

Os elementos contidos nos autos (notas fiscais, aditivos de contratos, declarações) são suficientes para corroborar as alegações da autora de que sua atividade se sujeita ao recolhimento do ICMS e não do ISSQN.

O recurso da autora deve ser provido para que seu pedido seja julgado procedente. Dá-se provimento ao recurso para reformar-se a sentença atacada e julgar-se procedente o pedido da autora a fim de anular-se os autos de infrações indicados na inicial, nos termos do acórdão. Ato contínuo, a sucumbência deve ser invertida, de modo a carrear-se ao réu a responsabilidade pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00, considerando-se a complexidade da causa e o trabalho do advogado.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de improcedência (fls.793/801) proferida nos autos da ação anulatória de lançamento fiscal ajuizada por **Sodexo do Brasil Comercial Ltda**. em face do **Município de Mauá**. Ante a sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa (R$ 10.000,00).

É dos autos que a autora é pessoa jurídica que se dedica ao fornecimento de refeições coletivas, utilizando-se do restaurante de seus clientes para o fornecimento de refeições aos funcionários destes. No exercício de tal atividade, compra alimentos em seu próprio nome e através de seus próprios funcionários,

os transforma em refeições faturadas para o cliente, amoldando-se, segundo seu entender, aos preceitos do ICMS. Também fornece refeições preparadas com alimentos comprados pelos próprios clientes, recolhendo, nesse caso, ISSQN.

Ocorre que, segundo informa, há clientes que, após contratar inicialmente a segunda modalidade de trabalho da autora, alteram o pactuado para que esta, além de preparar as refeições, também compre os alimentos. Nesse contexto, a autora alega que deixa de recolher ISSQN para passar a recolher ICMS e que os Municípios, inconformados pela perda da arrecadação, a autuaram (AIIMs nº 004.25/09, 005.25/09, 006.25/09, 007.25/09, 008.25/09, 006.25/09).

Aduz que desde janeiro de 2004 não realiza qualquer atividade de prestação de serviço passível de tributação pelo ISSQN.

Nesse contexto, ajuizou a presente ação visando anular referidos autos de infração.

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença de improcedência. O juiz se pautou pelos contratos de fornecimento de alimentação, bem como no contrato social da autora, nos quais constava como objeto social, entre outras atividades, a "prestação de serviços em geral", fato que, em seu entender, autorizou a caracterização de hipótese de incidência do ISSQN.

Inconformado com o resultado, a autora apela (fls.831/849). Alega a prescrição dos créditos de ISSQN relacionados aos períodos de dez/03 a abril/04 e jan/04 a abril/08; a sentença violou o art.1.022, parágrafo único do NCPC, pois permaneceu omissa mesmo após a oposição de embargos de declaração; nulidade do lançamento fiscal, em virtude ter sido notificado terceira pessoa estranha aos autos, fato que torna as intimações realizadas inóquas; no mérito, alega a não subsunção do fornecimento de refeições à incidência do ISSQN relativo aos períodos de 01.01.04 a 28.04.08; no âmbito de sua atividade, alega que deve ser tributada por ICMS, que incide, inclusive, sobre o fornecimento de alimentação; subsidiariamente, alega que as multas impostas têm efeito confiscatório, pois totaliza 50% sobre o tributo devido; inexigibilidade da multa em razão de falta de elemento subjetivo; pede a redução da condenação em honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls.883/892. Alega tentativa de inovação por parte da apelante, eis que o tema da prescrição até então não tinha sido ventilado nos autos.

É o relatório.

Nos termos do art. 1.010 do CPC/15, estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade e o preparo foi devidamente recolhido.

É caso de reforma da sentença.

Uma primeira análise do processo pode conduzir ao apontamento contido na sentença, qual seja, de que a solução adequada ao caso em apreço passa,

necessariamente, pelo tema da produção probatória, mais precisamente pela responsabilidade da autora em provar suas alegações.

No entanto, apesar de se verificar que a autora desistiu da produção de prova técnica mesmo considerando o grande volume de documentos dos autos (notas fiscais, cópias de dois processos administrativos compostos por seis autos de infração), é possível julgar a lide com base nos elementos contidos nos autos.

Feito o introito, consigne-se que a controvérsia está relacionada à incidência de ISSQN (de acordo com o Município) ou ICMS (na visão da autora) sobre a atividade tributada.

De início, cabe consignar que os contratos juntados aos autos não são claros o suficientes para permitir que se infira a natureza da atividade contratada. No entanto, sabe-se que a natureza do tributo é definida por seu fato gerador e não pela denominação da atividade a ele relacionada.

Ato contínuo, verifica-se que em todos os termos de aditamento contratual há menção a contratação de serviços, fato que configuraria, em tese, prestação de serviços.

Do contrato social da autora, cabe destacar o seguinte excerto: *"(...) a sociedade tem por objeto: a) a* ***preparação, distribuição e o fornecimento de refeições e a prestação de serviços em geral****, por contra própria e de terceiros, ou ainda em conjunto com terceiros, em instalações próprias ou de terceiros; (...)*" (fls.43).

Outrossim, nas notas fiscais apresentadas, é possível aferir que estas se referem ao fornecimento de desjejuns, almoços, lanches, coffee-breaks etc. Consigne-se que não se fornecem apenas as mercadorias, pois também há o preparo destas na forma de refeições prontas para o consumo, muitas vezes servidas no refeitório da contratante.

Nesse contexto, sabe-se que, nos termos do art.155, §2º, IX, "b" da CF, o ICMS incidirá sobre o valor total da operação quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios.

No mesmo sentido, a LC 87/96, em seu art.2º, I, IV e V, dispõe que o ICMS incidirá sobre: i) operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; b) fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributaria dos Municípios e; c) fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

No caso dos autos, tem-se que a relação contratual entre a autora e seu cliente (Philips do Brasil Ltda.) envolve o fornecimento de refeições preparadas

Acesso ao Sumário

e prontas para o consumo.

Destarte, cabe invocar a Súmula 163 do STJ, que assevera:

"O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviço em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação".

Como se vê, referido verbete se amolda ao caso dos autos. Dos contratos, do objeto social e das alegações das partes, inclusive do próprio réu *("(...) as refeições não são simplesmente entregues à empresa contratante, mas elaboradas por profissionais cuja mão-de-obra também foi ajustada)*" (fls.583).

Assim, não há como manter a tributação pretendida pelo Município de Mauá. Inclusive, não há como subsumir o fato gerador da atividade em comento com qualquer dos itens elencados na Lista Anexa à LC 116/03.

No mesmo sentido do aqui decidido:

APELAÇÃO - Execução Fiscal - Exceção de Pré-executividade - ISSQN - Contrato de fornecimento de alimentação - Hipótese de incidência de ICMS - Inteligência do artigo 2º, inciso I, da LC nº 87/96 e da Súmula nº 163 do STJ - Sentença mantida - Recurso não provido.

(TJSP; Apelação 1016654-10.2015.8.26.0361; Relator (a): Cláudio Marques; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/09/2017; Data de Registro: 20/09/2017).

Ante a conclusão aqui apresentada, que reforma o outrora decidido na sentença, ficam prejudicadas as demais alegações do apelante. Ato contínuo, inverte-se a condenação ao pagamento das custas e despesas processuais, estes fixados na mesma proporção da sentença.

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso, uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça *(EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006).*

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso para reformar-se a sentença a atacada e julgar-se procedente o pedido da autora para anular-se os autos de infrações indicados na inicial, nos termos do acórdão. Ato contínuo, a sucumbência deve ser invertida, de modo a carrear-se ao réu a responsabilidade pelo pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 10.000,00, considerando-se a complexidade da causa e o trabalho do advogado.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002034-13.2012.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO SA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JALES.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.975)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 1º de março de 2018.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Embargos à execução fiscal. ISS. Serviços bancários. Taxatividade da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, admitindo-se, porém, leitura extensiva de cada item. Orientação do C. STJ em recurso repetitivo. "Rendas de cobrança", "rendas de serviços de custódia", "rendas de serviços prestados a ligadas", "rendas de transferência de fundos", e "rendas de outros serviços". Atividades que representam serviços congêneres aos elencados na lista de serviço anexa à LC 116/03. Incidência do ISS. "Rendas de empréstimos"; "despesas de manutenção e conservação de bens" e "despesas de serviços de vigilância e segurança". Atividades que não representam prestação de serviços congêneres aos elencados na LC 116/03. Não incidência do ISS. Sentença de improcedência. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de embargos à execução fiscal em que sustenta o embargante a taxatividade da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87, argumentando que foi autuado pelo não recolhimento de ISS sobre serviços que não configuram fato gerador do imposto. Requereu a extinção da execução

Acesso ao Sumário

fiscal.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, condenando o embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor atribuído aos embargos, com absorção da verba fixada no despacho inicial da execução fiscal.

Apelou o embargante pretendendo a reforma do julgado, argumentando pela inconstitucionalidade da inovação do rol taxativo da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 pelo Município. Aduziu, também, que não incide ISS sobre serviços bancários; que a lista de serviços é taxativa, e que as contas autuadas não refletem prestação de serviços.

Em contrarrazões requereu o apelado a manutenção da r. sentença.

É o Relatório.

O C. STJ já decidiu que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 e à Lei Complementar nº 116/03 é taxativa, mas comporta interpretação ampla:

> *Recurso fundado no CPC/2015. Tributário e Processual Civil. Agravo interno. ISS. Serviços bancários. Rol dos serviços tributados. Interpretação extensiva. REsp 1.111.234/PR, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC. Súmula 424/STJ. Enquadramento dos serviços. Revisão. Matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.* 1. De acordo com a jurisprudência pacificada no STJ, por meio do julgamento do RESP 1.111.234/PR, sob o rito dos recursos repetitivos e da edição da Súmula 424/STJ, a lista de serviços anexa ao Decreto-Lei 406/1968 e à Lei Complementar 116/2003, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, porém, uma leitura extensiva de cada item, para que se possa enquadrar os serviços correlatos nos previstos expressamente, de modo que prevaleça a efetiva natureza do serviço prestado e não a denominação utilizada pela instituição financeira. 2. No caso, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, quanto ao correto enquadramento das atividades desenvolvidas pelo recorrente para fins de incidência ou não de ISS, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ – 1ª T – AgInt no AREsp 883708 – Rel. Sérgio Kukina – j. 04.10.2016).

Nesse sentido a Súmula 424 do Superior Tribunal de Justiça: "*É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987*".

Assim, ainda que adotada outra nomenclatura pelo contribuinte, é possível o reconhecimento da incidência do ISS sobre determinados serviços prestados pela instituição financeira, desde que, analisada a natureza do serviço, seja possível identificá-lo com os serviços descritos na Lei Complementar nº 116/03.

O Município de Jales considerou tributáveis por ISS as contas COSIF

Acesso ao Sumário

7.1.1.05.00-6 – "rendas de empréstimos"; 7.1.7.40.00-7 – "rendas de cobrança", 7.1.7.70.00-8 – "rendas de serviços de custódia", 7.1.7.80.00-5 – "rendas de serviços prestados a ligadas", 7.1.7.90.00-2 – "rendas de transferência de fundos", 7.1.7.99.00-3 – "rendas de outros serviços", 8.1.7.21.00-9 – "despesas de manutenção e conservação de bens" e 8.1.7.60.00-8 – "despesas de serviços de vigilância e segurança".

A conta "rendas de empréstimos", grupo COSIF 7.1.1.05.00-6, tem por função descrita pelo Banco Central do Brasil: "*registrar as rendas de empréstimos, que constituam receita efetiva da instituição, no período*".

Citada conta foi tributada com base no item 15.08 da lista de serviços anexa à LC 116/03: *"15.08 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins"*, e no item 15.08 da LCM 110/03, de mesma redação.

Possuindo a Lei Complementar Municipal nº 110/03 a mesma redação da Lei Complementar Federal nº 116/03, não merece acolhida o argumento do apelante de inconstitucionalidade da lei municipal por inovar na relação da lista de serviços.

No entanto, no tocante a essa específica conta, verifica-se que as atividades a ela relacionadas consistem em atividades-meio para a prestação de serviços bancários, de natureza acessória e não encontram serviços congêneres na lista anexa à LC nº 116/03, não incidindo sobre elas, portanto, o ISS. Constituem operações de crédito passíveis da cobrança de IOF, não se confundindo com prestação de serviço.

> Embargos à execução fiscal. ISSQN. Serviços bancários. Demanda visando à extinção da execução, em virtude da decadência do crédito, da nulidade das CDAs e da ausência do fato gerador do tributo. Cabimento parcial. Inocorrência de nulidade do título executivo e de decadência da dívida constatada. Ausência de fato gerador tributário em relação às operações de Rendas e Adiantamentos a Depositantes; **Rendas de Empréstimos**; Rendas de Títulos Descontados; Rendas de Financiamentos; e Recuperação de Encargos e Despesas. Atividades que não correspondem a prestação de serviços bancários; isto é, têm natureza acessória e não encontram previsão na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, não incidindo sobre elas, portanto, o imposto em tela, mas, sim, o IOF. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido (TJSP – 18ª C. Dir. Público – Ap 3001699-87.2013.8.26.0270 – Rel. Wanderley José Federighi – j. 07.12.2017).
>
> Apelação. Embargos à execução fiscal. ISS sobre serviços bancários. Exercício de 2010. Fato gerador do ISS na vigência da LC 116/03. Autuação pelo não recolhimento do ISS sobre contas constantes no item

Acesso ao Sumário

15, da LC 116/03. Possibilidade de interpretação extensiva da lista anexa à LC 116/03. Análise com exclusão das contas **'Rendas de Empréstimo**' e 'Recuperação de Encargos e Despesas', que não encontram qualquer previsão na lista anexa à LC 116/03, nem mesmo diante da possibilidade de interpretação extensiva, porque inexiste atividade correlata prevista legalmente na referida LC. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP – 18ª C. Dir. Público – Ap 0055278-40.2011.8.26.0506 – Rel. Roberto Martins de Souza – j. 12.02.2015).

A conta COSIF 7.1.7.40.00-7 – *"rendas de cobrança" tem por função: "registrar as rendas de tarifas, portes e comissões por prestação de serviço de cobrança, que constituam receita efetiva da instituição, no período".*

Segundo o Município, tais atividades pertencem aos itens 15.06, 15.08, 15.10, 15.11, 15.12 da lista de serviços anexa à LC 116/03 (itens 15.06, 15.08, 15.10, 15.11, 15.12 da LCM 110/03):

"15.06 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia.

15.7 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

15.8 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

15.9 – Arrendamento mercantil (leasing) de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, substituição de garantia, alteração, cancelamento e registro de contrato, e demais serviços relacionados ao arrendamento mercantil (leasing).

15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

15.11 – Devolução de títulos, protesto de títulos, sustação de protesto, manutenção de títulos, reapresentação de títulos, e demais serviços a eles relacionados.

Acesso ao Sumário

15.12 – Custódia em geral, inclusive de títulos e valores mobiliários."

Nas subcontas desse grupo encontram-se rendas auferidas com serviços de cobrança em geral, e também referente a operações de consórcio, envio para protesto e sustação de protesto, além de desconto de duplicata e cheques (fls. 79/81).

Há, portanto, correlação entre os serviços dos quais decorrem as rendas da conta tributada com a descrição da legislação acima citada, devendo ser mantida a tributação imposta pelo Município.

Outra conta tributada por ISS foi a constante do grupo COSIF 7.1.7.70.00-8 – "rendas de serviços de custódia", cuja função é: *"registrar as rendas de serviços de custódia cobrados de pessoas jurídicas, que constituam receita efetiva da instituição no período"*.

O enquadramento de tal atividade foi feito pelo Município no item 15.12 da lista de serviços anexa à LC 116/03 (item 15.12 da LCM 110/03): *"custódia em geral, inclusive de títulos e valores mobiliários"*.

Os itens das listas de serviço da LC 116/03 e da LCM 110/03 em que enquadradas as atividade referentes à conta COSIF 7.1.7.70.00-8 são expressos ao prever a tributação sobre serviços de custódia em geral, sem razão o inconformismo do embargante.

A quarta conta tributada no auto de infração foi a conta COSIF 7.1.7.80.00-5 – "rendas de serviços prestados a ligadas", com função de *"registrar as rendas de serviços prestados a sociedades ligadas, que constituam receita efetiva da instituição, no período"*.

Citada conta foi tributada com base nos itens 15.01, 15.05, 15.06, 15.07, 15.10, 15.14, 15.15, 15.16, da lista de serviços anexa à LC 116/03, e correspondentes da LCM 110/03:

"15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres.

[...]

15.5 – Cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres, inclusão ou exclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos CCF ou em quaisquer outros bancos cadastrais.

15.6 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia.

15.7 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e

Acesso ao Sumário

quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

[...]

15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

[...]

15.14 – Fornecimento, emissão, reemissão, renovação e manutenção de cartão magnético, cartão de crédito, cartão de débito, cartão salário e congêneres.

15.15 – Compensação de cheques e títulos quaisquer; serviços relacionados a depósito, inclusive depósito identificado, a saque de contas quaisquer, por qualquer meio ou processo, inclusive em terminais eletrônicos e de atendimento.

15.16 – Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores, dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral."

Nas subcontas estão rendas auferidas com a cobrança de tarifas pelo serviço de pagamento de faturas, saques, consultas, recebimento de cartão de crédito (fls. 82/83), todos serviços congêneres aos elencados nos itens acima transcritos.

A quinta conta tributada foi a COSIF 7.1.7.90.00-2 – "rendas de transferência de fundos", cuja função é: "*registrar as rendas de serviços de ordens de pagamento, ordens de crédito e transferências de fundos, cobrados de pessoas jurídicas, que constituam receita efetiva da instituição no período*".

A tributação se deu com base no item 15.10, 15.16, 15.17 da lista de serviços anexa à LC 116/03 (e correspondentes da LCM 110/03):

Acesso ao Sumário

"15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

[...]

15.16 – Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores,

dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral.

15.17 – Emissão, fornecimento, devolução, sustação, cancelamento e oposição de cheques quaisquer, avulso ou por talão."

Não há dúvidas quanto ao enquadramento das atividades originárias das rendas das contas tributadas nos itens acima, que guardam perfeita correlação com os serviços ali descritos.

Também foi tributada a conta COSFI 7.1.7.99.00-3 – "rendas de outros serviços", com função de: *"registrar as rendas de prestação de serviços para as quais não exista conta específica para escrituração, e que constituam receita efetiva no período. Os valores objeto de registro nesta conta devem ser segregados em subtítulos de uso interno, de acordo com a natureza da prestação do serviço"*.

O enquadramento ocorreu nos seguintes itens da LC 116/03 (e correspondentes da LCM 110/03):

"15.01 – Administração de fundos quaisquer, de consórcio, de cartão de crédito ou débito e congêneres, de carteira de clientes, de cheques pré-datados e congêneres.

15.02 – Abertura de contas em geral, inclusive conta-corrente, conta de investimentos e aplicação e caderneta de poupança, no País e no exterior, bem como a manutenção das referidas contas ativas e inativas.

[...]

15.5 – Cadastro, elaboração de ficha cadastral, renovação cadastral e congêneres, inclusão ou exclusão no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos – CCF ou em quaisquer outros bancos cadastrais.

15.6 – Emissão, reemissão e fornecimento de avisos, comprovantes e documentos em geral; abono de firmas; coleta e entrega de documentos, bens e valores; comunicação com outra agência ou com a administração central; licenciamento eletrônico de veículos; transferência de veículos; agenciamento fiduciário ou depositário; devolução de bens em custódia.

15.7 – Acesso, movimentação, atendimento e consulta a contas em geral, por qualquer meio ou processo, inclusive por telefone, fac-símile, internet e telex, acesso a terminais de atendimento, inclusive vinte e quatro horas; acesso a outro banco e a rede compartilhada; fornecimento de saldo, extrato e demais informações relativas a contas em geral, por qualquer meio ou processo.

15.8 – Emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos a abertura de crédito, para quaisquer fins.

[...]

15.10 – Serviços relacionados a cobranças, recebimentos ou pagamentos

Acesso ao Sumário

em geral, de títulos quaisquer, de contas ou carnês, de câmbio, de tributos e por conta de terceiros, inclusive os efetuados por meio eletrônico, automático ou por máquinas de atendimento; fornecimento de posição de cobrança, recebimento ou pagamento; emissão de carnês, fichas de compensação, impressos e documentos em geral.

[...]

15.14 – Fornecimento, emissão, reemissão, renovação e manutenção de cartão magnético, cartão de crédito, cartão de débito, cartão salário e congêneres.

15.15 – Compensação de cheques e títulos quaisquer; serviços relacionados a depósito, inclusive depósito identificado, a saque de contas quaisquer, por qualquer meio ou processo, inclusive em terminais eletrônicos e de atendimento.

15.16 – Emissão, reemissão, liquidação, alteração, cancelamento e baixa de ordens de pagamento, ordens de crédito e similares, por qualquer meio ou processo; serviços relacionados à transferência de valores, dados, fundos, pagamentos e similares, inclusive entre contas em geral.

15.17 – Emissão, fornecimento, devolução, sustação, cancelamento e oposição de cheques quaisquer, avulso ou por talão."

As subcontas retratam diversas atividades, como rendas auferidas com a transferência de fundos, tarifas cobradas das empresas para recebimento de suas faturas via débito automático, tarifas cobradas para realização de pagamentos de salários – folha de pagamento bankline, tarifa cobrada na operação de adiantamento de crédito, tarifa pela emissão de extratos, cheques e comprovantes de pagamentos, tarifa pelo fornecimento de cartão magnético, tarifas com saques efetuados fora do domicílio da conta corrente, tarifas por consultas, tarifas pela contração de operações de desconto de cheques e duplicatas, tarifas pela contratação de pacote de serviços, tarifa pela manutenção de conta corrente não movimentada e de poupança (fls. 84/107).

Também aqui não há dúvidas quanto à validade da autuação lavrada pelo Município, porquanto as atividades de que decorreram as rendas das contas tributadas guardam correlação com os itens da lista de serviços da LC 106/03.

Acesso ao Sumário

Por fim, foram tributadas as contas COSIF 8.1.7.21.00-9 – "despesas de manutenção e conservação de bens", com função de: *"registrar o valor das despesas de manutenção e conservação de bens próprios ou alugados, pertencentes ao período em curso. Esta conta requer os seguintes subtítulos de uso interno: – Serviço de Limpeza, – Conservação de Máquinas e Equipamentos – Reparos, Adaptações e Conservações"*, e COSIF 8.1.7.60.00-8 – "despesas de serviços de vigilância e segurança", cuja função é: *"registrar o valor das despesas com serviços de vigilância e segurança, realizadas no exclusivo interesse da instituição, pertencentes ao período em curso"*.

A tributação baseou-se nos itens da lista da LC 106/03:

"7.01 – Engenharia, agronomia, agrimensura, arquitetura, geologia, urbanismo, paisagismo e congêneres.

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

[..;]

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

[...]

7.10 – Limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres.
[...]

11.02 – Vigilância, segurança ou monitoramento de bens e pessoas."

No entanto, em tais aspectos, tributou o Município as despesas que o embargante suportou a título de contratação de serviços de limpeza, segurança e conservação, que não caracterizam serviços prestados pela instituição financeira, mas por ela contratados, o que impede a tributação por ISS.

Portanto, possível a identificação das atividades exercidas pelo embargante com os serviços descritos na Lei Complementar nº 116/03, correta a autuação lavrada pelo Município diante do não recolhimento do ISS incidente sobre tais serviços, com exceção das contas COSIF 7.1.1.05.00-6 "rendas de empréstimos", COSIF 8.1.7.21.00-9 – "despesas de manutenção e conservação de bens" e COSIF 8.1.7.60.00-8 – "despesas de serviços de vigilância e segurança", que não representam prestação de serviços.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, excluindo a tributação por ISS sobre as contas COSIF 7.1.1.05.00-6 – "rendas de empréstimos", COSIF 8.1.7.21.00-9 – "despesas de manutenção e conservação de bens" e COSIF 8.1.7.60.00-8 – "despesas de serviços de vigilância e segurança", e respectivas subcontas atreladas conforme auto de infração.

Acesso ao Sumário

Fica mantida, no mais, a r. sentença, inclusive quanto à fixação dos ônus da sucumbência, considerando o embargante sucumbente em parte maior do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001350-33.2016.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante THALITA FINISGUERRA GARLIZONI, 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 16.373)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 6 de março de 2018.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Concurso Público – Professor de Educação Infantil Municipal – Candidata que, convocada para a apresentação dos documentos necessários à nomeação e realização dos exames admissionais, não apresentou, na ocasião, documentação comprobatória da habilitação docente – Regras do concurso que exigem o mesmo tratamento para todos os candidatos em respeito ao princípio da isonomia – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de procedimento comum ordinário proposta por **Thalita Finisguerra Garlizoni** em face do **Município de Araras**, na qual postula sua inclusão no concurso público municipal de Edital nº 003/2013, bem como que seja agendada a realização do exame médico previsto no certame e que a exigência descrita na alínea "g" do §1º do artigo 20 da Lei Complementar Municipal nº 31/2013 seja cumprida somente na ocasião de sua posse no cargo público.

Contra a decisão que indeferiu a antecipação de tutela (f. 129) foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2096793-11.2016.8.26.0000 que teve seu provimento negado (f. 2013/219).

A r. sentença julgou improcedente o pedido e condenou a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), observada sua condição de beneficiária da justiça gratuita (f. 250/252).

Inconformada apela a autora na busca da inversão do julgado. Sustenta para tanto que entregou toda a documentação exigida no edital, com exceção do diploma, documento que, nos termos da Súmula nº 266 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, há de ser entregue no ato da nomeação.

Recurso processado, com contrarrazões.

É o relatório.

Presentes os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, recebo o recurso de apelação em seus regulares efeitos.

Compartilho do entendimento no sentido de que não se justifica o excesso de formalismo nos casos em que o candidato que aguarda a expedição do diploma comprova, por meio de documentação idônea, possuir, na data da posse, a habilitação exigida pelo edital.

O caso concreto, entretanto, difere de tal hipótese.

A análise de todo o processado revela que a convocação da autora, ora apelante, ocorreu em 1º de agosto de 2015 (f. 51 e 174), tendo ela em 10 de agosto de 2015 comparecido na Divisão de Recrutamento e Seleção do Município de Araras para preenchimento da ficha cadastral, porém deixou de apresentar os documentos exigidos no edital do concurso (f. 172 e 175).

Constado pelo setor responsável que até 24.08.2015 a candidata não havia retornado para entrega dos documentos necessários à sua nomeação, foi expedido Ofício nº 065/2015-SMA no qual foi concedido prazo de 5 (cinco) dias úteis (contados do seu recebimento) para que demonstrasse interesse em assumir o cargo e apresentasse todos os documentos exigidos para sua nomeação (f. 176).

Em resposta, a apelante apresentou o Ofício PRG nº 023/2015 emitido em 13 de agosto de 2015 pela UNIARARAS que informa sua situação academia e elenca as pendências acadêmicas que impediam a emissão de certificado de conclusão de curso de graduação (f. 177/178), o que resultou no ato de indeferimento de sua posse em 08.09.2015 (f. 179).

O que se constata, portanto, é que a apelante, foi convocada para a apresentação dos documentos necessários à nomeação e realização dos exames admissionais, porém não apresentou, na ocasião, a documentação comprobatória

de sua habilitação docente.

Conforme já reconhecido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2096793-11.2016.8.26.0000, tal fase, imediatamente precedente dos exames médicos, já se constitui, nos termos da Lei Complementar nº 31/2013 do Município de Araras, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, ato que integra, na forma do artigo 20 da referida legislação, o procedimento de nomeação, imediatamente anterior à posse.

Observa-se, ainda, que a realização dos exames admissionais de saúde, prevista no artigo 21 da LC nº 31/2013, também integra o procedimento de nomeação e não se constitui como afirma a apelante, em fase subsequente do certame.

A convocação da autora, que se deu nos termos do disposto no item 15 do Edital nº 003/2013 e no artigo 20 da Lei Complementar nº 31/2013 do Município de Araras, trata-se, portanto, de procedimento complexo e concomitante que, concluído com êxito, faculta ao nomeado a posse no cargo público.

No mais, não se verifica ofensa ao disposto na Súmula nº 266 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, expressa no sentido de que "*o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público*", já que a autora comprovadamente não possuía a habilitação exigida no edital na ocasião em que foi nomeada para o cargo.

Por fim, há que se ressaltar que o Edital, lei do concurso, de conhecimento de todos os participantes do certame, prescreve as regras para o concurso de admissão no cargo cujas vagas pretende preencher e a estas se submetem tanto a Administração, que promove o certame nos termos da legislação vigente e estabelece essas regras, quanto os candidatos, que manifestam expressamente sua concordância com os termos expressos no certame.

Desse modo, se a apelante não concordava com as exigências estabelecidas no Edital, deveria tê-las impugnado no momento adequado, para que com isso todos os candidatos fossem beneficiados – e não somente ela, que por meio desta via processual, já no ato de convocação para posse no cargo, questiona os critérios então eleitos pela Administração Pública e, assim fazendo, fere o princípio da isonomia.

Assim, fica mantida a r. sentença apelada que deu correta solução à lide.

Negado provimento ao recurso, majoro os honorários advocatícios devidos pela apelante para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), já consideradas as fases de conhecimento e recursal, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, observada sua condição de beneficiária da justiça gratuita.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto por **Thalita Finisguerra Garlizoni** nos autos da ação proposta face do **Município de**

Acesso ao Sumário

Araras (Processo nº 1001350-33.2016.8.26.0038 – 1ª Vara Cível da Comarca de Araras, SP.

Consigne-se, para fins de eventual prequestionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Resultado do julgamento: negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0133841-25.2006.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOÃO BATISTA ALVES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, AUTARQUIA HOSPITALAR MUNICIPAL REGIONAL SUL (HOSPITAL DO CAMPO LIMPO), BENTO FERREIRA DE CARVALHO FILHO, PAULO ROBERTO MENDES e ANA KARENINA DOS SANTOS REIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.625)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), RUBENS RIHL e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 7 de março de 2018.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL – Alegado erro na conduta médica em atendimento realizado em hospital público – Recurso de apelação interposto fora do prazo legal – Intempestividade reconhecida pelo próprio apelante – Ainda que fosse o caso de apreciação do mérito recursal as razões de apelação do autor não guardam relação com a sentença proferida – Questão fática estranha à lide – Recurso não conhecido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 957/963 (5º volume), que

julgou improcedente ação ordinária movida por João Batista Alves em face do Município de São Paulo, da Autarquia Hospitalar Municipal do Campo Limpo e dos médicos Dra. Ana Karenina dos Santos Reis, Dr. Bento Ferreira de Carvalho e Dr. Paulo Roberto A. Mandes, com pedido de indenização no importe de R$ 400.000,00, apontando falha no atendimento e na prescrição de medicamentos, ocasionando quadro de hepatite fulminante e necessidade de realização de transplante.

Apela o autor alegando que o recurso foi protocolado intempestivamente, tendo em vista que sua patrona teve que se submeter a cirurgia para retirada de câncer no nariz, em 12/01/17, tendo sido necessárias novas intervenções médicas em 16/02/17 e 23/03/17, pleiteando o seu recebimento. No mérito sustenta tratar-se de responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a aferição de culpa, bastando a comprovação da ocorrência do dano e do nexo causal que, a despeito da concussão a que chegou a r. sentença, entende estar devidamente comprovado. Argumenta que "*o recorrente foi internado no Hospital Monte da Luz, a fim de submeter-se a uma cirurgia" e que "nos dias subsequentes, nos quais se recuperava da intervenção cirúrgica, contraiu uma infecção hospitalar, motivo pelo qual ficou internado durante o período de cinco meses*", apontando que "*tal infecção foi ocasionada por problemas técnicos graves no sistema de ar condicionado na data dos fatos, o que já restou devidamente demonstrado na fase de instrução probatória*", razão pela qual a indenização é devida. Pede provimento ao recurso (fls. 967/976 – 5º volume).

Apelo processado com gratuidade (fl. 416 – 3º volume); contrarrazões apresentadas às fls. 989/993 (Dra. Ana Karenina), fls. 996/1.006 (Dr. Bento Ferreira e Dr. Paulo Roberto A. Mendes) e fls. 1.008/1.016 (Município de São Paulo e Autarquia Hospitalar Municipal).

É o relatório.

O autor apontou que, em 11/03/2003 trabalhou com exposição excessiva ao sol e dirigiu-se ao UBS Jardim São Bento, onde morava, para procurar socorro médico (fls. 02/06).

Acesso ao Sumário

Foi atendido pela médica Dra. Ana Karenina (corré) que prescreveu para o caso Hidrocortizona creme para uso externo e, para uso interno, Cetoconazol 200mg, 1 comprimido por dia durante 30 (trinta) dias, bem como Cimetidino 200mg, 1 comprimido de 12 em 12 horas, durante 10 dias (fl. 07).

Informou que depois de ingeridos 05 (cinco) comprimidos de Cetocomazol começou a sentir fortes dores no abdômen e logo em seguida foi ficando amarelado; ao consultar as informações técnicas do fármaco, constatou que se tratava de um antimicótico sintético de amplo espectro (fls. 03/04).

Retornou ao pronto socorro e não conseguiu ser atendido pela Dr. Ana Karenina, tendo sido encaminhado para o Hospital do Campo Limpo pelo

Dr. Ernesto Argento Netto, pois apresentava quadro de vômitos e mal estar. Naquele hospital foi atendido pela Dra. Raquel Y. Yasumura que o diagnosticou com hepatite alcoólica (fl. 11), com encaminhamento para o Hospital Regional Sul pela Dra. Mara C. S. M. Papalardo (fl. 12), com solicitação de internação imediata.

Alegou que, no Hospital Regional Sul, o corréu Dr. Paulo Roberto A. Mendes não quis interna-lo e o Dr. Bento Ferreira Carvalho Filho (corréu) o encaminhou para o Hospital das Clínicas (fls. 13/14).

Esclareceu que, no dia 09/04/03, foi admitido no Hospital das Clínicas com quadro de hepatite fulminante viral B, tendo que ser internado em UTI devido à gravidade do caso e submetido a transplante de fígado, sem o que não teria sobrevivido.

Ingressou em juízo pleiteando a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização no montante de R$ 400.000,00, por entender ter havido negligência, imperícia e omissões em seu atendimento, pretensão não acolhida pelo juízo de 1º grau, o que ensejou a interposição do recurso ora em análise.

Inicialmente anoto que, conquanto a patrona do autor tenha alegado que a intempestividade do recurso decorreu de problemas de saúde que a acometeram, mais especificamente por ter se submetido a procedimentos cirúrgicos para a retirada de carcinoma na região nasal (em especial fl. 968 e fls. 978/984), destaco que a última alta médica do setor de internação deu-se há mais de três meses do prazo final para interposição do presente recurso (fls. 982 e 964), de modo que não demonstrada a absoluta impossibilidade do exercício da profissão até mesmo para substabelecimento do mandado, que justificasse a devolução do prazo recursal, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR DECLARADA NULA PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. DANOS MORAIS. ADVOGADO DOENTE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA OU FORÇA MAIOR NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES DO STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que somente se admite a alegação de justa causa ou força maior para fins de dilação do prazo recursal, quando demonstrado que a doença que acometeu o advogado o impossibilita totalmente de exercer a profissão ou de substabelecer o mandato. 2. In casu, a alta hospitalar ocorreu em 21.11.2016, mas somente em 12.12.2016, isto é, 21 dias após o fim da internação médica, o ora peticionário requereu a devolução do prazo recursal.

3. Com efeito, não estão caracterizados a força maior ou o justo motivo

que impossibilitariam completamente a atuação do advogado, a justificar a restituição de prazo, na medida em que a recomendação médica de que o ora peticionário deveria permanecer afastado de suas atividades por 30 dias não é suficiente para comprovar que a parte, atuando em patrocínio próprio, encontrava-se totalmente impossibilitada de peticionar, ainda que por meio eletrônico, ou de constituir outro advogado nos autos.

4. Agravo Interno não provido." (AgInt na PET no AREsp 857.760/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

De outra parte, ainda que o recurso pudesse ser admitido, no presente caso não se discute responsabilidade civil dos requeridos decorrente de infecção hospitalar adquirida pelo autor no "*Hospital Monte da Luz*" e "*ocasionada por problemas técnicos graves no sistema de ar condicionado na data dos fatos*" como consta das razões recursais (em especial fl. 974), da mesma forma que o autor não é corretor de imóveis e não há pedido referente a lucros cessantes "*causados pela interrupção das atividades profissionais em decorrência de acidente*" (fl. 975), tratando-se claramente de matéria estranha à lide.

Ressalto que *"É dominante a jurisprudência de que não se deve conhecer da apelação:*

(...)

- em que as razões são inteiramente dissociadas do que a sentença decidiu (RT 849/251, RJTJESP 119/270, 135/230, JTJ 165/155, 259/124, JTA 94/345, Bol. AASP 1.679/52; RSDA 63/122: TRF-3ª Reg., AP 2007.61.10.003090-3), ..." (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotonio Negrão, 46ª edição, 2014, Ed. Saraiva, comentários ao art. 514, pág. 681 item 10).

Na hipótese, a improcedência da demanda foi acertadamente reconhecida pelo juízo de 1º grau, notadamente porque o quadro de hepatite fulminante que acometeu o autor não foi causado pela medicação prescrita pela corré Dra. Ana Karenina (fl. 07), conforme atestado pelo laudo pericial de fls. 840/853, não tendo sido igualmente comprovada falha no atendimento realizado pelos demais corréus, ausente, portanto o nexo causal, necessário ao reconhecimento da responsabilidade civil.

Assim sendo, por qualquer ângulo que se analise a questão, não há como se admitir o recurso interposto pelo autor.

Ante o exposto, meu voto é pelo não conhecimento do recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003945-61.2016.8.26.0084, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL e PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, é apelado/apelante JOSUÉ SEBASTIÃO DA SILVA.

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 dos réus e deram provimento em parte ao recurso do autor. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.804)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 8 de março de 2018.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO E ADESIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA DECORRENTE DO DIREITO À SAÚDE. DEVER SOLIDÁRIO DO MUNICÍPIO.

1. Cuidam-se de recursos interpostos pelas partes contra sentença que condenou a Municipalidade a efetuar o pagamento de parcela da conta de energia elétrica do autor, no percentual correspondente ao consumo de energia pelo aparelho compressor de ar, necessário para manutenção da vida do autor, e que condenou a CPFL à obrigação de não fazer, consistente em não efetuar a interrupção no fornecimento de energia elétrica à residência do autor.

2. Custeio de energia elétrica de aparelho necessário ao tratamento de saúde do autor: obrigação acessória decorrente do dever constitucional e infraconstitucional atribuível aos entes políticos do Estado de provisão de tratamentos médicos necessários para a garantia da saúde dos cidadãos. Exegese dos artigos 1º, III, 5º, 'caput' e 196 da Constituição Federal. Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

3. Prestação de serviço de energia elétrica. Apesar do inadimplemento confessado, não pode a CPFL efetuar o corte no fornecimento de energia elétrica à residência do autor. Causalidade caracterizada. Manutenção da condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

4. Inclusão do autor no programa de tarifa social de energia elétrica. Ponto não controvertido. Necessidade de revisão do cálculo dos valores das faturas discriminadas (fls. 271/275), por aparentemente não terem respeitado o benefício concedido às pessoas de baixa renda. Reforma parcial da sentença.

5. Honorários sucumbenciais. Observância dos critérios estabelecidos no art. 85 e parágrafos do Código de Processo Civil. Manutenção do "decisum".

Recursos dos réus desprovidos e recurso do autor parcialmente provido.

VOTO

Vistos;

Tratam-se de recursos de apelação interpostos pelas partes autora e ré, JOSUÉ SEBASTIÃO DA SILVA, COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ (CPFL), PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS ANTÔNIO JAIME DA SILVA, CLEUSA APARECIDA DA SILVA MOLINARI E CÉLIA REGINA DA SILVA, em face da r. sentença de fls. 419/420, proferida nos autos de ação condenatória à obrigação de fazer e de não fazer ajuizada, por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* julgou o pedido procedente em relação à Municipalidade de Campinas a pagar à corré CPFL parte da fatura de energia elétrica do autor, Josué, correspondente ao consumo de energia elétrica do equipamento de compressor de ar instalado em sua residência para tratamento de "*insuficiência respiratória crônica e bronquiolite obliterante*" que o acomete, bem como julgou parcialmente procedente o pedido em relação à corré CPFL para condená-la à obrigação de não fazer consistente em abster-se de suspender o fornecimento de energia elétrica na residência do autor, em razão do inadimplemento. Em face da sucumbência, condenou a Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% incidentes sobre o valor da causa, monetariamente atualizado desde o ajuizamento, e condenou a CPFL ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em meio salário mínimo, pelo valor vigente na data da sentença, monetariamente atualizado.

Inconformadas com o desfecho atribuído à lide, recorreram as partes

Acesso ao Sumário

autora e ré buscando a reforma do *decisum a quo.*

O Município de Campinas sustenta, em síntese, a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, a ausência de qualquer responsabilidade pelo pagamento da energia elétrica do autor, no caso vertente.

A CPFL, a seu turno, afirma que não deu causa à propositura da demanda, sendo que a sua condenação restringe-se apenas a garantir o fornecimento de energia contínuo na residência da autora, não podendo, portanto, ser condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

O autor Josué apresentou recurso adesivo, pugnando pela majoração dos honorários advocatícios e a condenação da CPFL ao recálculo de todas as contas que deixou de ser aplicada a tarifa social.

Os recursos encontram-se em ordem, bem processados, instruídos com razões adversas e com parecer da D. Procuradoria de Justiça no sentido do desprovimento dos apelos.

É o relatório. Passo ao voto.

1. Anoto que a sentença não está submetida ao reexame necessário por força do disposto no art. 496, §3º, inciso III, do Código de Processo Civil.

Conheço dos recursos interpostos, porquanto tenho por presentes os pressupostos de admissibilidade. Passo ao exame da matéria devolvida a este Colegiado.

2. No que tange à tese preliminar defendida pela Municipalidade de Campinas, anoto não comportar acolhimento, haja vista que a obrigação pleiteada pelo autor nestes autos decorre diretamente do direito à saúde, constitucionalmente garantido às pessoas e obrigação de cunho solidário entre os entes federados, consoante disposto no art. 196 da Constituição da República.

Não há, assim, falar-se em ilegitimidade passiva *ad causam*, como defendido pela Municipalidade.

3. Quanto à tese meritória defendida pela Municipalidade de Campinas, acerca da ausência de responsabilidade pelo pagamento das contas de energia elétrica do autor, igualmente, não comporta acolhimento. E isto, porque, compulsando-se os autos, verifica-se que a discussão centra-se na obrigação acessória decorrente do direito á saúde, na medida em que o recorrido necessita do aparelho compressor de ar ligado em sua residência para manutenção de sua vida, porquanto sofre de "*insuficiência respiratória crônica e bronquiolite obliterante*".

Pois bem.

Diante das peculiaridades que envolvem o caso presente, necessário esclarecer que, como já assentado, a Constituição da República asseverou a obrigação solidária dos entes federados no tocante à garantia do direito à saúde;

Acesso ao Sumário

e, como decorrência lógica do art. 196 da C/88, depreende-se que não basta a dispensação de eventual medicamento ou insumo se para a sua utilização a pessoa necessita de energia elétrica para permitir que o tratamento seja realizado – isto é, *in casu*, não basta a disponibilização do aparelho compressor de ar para o autor se não houver energia elétrica para propiciar seu funcionamento – a energia elétrica, portanto, é condição essencial para que o aparelho funcione e permita a realização do tratamento ao menor.

O fornecimento de energia elétrica para o funcionamento do aparelho compressor de ar é, assim, prestação decorrente da obrigação constitucional de garantia à saúde das pessoas.

Esse dever de garantir o fornecimento de energia elétrica ao autor, contudo, não engloba o pagamento integral da fatura de energia elétrica do autor, porquanto, é certo que em sua residência há outros aparelhos e outras fontes de consumo de energia elétrica que integram a conta enviada pela corré CPFL.

Neste sentido, encontram-se julgados desta C. Corte de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Insurgência contra decisão que determinou ao Poder Público o custeio de energia elétrica necessária à sobrevivência do autor, ora agravado, enquanto durar o processo de origem – Se o Poder Judiciário, em outra ação, reconheceu o direito da criança, portadora de grave enfermidade, a tratamento domiciliar, que envolve a utilização de diversos aparelhos, necessário que estes aparelhos eletroeletrônicos efetivamente funcionem – Determinação no sentido de que o custeio se faça apenas no concernente à energia elétrica empregada no funcionamento daqueles aparelhos que se afigura razoável – Recurso fazendário improvido. (TJSP, Agravo de instrumento nº 2017360-21.2017.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, dj. 15.05.2017).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela – **Custeio de energia elétrica de aparelhos necessários ao tratamento da autora que se encontra em estado semivegetativo. Possibilidade**. Trata-se de matéria que se insere na discricionariedade técnica, sendo impossível ao Poder Judiciário rever tal ato, salvo em casos de abuso, má-fé ou incongruência clara e evidente. Paolo Biscaretti di Ruffia fixou, com toda a polêmica causada pela perplexidade ante a eficácia das normas programáticas, a existência de três categorias de normas constitucionais em relação à eficácia ab-rogativa: a) obbligatorie, ou precettive, d'immediata applicazione, porque suficientemente completas em seus enunciados e idôneas a ab-rogar as normas precedentes; b) obbligatorie, ou precettive, non d'immediata applicazione, porque subordinadas em sua validade à existência de instituições ou institutos não ainda em funcionamento ou de outras normas não ainda editadas; e c) direttive, ou programmatiche, dirigidas essencialmente (mas não unicamente) ao legislador futuro. Entre nós,

Acesso ao Sumário

no caso, pode-se citar recente decisão do STF em voto do Ministro Celso de Mello: "A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – 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." (STF-2ª Turma, AgRg no RE 686.230- MS, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 05.03.2013, DJe 056, de 22.03.2013). Nego provimento aos apelos e ao reexame necessário. (TJSP, Apelação Cível nº 1002780-91.2014.8.26.0037, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, dj. 15.02.2017).

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Fornecimento de equipamento e insumo (energia elétrica) – Direito à vida – Dever constitucional do Estado – Art. 196 da Constituição Federal – Comprovada a necessidade de uso contínuo do aparelho respiratório e a impossibilidade de arcar com os custos da energia elétrica – Solidariedade dos entes federativos – Responsabilidade do próprio Estado, por inteiro – Sentença mantida, com observação – Reexame necessário, considerado interposto, e recurso voluntário improvidos. (TJSP, Apelação Cível nº 1004359-64.2015.8.26.0320, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, dj. 13.07.2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que, em mandado de segurança, deferiu a liminar para determinar que o Município forneça aparelho portátil de oxigênio – Presença dos requisitos legais ensejadores da medida – Custeio de energia elétrica necessária a funcionamento do aparelho – Amparo nas normas constitucionais que estabelecem o dever do Estado de prestar efetiva assistência à saúde dos particulares – Custeio da diferença na conta de energia elétrica pelo uso do aparelho médico – Recurso conhecido e provido em parte (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2273762-12.2015.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vera Angrisani, dj. 13.06.2016).

PROCESSUAL CIVIL. Ausência de restrição na Lei nº 8.437/92 à emissão de provimento provisório contra a Fazenda Pública. Interpretação restritiva da norma. Precedentes do STJ e TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada. Direito à saúde. Custeio de parte dos gastos com energia elétrica de pessoa enferma, submetida a tratamento de oxigenoterapia, em sistema de homecare, com considerável aumento no consumo da energia elétrica em razão do tratamento. Dimensão do direito à vida e à saúde, constitucionalmente previstos, que vai além do fornecimento de fármacos. Deferimento da

Acesso ao Sumário

antecipação da tutela para determinar o custeio de 70% dos gastos com energia da autora pelo Estado. Decisão que não é ilegal ou teratológica. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2040091-45.2016.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Heloísa Mimessi, dj. 18.04.2016)

Desta feita, de rigor a manutenção da sentença neste ponto, devendo a Municipalidade efetuar o pagamento da parte da fatura de energia elétrica do autor, correspondente ao consumo do aparelho instalado em sua residência enquanto for necessário o uso do aparelho compressor de ar.

4. No tocante ao pedido recursal da corré CPFL para afastamento da condenação nas custas e honorários advocatícios melhor sorte não lhe assiste.

Ainda que a CPFL alegue não ter dado causa ao fato que acometeu o autor, cediço que foi condenada à obrigação de se abster de interromper a o fornecimento de energia elétrica na residência do autor. E isto se deu em razão da imprescindibilidade da prestação do serviço público em questão, para a manutenção dos aparelhos que garantem a sobrevivência do autor.

5. Por fim, no que tange ao pedido recursal adesivo do autor, referente à majoração dos honorários advocatícios e à condenação da CPFL ao recálculo de todas as contas que deixou de ser aplicada a tarifa social, anoto comportar parcial acolhimento.

E isto, porque os documentos acostados aos autos, especialmente os de fls. 227/275, demonstram que a tarifa social destinada aos usuários de baixa renda foi aplicada pela corré CPFL nas faturas de fls. 227/270, de modo que, diante da ausência de elementos de prova que demonstrem as alegações concernentes ao desrespeito ao benefício destinado aos usuários de baixa renda; todavia nas faturas de fls. 271/275 não houve, aparentemente, o *descrimen* nas referidas faturas, de modo que o pedido de revisão dessas faturas, as de fls. 271/275, comporta acolhimento.

Não comporta acolhimento, contudo, o pedido de majoração dos honorários advocatícios, de vez que condizentes com as balizas estabelecidas pelo parágrafo 2º do art. 85 do Código de processo Civil, devendo, por isso ser mantido conforme fixado pelo r. Juízo *a quo.*

Posto isso, voto no sentido do **desprovimento** dos recursos de apelação interpostos pela Municipalidade de Campinas e pela CPFL, e no sentido do **parcial provimento** do recurso adesivo interposto pelo autor, provendo-o apenas no tocante à revisão do cálculo das faturas de fls. 271/275, a fim de se aplicar os benefícios da tarifa social, nos termos da fundamentação desenvolvida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000700-71.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE GUATAPARÁ.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.219)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 5 de março de 2018.

PAULO GALIZIA Relator

Ementa: APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. Transferência compulsória do sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) às pessoas jurídicas de direito público. 1) Preliminar de incompetência da Justiça Estadual para conhecer do litígio e de litisconsórcio necessário quanto à ANEEL afastadas. 2) Ausência de previsão legal específica para fundamentar a pretensão da CPFL, quanto à transferência compulsória de Ativos de Iluminação de Serviço (AIS), nos termos das Resoluções nº 414/2010 e 479/2012. Responsabilidade da CPFL pela manutenção e execução dos serviços de iluminação pública. Precedentes. Sentença que julgou procedente a ação mantida.

Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 477/479, que manteve a decisão de fls. 366/367 e JULGOU PROCEDENTE o pedido "para o fim de determinar à CPFL que mantenha a prestação de serviços de implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação

Acesso ao Sumário

pública no município de Guatapará, em cumprimento ao contrato de concessão firmado com a União, bem como para reconhecer a ilegalidade da pretensão de se transferir os ativos de iluminação pública para o município-autor e, por conta disso, determinar à CPFL que se abstenha de realizar tal transferência, sob pena de multa de R$10.000,00 por dia de descumprimento." (fls. 479)

A vencida foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos a partir da data da sentença, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Irresignada, apela a CPFL. Preliminarmente, argui litisconsórcio necessário com a ANEEL e incompetência da Justiça Estadual para conhecer da demanda.

Afirma que a intervenção da ANEEL no processo é obrigatória, pois, em verdade, a Prefeitura não contesta os procedimentos adotados pela CPFL, mas, sim, questiona legitimidade da própria Resolução ANEEL 414/2010, sendo de rigor a remessa dos autos para a Justiça Federal, diante da incompetência absoluta da Justiça Estadual para conhecer da demanda, declarando-se a nulidade de todos os atos processuais até então praticados.

No mérito, assevera que a ANEEL, na qualidade de agência reguladora, é responsável pela definição dos procedimentos, padrões, sanções, obrigações e política tarifária, entre outros vários assuntos relacionados à concessão do serviço de energia elétrica, conforme o disposto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.427/96, sendo legítimas e de observância obrigatória suas Resoluções Normativas.

Pontua que, ao contrário do entendimento exteriorizado na r. sentença a obrigação dos municípios quanto à prestação dos serviços de iluminação pública local decorre de previsão constitucional (art. 30, V, e art. 149- A, da Constituição Federal) e não de imposição da ANEEL ou da CPFL.

Salienta que, nos termos do art. 5º, §2º, do Decreto nº 41.019/57, apenas a propriedade dos meios necessários à distribuição de energia pertence às Concessionárias, e que, portanto, "os ativos imobilizados, já pertencentes ao Município, são constituídos de componentes físicos voltando ao recebimento de energia elétrica, tais como lâmpadas, luminárias, reatores, bulbos, etc., de modo que não guardam qualquer relação com os sistemas de distribuição implementados pela concessionária para a execução de suas atividades." (fls. 10)

Em tais condições, requer o acolhimento da preliminar de incompetência do Juízo, ou, alternativamente, o provimento do recurso e a reforma da r. sentença. (fls. 482/496).

Não houve apresentação de contrarrazões.

É O RELATÓRIO.

O MUNICÍPIO DE GUATAPARÁ ajuizou ação de obrigação de fazer

Acesso ao Sumário

com pedido de antecipação dos efeitos da tutela contra CPFL - COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ requerendo: a) a antecipação dos efeitos da tutela para compelir a ré a continuar prestando os serviços de implantação, operação e manutenção das instalações de iluminação pública no município; b) a declaração incidental da inconstitucionalidade da Resolução ANEEL 414/2010, especialmente seu artigo 218; c) a condenação da CPFL na obrigação de continuar a prestar os serviços objeto do pedido de antecipação de tutela; d) a declaração da ilegalidade da pretensão da CPFL quanto à transferência dos ativos de iluminação pública para o Município, condenando-a na obrigação de não fazer, consubstanciada abstenção da realização de tal transferência.

A r. sentença julgou procedente a ação.

Não há que se falar em incompetência da Justiça Estadual para conhecer do litígio ou mesmo de litisconsórcio passivo necessário quanto à ANEEL. O pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade, como cediço, constitui modalidade concreta (difusa) de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em geral, surtindo efeitos "inter partes" e, ao contrário do controle abstrato (concentrado) não exige a participação do órgão que editou a lei ou ato normativo na relação jurídica processual.

Nestes termos, afasto as preliminares.

No mérito, o recurso não comporta acolhida.

Em verdade razão assiste ao autor quanto à inviabilidade da pretensão da CPFL de transferir compulsoriamente para o município o ativo imobilizado em serviço – AIS, uma vez que não existe previsão legal autorizando tais procedimentos.

Como bem salientou o magistrado: "transferência compulsória de ativos de iluminação pública fundada na citada resolução não pode ser admitida, por importar em alteração de contrato sem anuência da parte diretamente interessada, no caso, do Município de Guatapará, o que torna ilegal tanto a imposição contida naquela como a conduta da requerida, por não estarem calcadas em previsão legal específica e por contrariarem o quanto disposto no art. 34, incisos I e II, da Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, por meio da qual foi atribuída à concessionária, no caso, à CPFL, a responsabilidade pela manutenção, conservação e reposição de bens e equipamentos recebidos da União. Se não bastasse, a transferência pretendida pela CPFL não é, em nenhum momento, disciplinada nem pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, nem pela Lei nº 9.427/96, que institui a ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. Assim, por qualquer ângulo que se olhe a questão, não há como se deixar de concluir que a ANEEL

desbordou dos limites de suas atribuições ao fixar a transferência compulsória dos ativos de iluminação pública ao Município de Guatapará." (478)

Em idêntico sentido, já decidiu esta Corte:

"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA PARA OS MUNICÍPIOS. RESOLUÇÃO 414/2010 DA ANEEL. NÃO CABIMENTO. Afastada a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual e litisconsórcio passivo necessário da ANEEL. No mérito, ausência de previsão legal específica para o deferimento da transferência compulsória de Ativos de Iluminação de Serviço (AIS), nos termos das Resoluções nº 414/2010 e 479/2012. Responsabilidade da CPFL pela manutenção e execução dos serviços de iluminação pública. Falta da atribuição do órgão em criar obrigações aos entes federativos municipais. Precedentes. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido."

(TJSP; Apelação 0000382-84.2015.8.26.0319; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Lençóis Paulista - 3ª Vara Cumulativa; Data do Julgamento: 16/05/2016; Data de Registro: 18/05/2016).

"RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – TRANSFERÊNCIA DO ATIVO IMOBILIZADO DE SERVIÇO – AIS – PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS – POSSIBILIDADE – PRETENSÃO À MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS SEM INTERRUPÇÃO – POSSIBILIDADE. 1. É inadmissível a transferência ao Ente Público Municipal da responsabilidade pelo serviço de manutenção, ampliação e conservação de iluminação pública, com fundamento na Resolução nº 414/10 da ANEEL. 2. A referida Resolução extrapolou o poder regulamentar, consoante a previsão contida na Lei Federal nº 9.074/95, que atribuiu à concessionária o referido encargo. 3. Impossibilidade de interrupção da prestação de serviços públicos essenciais. 4. Inexistência de débitos relacionados com a prestação dos serviços de iluminação pública, em favor do Município. 5. Precedentes da jurisprudência deste E. TJSP. 6. Ação de procedimento ordinário, julgada procedente. 7. Sentença, ratificada. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte ré, desprovido."

(TJSP; Apelação 0001995-08.2015.8.26.0104; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Cafelândia - Vara Única; Data do Julgamento: 09/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017)

Em tais condições, tem-se que a r. sentença se afigura imerecedora de reparo e deixo de majorar os honorários advocatícios diante da ausência de contrarrazões.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0022404-77.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante DEVAIR BEZERRA DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.061)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI e LEONEL COSTA.

São Paulo, 14 de março de 2018.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. A imputação considera a participação no crime de latrocínio. Prisão cautelar com duração de 18 meses. Absolvição por insuficiência de provas. A causa de pedir não impugna os fundamentos da prisão cautelar ou dos demais atos praticados no curso do processo penal e extrai a responsabilidade do só fato de que o autor foi preso e depois absolvido. A prisão, por si só, não determina o dever de indenizar, mesmo nos casos em que sobrevenha a absolvição do acusado. Inocorrência de situação excepcional que informa o erro judiciário. Reconhecer a responsabilidade do Estado significa aniquilar todo o arcabouço jurídico que o sistema apresenta para assegurar a promessa constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional voltado à manutenção da ordem jurídica na esfera do Direito Penal.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

DEVAIR BEZERRA DE SOUZA, inconformado com a respeitável sentença de fls. 617/619, que julgou improcedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, (i) a responsabilidade objetiva do Estado em razão de erro judiciário; (ii) a repercussão danosa em decorrência da injusta prisão do autor por força da ação penal na qual acabou absolvido.

A Fazenda apresentou contrarrazões (fls. 630/643) e o recurso foi regularmente processado.

É o relatório.

A controvérsia gravita em torno da responsabilidade civil do Estado diante da alegação de erro judiciário em processo no qual o apelante foi absolvido por falta de provas.

O autor anuncia, em suma, que a prisão cautelar qualifica o dever de indenizar porquanto restou absolvido do crime que o Estado lhe imputava.

O artigo 37, § 6º, da CF/88 recepciona a responsabilidade civil se houver dano provocado pela atuação do Estado e, para tanto, o sistema adota a teoria do risco administrativo, que dispensa o lesado da comprovação da culpa da Administração para obter indenização.

A teoria do risco administrativo "*não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração*" (**Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, pág. 627**).

Bem por isso, conclui-se que não será possível estender às cegas o risco integral que se extrai da responsabilidade objetiva do Estado, na medida em que tal raciocínio inexoravelmente irá determinar o dever de indenizar da Administração por todos os eventos lesivos experimentados pelos particulares em razão de sua conduta.

Estas considerações sobre a responsabilidade do Estado são relevantes para a análise do caso em apreço porque existe alguma controvérsia, na doutrina e na jurisprudência, quanto à aplicabilidade da teoria do risco administrativo nos casos em que a conduta estatal consista em um pronunciamento judicial.

Acesso ao Sumário

Em linhas gerais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, prepondera a corrente apontando para a inaplicabilidade do § 6º do art. 37 da CF/88 em casos tais, interpretando a regra do inciso LXXV do art. 5º da CF/88 para considerar a necessidade de demonstração de culpa ou dolo de agente da máquina judiciária que dá causa ao erro. Nesse exato sentido é o seguinte precedente: **ARE 744.666 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.5.2013, Segunda Turma.**

Anoto que o erro que decorre dos atos da jurisdição não determina, como regra geral, a responsabilidade civil do Estado. A excepcionalidade que qualifica

o dever de indenizar a repercussão danosa decorrente de erro judiciário não exige investigar subjetivamente a conduta do magistrado.

No presente caso, o apelante figurou na qualidade de investigado e, posteriormente, de réu, em ação penal instaurada com a imputação da prática de crime de latrocínio contra duas vítimas.

Após a marcha processual, sob o domínio do contraditório e da ampla defesa, a persecução não reuniu meios de prova suficientes para formação de convencimento a respeito da prática do crime, sendo proferida sentença absolutória com fundamento no princípio do *favor rei*, consagrado no Código de Processo Penal e ancorado no princípio constitucional da presunção da inocência.

Importa notar que o insucesso da ação manejada para apurar a responsabilidade penal e buscar o exercício do "*jus puniendi*" não determina, por si só, o ato ilícito praticado pelo Estado durante a persecução penal e a instauração da ação civil pública. Trata-se de exercício do "*jus persequendi*", poder-dever atribuído ao Estado na salvaguarda de manutenção da ordem em prol do interesse público.

Edmir Netto do Araújo registra que a atividade jurisdicional normal, sob aspecto penal e civil, pressupõe: "*1) o processo regular, de acordo com as exigências, prazos e formalidades legais, sem vícios, nulidades ou atos tendenciosos; 2) a legitimidade das partes e a competência legal do órgão judiciário, magistrado singular ou colegiado; 3) uma decisão de acordo com o direito vigente ou aplicável, e mais que isso, com a justiça cabível ao caso concreto, para que ela seja operante e não inócua; 4) uma decisão de pleno acordo com a prova dos autos, apurada na instrução processual, e que traduza o mais possível, em termos de direito, o que realmente aconteceu e que foi trazido ao exame do Judiciário pelas partes litigantes*" (**Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, p. 793/794**). Uma vez presentes todos esses elementos na atividade jurisdicional aludida nos autos, reitera-se a inocorrência de erro judiciário.

Obtempera-se que a causa de pedir não impugna os fundamentos da prisão cautelar ou dos demais atos praticados no curso do processo penal, limitando-se a extrair a responsabilidade do só fato de que o autor foi preso e depois absolvido.

Contudo, como se viu, a prisão, por si só, não determina o dever de indenizar, mesmo nos casos em que sobrevenha a absolvição do acusado. Inocorrência de situação excepcional que informa o erro judiciário.

"*In casu*", a imputação estava lastreada em depoimentos no sentido de que o autor, conhecido pela alcunha de "Pescoço", foi em mais de uma ocasião convidado por supostos comparsas para matar a vítima Eneas, a qual, segundo

Acesso ao Sumário

apurado, havia encomendado a morte de Leonan, pessoa que também foi apontado como autor dos fatos na ação penal.

O relatório copiado a fls. 379/384 oferece elementos suficientes para que ao menos recaíssem dúvidas sobre a lisura do comportamento do ora apelante.

De tudo, não se extrai a hipótese de falha grosseira do Estado.

Dessa forma, não há falar em indenização por danos materiais ou morais, uma vez que não houve conduta ilícita e, portanto, não se configurou a responsabilidade civil do Estado.

Assim sendo, conquanto o inciso LXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal anuncie que "*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*", é preciso ponderar que a análise dos fatos alegados, em cotejo com os meios de prova produzidos, indica o insucesso do recurso, preservando o provimento judicial.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003794-34.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ALINE KELLY DE ALMEIDA, é apelado CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS AYRTON SENNA E CARVALHO PINTO S/A ECOPISTAS.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso voluntário e negaram ao oficial, por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.873)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 13 de março de 2018.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Apelação cível – Direito Constitucional e Civil – Interdito proibitório – Ameaça à posse verificada em razão de manifestação social em trecho de concessão pública – Ameaça que merece ser afastada e resguardada pelo Poder Judiciário – Direitos fundamentais em conflito – Critério da ponderação, razoabilidade e da proporcionalidade para solução do impasse – Medida liminar que não foi

Acesso ao Sumário

dolosamente descumprida pela Ré – Multa inexigível – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de pretensão de interdito proibitório ajuizada por Concessionária das Rodovias Ayrton Senna e Carvalho Pinto S/A - Ecopistas em face de Alin e Kelly de Almeida e outros, objetivando, liminarmente, que os Réus se abstenham de ocupar as rodovias do sistema, especialmente a Rodovia Ayrton Senna, da sua faixa de rolamento, acessos, acostamentos, pontes, viadutos e quaisquer edificações, inclusive praças de pedágio, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000.000,00 ou, alternativamente, para que a manifestação seja realizada, assegurando-se a fluidez de pelo menos 2 faixas de rolamento, bem como a procedência do pedido para manter a Autora na posse de todos os bens integrantes das rodovias que administra.

A medida liminar foi deferida (fls.56/59).

A sentença, prolatada pela MMa. Juíza Márcia Blanes, julgou procedente o pedido para manter a liminar deferida e para condenar a Ré ao pagamento de multa no valor de R$500.000,00, atualizado monetariamente a partir de 07 de fevereiro de 2014, com base na Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e revertido à Autora, nos termos do artigo 500 do novo CPC. Determinou, ainda, a expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, com cópia da sentença e depoimento de fls. 159, para providências penais cabíveis (fls. 187/192).

Apela Aline Kelly de Almeida (fls. 187/213), pugnando, ao final, pela reforma da sentença. Não foi apresentada contrarrazões (fls. 217).

O feito foi distribuído originalmente à 23ª Câmara de Direito Privado, sendo redistribuído por Acórdão às Câmaras de Direito Público (fls. 227/229).

É o relatório do essencial.

De início, preenchidos os requisitos legais concede-se a gratuidade de justiça em favor da Apelante.

O interdito proibitório em comento tinha por objetivo afastar ameaça de lesão à posse no dia 07/02/2014, às 16 horas, para quando estava marcada manifestação a ser realizada na Rodovia, articulada pelo "Facebook" (fls. 8/100).

No mesmo dia, a medida liminar foi deferida nos seguintes termos:

Vistos.

Trata-se de pedido liminar de interdito proibitório, em que a Concessionária das Rodovias Ayrton Senna e Carvalho Pinto - ECOPISTAS, detentora da Concessão das Rodovias Ayrton Senna e Carvalho Pinto, pretende expedição de mandado liminar proibitório

Acesso ao Sumário

em face dos réus, para que se abstenham de realizar manifestação marcada para a data de hoje, às 16 horas, invadindo as rodovias administradas pela autora, especialmente a Ayrton Senna, visando garantir a fluidez do tráfico, impedindo a invasão de pedágios e garantindo a segurança do local.

Pelo que se percebe, o pedido não visa impedir a manifestação, e sim que ela se dê ao longo da rodovia.

Com efeito, possível admitir que a autora tem posse sobre a área ocupada pelas rodovias administradas por ela - há poder de fato sobre tal área, bem como dever de zêlo, nos termos do que consta no contrato de concessão firmado em 17 de junho de 2009, cuja transcrição consta da inicial: CLÁUSULA 46. - OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA 46.1. A CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo de outras obrigações estabelecidas neste CONTRATO ou na legislação aplicável, obriga-se, de modo geral, a: I. prestar SERVIÇO ADEQUADO [...]; [...] VIII. zelar pela integridade dos bens que integram a CONCESSÃO e pelas áreas remanescentes, tomando todas as providências necessárias, incluindo as que se referem à faixa de domínio e seus acessos;

Também a autora trouxe prova suficiente de que a manifestação está marcada, e reunirá grande número de pessoas (fls. 05 e seguintes), tendo havido distribuição inclusive de panfletos. O local de encontro é a Estrada do Capão Redondo esquina com a Avenida da Estação, Vila Any.

Em que pese a livre liberdade de manifestação e reunião em lugares públicos, a própria Constituição Federal ressalva: XVI - todos podem reunir- se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

O próprio caput do referido artigo 5º, que prevê a liberdade de manifestação e reunião ainda dispõe: Art. 5 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Assim, em que pese a ampla liberdade de manifestação, a Constituição não autoriza que ela se dê em detrimento da segurança e liberdade daqueles que não pretendem participar dela.

Em que pese a suposta organizadora, ora corré, ter salientado

Acesso ao Sumário

"via Facebook" que a manifestação é pacífica, não é isso que vem ocorrendo com as diversas manifestações da atualidade. É cada vez mais frequente a notícia de que manifestações pacíficas acabaram assumindo caráter de baderna, vandalismo e violência.

Sem desmerecer a intenção dos manifestantes, é de rigor reconhecer a ameaça decorrente dos fatos exposto pela autora, já que a Rodovia Ayrton Senna comporta tráfego de milhões de veículos, e foram diversas manifestações que sob o falso pretexto de "chamar atenção", acabaram por invadir as pistas de rolamento das rodovias próximas, impedindo a circulação dos veículos.

E no caso presente, se assim pretendessem os manifestantes, deveriam requerer prévia autorização ao Departamento de Estradas de Rodagem, conforme Portaria 100 do DER, conforme estipula a própria Constituição Federal.

O pedido da autora também tem amparo no que prevê o Código de Processo Civil:

Art. 932 – O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito. Admitindo-se a qualidade de possuidora da autora, e também do dever de resguardar os bens que integram o sistema da Rodovia Ayrton Senna - Carvalho Pinto, e havendo justo receio de que os réus praticarão turbação de tal direito, configurada também a iminência da turbação, concedo a liminar, expedindo-se mandado proibitório para 1) IMPEDIR os Requeridos manifestantes de invadir ou comprometer a fluidez da Rodovia Ayrton Senna, a sua faixa de rolamento, acessos, acostamentos, pontes, viadutos e quaisquer edificações, inclusive Praças de Pedágio, sob pena de multa de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dia de descumprimento do mandado; 2) requisitar apoio policial para imediato cumprimento do mandado proibitório, afim de evitar que o exercício do direito de manifestação dos requeridos venha a comprometer a fluidez e segurança da Rodovia Ayrton Senna; 3) requisitar e advertir a Polícia Militar Rodoviária, bem como ao Comando da Polícia Militar, para que mantenham vigilância ao longo da Rodovia, a fim de evitar a ocorrência de acidentes, além de poderem realizar as intervenções necessárias para desobstrução do tráfego em caso de invasão da rodovia, bem como a comprovação necessária das ocorrências para aplicação de eventual pena cominatória que se faça pertinente.

Acesso ao Sumário

Deverá constar no mandado, expressamente, que a manifestação poderá ocorrer, ficando vedado tão somente a invasão das faixas de rolamento, acostamento, pontes, viadutos, edificações e praças de pedágio, bem como destruição dos bens que compõem o sistema rodoviário, resguardando-se a segurança de seus usuários e funcionários.

Intime-se e cite-se a corré, ALINE KELLY a respeito da presente decisão, prosseguindo-se, no mais, pelo rito ordinário.

Intime-se.

Guarulhos, 07 de fevereiro de 2014.

A condenação fixada na sentença, multa de R$ 500.000, 00 em desfavor da Ré, se deu em razão do descumprimento da liminar, tendo em vista que a manifestação, de fato, ocorreu (fls. 82/100). A manifestação organizada bloqueou a passagem de veículos pela Rodovia Ayrton Senna, no dia 07 de fevereiro de 2014, após às 16 horas.

Colocadas essas premissas fáticas e processuais passamos à análise dos impasses jurídicos.

O interdito proibitório é mesmo procedente, dispõe o Código Civil sobre o tema:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.

(grifo nosso)

No caso em estudo, a Apelada, ciente de possível ameaça a sua posse, manejou interdito proibitório buscando resguardar sua posse, medida que encontra amplo amparo no ordenamento jurídico pátrio.

A hipótese traz o conflito de dois direitos fundamentais talhados na Constituição Federal, quais sejam o direito fundamental de propriedade (posse) (art. 5º, "caput", XXII, XXIII, CF) e o direito de manifestação do pensamento (art. 5º, IV, XVI e XVII, CF). O critério para a solução é o da ponderação, com base nos vetores da razoabilidade e proporcionalidade. Segundo a doutrina dominante de Robert Alexy, a interpretação destes vetores deve levar em consideração a máxima otimização do direito fundamental ponderado, visto que

cuidam de princípios fundantes do regime democrático.

Neste cenário, imperioso reconhecer que o direito à manifestação e à propriedade devem ser prestigiados e conservados, viabilizando-se ambos. Acolhe-se, portanto, o pedido subsidiário formulado na vestibular, visto que respeita a potencialização do exercício pleno de ambos os direitos, lavrado pelo Autor da presente, nos seguintes termos: **"Caso assim não entenda V. Exa., o que se admite em observância ao princípio da eventualidade, requer-se a concessão de liminar para que a realização da manifestação noticiada nestes autos não obstrua integralmente a Rodovia Ayrton Senna, ASSEGURANDO-SE A FLUIDEZ DE PELO MENOS 2 FAIXAS DE ROLAMENTO, comunicando-se a Polícia Militar Rodoviária para que tome as medidas necessárias para assegurar aludida fluidez e segurança dos usuários da Rodovia"** (fls. 19) . Muito razoável, proporcional e garantidor é, portanto, o pedido que merece ser acolhido. Dessa forma, o interdito é mesmo procedente, como acolhimento do pedido subsidiário.

Pois bem. Colhe-se dos autos, ainda, que a proibição, estipulada pela sentença, ou mesmo o exercício parcial do movimento na estrada, não foi obedecido. Houve tumulto, conflito, violência e interdição de ambas as faixas, o que não se pode coadunar (fls. 82/100). Este Relator , assim como a análise sistemático-teleológica do nosso ordenamento jurídico, são totalmente avessos a qualquer manifestação violenta, de qualquer dos envolvidos (Estado ou particulares), que acarrete destruição ou dano a bens públicos ou particulares. Os envolvidos em excessos devem ser penalizados com rigor, respondendo nos respectivos campos do Direito.

A presente demanda foi ajuizada em 06 de fevereiro de 2014, sendo a liminar deferida no dia seguinte (07/02/2014). A manifestação estava marcada para o dia 07/02/2014 às 16 horas. A liminar, conforme já se registrou, determinou que a manifestação não ocorresse (fls. 56/59). Aline Kelly, apontada como uma das organizadoras do movimento (pela nova "ponte Itaim-Vila Any) foi intimada da decisão durante o próprio evento (fls. 69/71).

Não se pode asseverar, neste contexto, que ela deliberadamente desobedeceu a ordem judicial, de que tomou conhecimento após o início da manifestação. Como dito, foi citada durante o movimento, oportuna à transcrição (fls. 69/71): **"Mandado nº: 011653-2. CERTIDÃO Dia 07 de fevereiro de 2.014, sexta-feira, por volta de 16h10min, encaminhei-me à Estrada do Capão Bonito, s/n, esquina com a Avenida da Estação – Jardim Maria de Lourdes – Guarulhos/SP – na oportunidade, após identificar-se como Oficial de Justiça aos policiais militares da região fui encaminhado ao Comandante Redcliff. A Seguir, ciente da presente determinação judicial, o comandante solicitou a alguns manifestantes a presença da senhora Aline Kelly, que compareceu ao local em instantes. Neste rumo, após confirmação**

Acesso ao Sumário

verbal que se tratava da parte requerida, para ela li o inteiro teor do presenta mandado, deixando-a ciente dos fatos alegados na inicial e da tutela jurisdicional contra ela invocada (...) " (fls. 71).

Diante disso, não é razoável e proporcional que Aline Kelly arque com R$ 500.000,00 a título de multa, em razão do descumprimento da medida liminar deferida. Não agiu com dolo ou culpa. A medida liminar restou "cumprida" quando o movimento já seguia um curso desordenado, ao qual não se tem notícia de que ela teria qualquer poder de gestão ou coordenação. Por mais que fosse uma das articuladoras do movimento, não é seguro dizer que, logo após a citação, teria poder irrestrito de dissolver a massa convocada. A multa, portanto, é inexigível e o interdito é mesmo procedente.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com as custas e despesas que deram causa, observando a gratuidade deferida em favor da Ré. A título de honorários advocatícios, ao patrono da Autora cabe a quantia de R$ 2.000,00 e ao patrono da Ré cabe a quantia de R$1.000,00, por equidade (art. 85, §8º, no NCPC). A crescente-se, ainda, em favor de ambos a quantia de R$ 500,00 a título de honorários recursais (art. 85, §11, do NCPC), observando-se a gratuidade deferida em favor da Ré.

Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para afastar a multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020476-89.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA, é apelada AMANDA ALVES AQUINO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 26.942)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), SILVIA MEIRELLES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 20 de março de 2018.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Obrigação de fazer – Saúde – Procedimento cirúrgico – Tratamento de saúde mais

digno – Direito fundamental amparado nos artigos 1º, III; 6º e 196 da Constituição Federal – Cumprimento das determinações legais e constitucionais que é dever do Poder Público e não se encontra em sua esfera de discricionariedade – Redução de honorários – Impossibilidade – Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de ***ação de obrigação de fazer "com pedido de tutela de urgência***" ajuizada por ***Amanda Alves Aquino*** contra o ***Município de Sorocaba***, para compelir o requerido a promover a realização da cirurgia de esterilização tubária (laqueadura) quando da realização do parto cesárea em decorrência de gestação ectópica.

Conforme sentença de fls. 43/49, o pedido foi julgado procedente, tornando definitiva liminar, para compelir o requerido a realizar a cirurgia quando da realização do parto cesárea, sob pena de multa diária no valor de mil reais, limitada a trinta mil reais, e condenando o Município ao pagamento de honorários arbitrados em R$1.000,00 (mil reais).

Inconformado, recorre o Município e requer a revisão do valor arbitrado a título de honorários (fls. 52/54).

O recurso não foi respondido (fls. 60).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, e a ele nego provimento.

O artigo 6º da nossa Constituição Federal estabelece que a saúde é um direito social. E os direitos sociais são direitos fundamentais, pois vêm elencados em um dos capítulos do título "*DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS*".

Aliás, como adverte o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

"Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir - como é típico das liberdades públicas de modo geral - mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito" *(Direitos Humanos Fundamentais, 3ª edição, página 49).*

Ademais, o artigo 196 da nossa Constituição Federal deixa claro que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Com efeito, o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

E a dignidade da pessoa humana, conjunto de direitos que inclui tratamento

Acesso ao Sumário

de saúde menos gravoso, está tipificada dentre os fundamentos e não dentre os objetivos da Constituição Federal, não devendo, por isso, ser tratada como um simples *dever-ser* sem qualquer eficácia imediata.

Nesse contexto, incumbe ao Poder Público patrocinar as condições indispensáveis para o pleno exercício desse direito.

E, no caso concreto, há relatório médico subscrito por profissional idôneo a atestar a necessidade da realização da cirurgia de esterilização tubária (laqueadura) quando da realização do parto cesárea, em decorrência de gestação ectópica, indicando que uma nova cirurgia representaria sérios riscos para a paciente (fls. 17/18).

A autora afirma estar com trinta anos de idade, na quarta gestação e devido a problemas apresentados em gestações anteriores tem necessidade da laqueadura e indicação para parto cesárea, porém, a lei determina que só seja realizado procedimento de esterilização após 42 dias ter dado à luz.

A Lei Federal nº 9.263 que regula o planejamento familiar dispõe em seu Art.10 §2º que:

> ***"É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores."***

O Município contestou a ação pedindo a improcedência do pedido (fls. 29/35).

Além disso, verifica-se que a autora é beneficiária da gratuidade de justiça, a evidenciar que não possui condições de arcar com o tratamento reclamado, de alto custo.

Assim, ainda que no momento da prolação da sentença a paciente já tivesse obtido a cirurgia, é certo que, quando do ajuizamento da ação, o provimento jurisdicional era necessário.

Logo, de rigor a manutenção da condenação em honorários advocatícios da parte requerida, em obediência ao princípio da causalidade.

Sobre o tema leciona Theotonio Negrão:

> ***"A regra de sucumbência, expressa neste art. 20, não comporta aplicação indiscriminada na determinação da parte responsável pelo pagamento de honorários e reembolso de despesas. Em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo. É certo que, na maioria das vezes, causalidade e sucumbência levam a soluções coincidentes; esta é o mais eloquente sinal daquela. Todavia, quando as soluções forem destoantes, prevalece aquela atrelada ao principio da causalidade."***
>
> ***"Sem embargo do principio da sucumbência, adotada pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro principio, o da***

Acesso ao Sumário

causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes" (STJ-4ªT., REsp 264.930, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.9.00, DJU 16.10.00).

"Os ônus sucumbências subordinam-se ao principio da causalidade: devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo" (STJ-1ªT., REsp 664.475, Min. Teori Zavascki, j.3.5.05, DJU 16.5.05).

(Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 43ª Edição, Ed. Saraiva, 2011, p.139/140).

Aquele que deu causa à demanda indevida deve arcar com os custos do processo e com os honorários do advogado que a parte *ex adversa* necessitou contratar para lhe representar em Juízo, conforme artigo 85, §10º, do CPC.

E no caso concreto, a verba honorária foi bem arbitrada pelo Juízo *a quo*, e qualquer redução implicaria em fixação em valor módico, que não remuneraria adequadamente o d. Patrono.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000008-75.2015.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada JAQUELINE SIMÕES PINTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.206/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 5 de março de 2018.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: IPVA. Exercícios de 2008 a 2013. Alienação do veículo. Ausência de comunicação ao órgão de transito. Reponsabilidade. Desconstituição da relação jurídico tributária. 1. IPVA. Responsabilidade. O proprietário de veículo que o alienar e não comunicar

Acesso ao Sumário

a ocorrência ao órgão público encarregado do registro e licenciamento, inscrição ou matrícula, é solidariamente responsável pelo pagamento do IPVA nos termos do inciso III do art. 4º da LE nº 6.606/89, alterado pela LE nº 13.296/98. O bloqueio do veículo realizado em 11-1-2005 por falta de transferência não equivale à comunicação de venda, pois não identifica o comprador (nome, CPF e RG, endereço) e também não permite a atualização do registro do veículo e a cobrança do imposto do adquirente, portanto a autora é responsável pelo pagamento do IPVA referente aos exercícios de 2008 a 2013. No entanto, as peculiaridades do fato permite que se estenda ao pagamento do IPVA a leitura mais flexível dada à ausência de transferência vista no item seguinte. 2. Veículo. Propriedade. A exordial afirma que o veículo foi vendido em 2004, o comprador não formalizou a transferência, e a autora não tem hoje como fazer a comprovação (apresentação de documentos e do veículo) que a administração exige. Impossibilidade de atendimento às normas administrativas para baixa ou transferência. Necessidade da intervenção judicial, única forma de regularizar a peculiar situação descrita pela autora. O veículo foi fabricado em 1995 (hoje estaria com vinte e dois anos de uso), o último licenciamento foi feito em 2004 (ano em que a autora alega ter alienado o veículo) e já no ano seguinte foi requerido o bloqueio por falta de transferência, podendo-se presumir que o veículo não mais pertence à autora, não está em sua posse e possivelmente sequer existe. Assim, é o caso de excluir o nome da autora do registro do veículo. Procedência. Recurso do Estado desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 119/121, declarada a fl. 140, julgou procedente a ação para ratificar a tutela de urgência deferida a fls. 42/45 e declarar a inexistência de relação jurídica entre a autora e o veículo referido na exordial, determinando a exclusão da condição de proprietária junto ao DETRAN e demais órgãos de trânsito, bem como para declarar a inexistência dos débitos lançados a título de IPVA, multas, taxas, tarifas e impostos a partir de 11 de janeiro de 2005,

suspendendo-se os protestos eventualmente lavrados. Deixou de condenar o requerido no pagamento de sucumbência, em razão da desídia da autora em não comunicar a alienação do veículo.

Apela o Estado (fls. 124/135); alega que a cobrança do IPVA referente aos exercícios de 2008 a 2013 é legítima, uma vez que a apelada não comunicou a venda do veículo, permanecendo como proprietário no cadastro do DETRAN; o art. 4º, III da LE nº 6.606/89, alterado pelo art. 6º, II da LE nº 13.296/08, estabelece a responsabilidade solidária do proprietário de veículo de qualquer espécie que o alienar e não fornecer os dados necessários à alteração no Cadastro de Contribuintes do IPVA no prazo de trinta dias; a inexistência de comunicação ao DETRAN da transferência do domínio do veículo impossibilita a identificação do atual proprietário, o que justifica a solidariedade do alienante; ainda que a propriedade de coisa móvel seja transferida pela tradição, no caso de veículo o seu registro perante o órgão de transito é exigência legal com reflexos jurídicos quanto à responsabilidade pelos tributos e demais encargos; preceitua o art. 134 do CTB que a transferência do veículo deve ser comunicada ao órgão de trânsito competente, sob pena de responsabilidade solidária; cita jurisprudência. Pede o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Contrarrazões a fls. 144/151.

É o relatório.

2. A autora relata que era proprietária do veículo VW Passat, placas KQC-4814, ano 1995, mas o alienou no ano de 2004 para uma pessoa física cujos dados não se recorda, que teria ficado responsável pela transferência do veículo; alega que em 11-1-2005 requereu o bloqueio do veículo perante o órgão de trânsito (fl. 21), a partir de quando deixou de ser responsável pelos débitos tributários incidentes sobre o veículo, notadamente o IPVA dos exercícios de 2008 a 2013 cobrados pelo Estado (fls. 23/35). Em razão disso, ajuizou essa ação requerendo a declaração de inexistência da relação jurídico-tributária que decorra da propriedade do veículo, bem como a anulação do crédito fiscal no valor de R$-8.397,99 referente aos impostos lançados após a data de comunicação da venda do veículo, com a cessação dos atos executórios para cobrança da dívida e exclusão de seu nome do CADIN.

3. IPVA. Responsabilidade. A LE nº 6.606 de 20-12-1989, que regulamentou o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores no Estado de São Paulo, estabeleceu no seu art. 4º, III e parágrafo único a responsabilidade solidária, sem benefício de ordem, do vendedor que não comunica a alienação do automóvel ao órgão público encarregado do registro e licenciamento. Do mesmo modo, a LE nº 13.296 de 23-12-2008, que revogou a LE nº 6.606/89, manteve a responsabilidade do alienante em comunicar ao DETRAN a venda do

Acesso ao Sumário

veículo, sob a pena de permanecer responsável pelo tributo (art. 6º, II).

O bloqueio do veículo realizado em 11-1-2005 por falta de transferência (fl. 21) não equivale à comunicação de venda prevista no art. 4º da LE nº 6.606/89, alterada pelo art. 6º da LE nº 13.296/08, pois não identifica o comprador (nome, CPF e RG, endereço) e também não permite a atualização do registro do veículo e a cobrança do imposto do adquirente. A autora não efetuou a comunicação da alienação do veículo, portanto é responsável pelo pagamento do IPVA referente aos exercícios de 2008 a 2013; mas a peculiaridade dos fatos permite que se lhe estenda a posição mais flexível indicada no item seguinte.

4. Por outro lado, a autora não pretende simplesmente exonerar-se do pagamento do imposto referente aos exercícios de 2008 a 2013; pretende que o juiz declare que o veículo não mais lhe pertence e mande dar a baixa nos registros que a exonere dessa responsabilidade perpétua. O Estado-juiz e o Estado-administração precisam ser sensíveis às situações concretas que a vida cria, de modo a permitir que sejam resolvidas e não perpetuadas; e não pode colocar a forma à frente do fundo, como se o direito fosse uma alma sem corpo. A exordial afirma que o veículo foi vendido em 2004, o comprador não formalizou a transferência, e a autora não tem hoje como fazer a comprovação (apresentação de documentos e do veículo) que a administração exige. A alegação não é órfã nos autos; trata-se de um veículo fabricado em 1995, que hoje estaria com vinte e dois anos de uso; o último licenciamento foi feito em 2004 (ano em que a autora alega ter alienado o veículo) e já no ano seguinte a autora requereu o bloqueio do veículo por falta de transferência. (fl. 21).

Administrativamente, é um caso sem solução e a autora, sem uma posição mais flexível, mais aberta do juiz, ficará presa para todo o sempre ao pagamento do licenciamento e do imposto de um veículo que não mais lhe pertence, não está em sua posse e possivelmente sequer existe. A conduta da autora, por sua vez, traz suficiente indício de veracidade e boa fé, o mínimo que o juiz pode presumir de quem vem a juízo. Assim, é o caso de excluir o nome da autora do registro do veículo.

Acesso ao Sumário

O voto é pelo **desprovimento do recurso do Estado**. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015639-81.2012.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SANDRA REGINA FERREIRA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.899)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 20 de março de 2018.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Ação de conhecimento – Obrigação de fazer – Certificado de conclusão de ensino fundamental não reconhecido – Colégio Alphaville – Pretensão à obtenção de certificado de conclusão de curso, com aposição do "visto confere" - Liminar que autorizava a instituição de ensino a ministrar o curso, assegurando a realização de exame presencial aos alunos e expedição do certificado, a qual foi posteriormente revogada – Recusa em reconhecer o certificado – Inadmissibilidade – Matrícula e frequência do curso na vigência da liminar judicial – Situação já consolidada – Sentença de procedência que deve ser mantida.

R. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

1. Por r. Sentença, cujo relatório ora se adota, o MM. Juiz de Direito *a quo*, nos autos da ação de conhecimento, julgou procedente o pedido, determinando o reconhecimento do certificado apresentado pela autora, tornando definitiva a tutela antecipada deferida.

A FESP apela, sustentando que o "visto confere" não se mostra possível, porque não realizado exame presencial em colégio credenciado pelo Conselho Estadual de Educação, salientando que o Colégio Alphaville perdeu a faculdade para tanto, conforme portaria baixada pela Coordenadoria de Ensino do Interior.

Tempestivo o recurso, regularmente processado, sem contrarrazões, subindo os autos.

2. Não vinga o recurso.

Cuida-se de ação de conhecimento por meio da qual a autora pretende obter a validação de seu certificado de conclusão do Ensino Fundamental pelo Colégio Alphaville de Campinas.

Acesso ao Sumário

A autora concluiu o curso na vigência da liminar judicial deferida, autorizando o Colégio a realizar os cursos.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles, "**se no período da suspensão liminar (ou da sentença concessiva da segurança, posteriormente reformada) forem praticados atos geradores de direito subjetivo para o impetrante ou para terceiros, ou consumadas situações definitivas, tais atos e situações deverão ser considerados válidos e subsistentes, pois se constituíram ao amparo de uma ordem judicial eficaz durante sua vigência**" (Mandado de Segurança, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 90/91).

Com efeito, aqueles que concluíram o curso ou tiveram o certificado emitido quando da vigência da medida liminar anteriormente concedida, não podem ser prejudicados por sua posterior cassação. No caso, deve-se privilegiar a boa-fé daqueles que agiram respaldados por decisão judicial, impondo-se o reconhecimento da validade daqueles certificados.

Inadmissível, portanto, que decisão judicial posterior viole o direito ora debatido, haja vista que o decurso do tempo acabou por consolidar uma situação fática.

Em casos análogos a este, assim tem decidido esta Colenda Câmara de Direito Público. Confiram-se:

> **MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão à obtenção de certificado de conclusão de curso, com aposição do "visto confere" – Liminar que autorizava a instituição de ensino a ministrar o curso, assegurando a realização de exame presencial aos alunos e expedição do certificado, a qual foi posteriormente revogada – Recusa da impetrada de reconhecimento do certificado – Inadmissibilidade – Conclusão do curso na vigência da liminar – Sentença de concessão da ordem mantida – Recurso oficial não conhecido, e voluntário não provido.** (Apelação nº 0038709-10.2010.8.26.0114, TJ/SP, 6ª Câmara de Direito Público, Des. Relator Reinaldo Miluzzi, j. 16.05.2011).
>
> **Apelação Cível – Ato administrativo – Recusa de concessão do "visto-confere" e inclusão de aluno no Sistema GDAE – Aluno que concluiu o ensino médio no Instituto Borba Gato – Sentença de improcedência – Recurso voluntário do autor – Provimento de rigor – Estabelecimento de ensino que funcionou por meio de medida judicial durante o período em que o aluno frequentou o curso – Descabimento da recusa em expedir o "visto-confere" – Precedentes – R. sentença reformada, com a inversão dos ônus sucumbenciais – Recurso voluntário provido**. (Apelação 0016895-28.2010.8.26.0053, TJ/SP, 6ª Câmara de Direito Público, de minha relatoria, j. 24/10/2011)
>
> Neste sentido, inúmeros precedentes desta Corte, apelação nº 9067634-

Acesso ao Sumário

45.2009.8.26.0000, Rel. Marrey Uint, j. 29/3/11; apelação nº 0024475-91.2008.26.0114, Rel. Magalhães Coelho, j. em 11/1/11, ambas da 3ª Câmara de Direito Público, apelação nº 990.10.062639-6, da 7ª Câmara, Rel. Nogueira Diefenthaler, j. 23/8/10; apelação nº 990.10.0488373, Relª Silvia Meirelles, j. 5/5/10; apelação nº 990.10.221338-2, Rel. Coimbra Schmidt, j. 9/8/10; apelação nº 990.10.16.7067-4, da 3ª Câmara, Rel. Ângelo Malanga, j. 27/7/10; apelação nº 990.10.085510-7, Rel. Leonel Costa, j. 16/11/10, dentre outros.

Destarte, é de ser mantida a r. Sentença.

Também não vinga a pretensão fazendária quanto aos honorários, porque o art. 85, § 8º, do novel CPC possibilita a fixação equitativa de honorários sucumbenciais quando a causa tiver valor muito baixo (no caso, R$ 1.000,00 meramente para fins fiscais).

Assim, mantém-se o valor de R$ 800,00 em primeira instância e, conforme o art. 85, § 11, do novel CPC, majoro em 10% esse valor.

Por fim, para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou as questões postas no presente recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000620-64.2017.8.26.0471, da Comarca de Porto Feliz, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO FELIZ, são apelados VINICIUS DANIEL (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) MARIA APARECIDA DANIEL e MARIA APARECIDA DANIEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.015)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 22 de março de 2018.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – PRETENSÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA EM UTI –

Autor que foi atropelado por automóvel, apresentando insuficiência renal, traumatismo craniano e pneumonia.

Direito à vida e à saúde que correspondem a dever concreto do Estado – Artigo 196 da Constituição Federal que possui eficácia plena – Responsabilidade solidária dos federativos – Entendimento da jurisprudência dominante reafirmado pelo STF no Tema de Repercussão Geral nº 793 – Ônus estatal que não pode ser obstado por questões orçamentárias – Violação do Princípio da separação dos poderes – Inocorrência – Dever do Poder Judiciário de compelir a Administração Pública a fornecer o medicamento.

Paciente necessita do tratamento pleiteado, conforme relatório médico – Não há que se discutir a eficácia do tratamento requerido, pois indicado por profissional capacitado – Omissão do Estado evidente ante a apresentação de defesa.

Sentença mantida. Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação cautelar inominada ajuizada por VINICIUS DANIEL, que foi gravemente atropelado por um automóvel, contra o MUNICÍPIO DE PORTO FELIZ, objetivando a disponibilização de vaga em UTI em um dos hospitais da região, considerando que está com insuficiência renal, traumatismo craniano e pneumonia.

A r. sentença de fls. 48/52 julgou procedente o pedido inicial, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, confirmando a liminar anteriormente deferida.

Condenou a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais de que não seja isenta, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 800,00.

A r. sentença foi publicada na vigência do Novo CPC.

Inconformada, apela a ré às fls. 55/72. Sustenta, em síntese, o descabimento da medida, em virtude de seu caráter satisfativo, que esgota o objeto da ação. Alega que a Municipalidade não se omitiu ou falhou no atendimento prestado ao autor. Defende que a União e Estado devem integrar o polo passivo da lide, com o deslocamento da competência para a Justiça federal. Afirma que não

Acesso ao Sumário

pode o SUS se sujeitar aos critérios de cada usuário, considerando-se que se trata de atendimento que deve ser estendido à toda a população e que, somente observando os critérios e política adotada para a consecução dos objetivos do Estado, será possível esse atendimento igualitário, eficiente e constitucional.

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 76/79).

É o relatório do necessário.

Voto.

Em primeiro lugar, destaco ser caso de reexame necessário, pois se trata de sentença ilíquida, ensejando a incidência da Súmula 108 deste E. Tribunal de Justiça:

> Súmula 108: A dispensa de reexame necessário, autorizada quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas (Súmula 490 do STJ), bem como àquelas proferidas antes da Lei 10.352/01.

Anote-se que, conquanto o processo não tenha seguido o rito previsto nos artigos 303 e 304 do Novo Código de Processo de Civil, admite-se o processamento da presente ação, diante do princípio da instrumentalidade das formas.

Com efeito, o autor foi atropelado por automóvel e conduzido para a Santa Casa local, com traumatismo craniano, conforme comprovam o boletim de ocorrem de fls. 7/10 e o relatório médico de fl. 12. No relatório médico, também há a observação de que o autor aguardava disponibilização de vaga em UTI.

Restou comprovado seu direito à saúde, bem como o risco de seu perecimento à negativa do réu em fornecer tratamento pleiteado.

A omissão do ente político a ensejar o interesse processual do autor resta evidente com a resistência decorrente da contestação e do apelo.

O direito do autor está cabalmente demonstrado nos autos e decorre, de um lado, do direito constitucional garantido aos cidadãos brasileiros de acesso à saúde e, de outro, da negativa injustificada na disponibilização do tratamento de que necessita para a manutenção de sua própria vida.

Constata-se, assim, que outra alternativa não lhe restou senão se socorrer da tutela jurisdicional a fim de ver assegurado seu direito, motivo pelo qual não há que se falar em violação à harmonia ou separação de Poderes.

É inquestionável a responsabilidade solidária existente entre União, Estados e Municípios no que diz respeito à salvaguarda do direito à saúde, podendo aquele que necessitar promover ações judiciais contra qualquer um dos entes federativos.

Preceitua o art. 194, *caput*, da Constituição da República que a Seguridade Social é o "*conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da*

sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social", tendo por princípios a universalidade da cobertura e do atendimento; distributividade dos benefícios e serviços; caráter democrático e descentralização da administração, com participação do Governo, de forma solidária entre as entidades estatais da União, Estados, Municípios e Distrito Federal; financiamento por toda a sociedade e por aqueles entes públicos.

Já a lei nº 8.080/1990 dispõe em seu artigo 2º que "*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*". O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). (art. 4º *ibidem*)

> "O Sistema Único de Saúde - SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. (AgRg no Ag 1044354/RS, 2008/0091638-2, STJ-T1, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 14.10.2008, DJe 03.11.2008)

Disso decorre a legitimação passiva, concorrente e solidária da União, Estado, Município e Distrito Federal para figurarem no polo passivo das demandas, cuja pretensão é o fornecimento de medicamento, podendo a ação ser proposta em face de qualquer um deles. (*ibidem*)

Neste sentido, reafirmando a jurisprudência dominante, decidiu o STF com repercussão geral:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. **O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente."**
>
> (STF – RE 855178 RG – Rel. Min. LUIZ FUX – j. 05/03/2015 – Tema de Repercussão Geral nº 793).

Afasta-se ainda a alegação de uso ilimitado e incondicionado dos recursos públicos, pois a obrigatoriedade de fornecimento de remédios e insumos é ônus Estatal, sendo-lhe vedados óbices orçamentários a referido fornecimento. Ademais, o Estado nunca prova a alegação. E não a faz por impossibilidade: a lei orçamentária prevê os elementos de despesa e respectivos valores, não mencionando se eles se destinam à aquisição deste ou daquele medicamento.

Acesso ao Sumário

Eventual insuficiência de recursos no elemento próprio é facilmente suprida por crédito suplementar.

A norma constitucional do art. 196 é de eficácia plena e, ainda que se entendesse de caráter programática, decorridas mais de duas décadas da vigência da Constituição da República e havendo estruturação legal e administrativa para o custeio, não se pode admitir o descumprimento ilícito do repasse das verbas para a saúde como justificativa idônea para o não cumprimento daquele dever do Estado.

Por outro lado, também não cabe dizer que os protocolos padronizados adotados pelo Ministério da Saúde visam a otimização e utilização de recursos financeiros públicos e a preservação da isonomia entre os beneficiários dos serviços.

Não há que se discutir aqui a eficácia do tratamento requerido, pois indicado por profissional capacitado, presumindo-se conhecimentos técnico-científicos para tanto, bem como se subentende que tenha conhecimento de métodos diversos de tratamento e tenha optado pelo mais indicado ao caso em questão. Procura-se, sim, preservar o bem maior, que é a vida do autor.

Assim, no que se refere à necessidade de produção de prova para demonstrar a efetiva necessidade do medicamento, os documentos acostados aos autos com a respectiva conclusão do profissional da saúde que acompanha a autora bastam para comprovação da patologia que lhe acomete, não cabendo ao Judiciário ou ao Executivo questionar a viabilidade do tratamento sugerido.

Diante do exposto, nego provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1041717-88.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CARLOS APARECIDO DOS SANTOS.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão**. (Voto nº 20.004/2018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 2 de abril de 2018.

Acesso ao Sumário

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA. Servidor Público. Professor Estadual de Educação Básica II. Pretensão ao reconhecimento do direito pretérito de gozo de licença médica indeferida pela Administração. Cabimento. Laudo pericial que apontou a necessidade de afastamento do servidor. Sentença de procedência mantida em relação ao mérito. Juros de mora. Incidência dos parâmetros estabelecidos na Lei nº 11.960/09. Possibilidade. Observância dos parâmetros definidos no RE nº 870.947/SE, julgado pelo Excelso Pretório. Sentença alterada neste aspecto.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por *CARLOS APARECIDO DOS SANTOS*, Professor de Educação Básica II, contra a *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, objetivando o reconhecimento do direito ao gozo de licença saúde no período de 23/05/2014 à 15/07/2014, indeferida pelo Departamento de Perícia Médica Estadual, regularizando-se seu prontuário e registro de frequência.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido "*nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e condeno a ré na obrigação de anular o ato que indeferiu a Licença para Tratamento de Saúde do Autor, no período indicado na inicial, e condeno a ré na obrigação de restituir os valores eventualmente descontados no referido período, regularizando-se para todos os efeitos e apostilando-se no prontuário funcional, com a publicação no Diário Oficial*".

Inconformada, apela a vencida pleiteando a reforma do *decisum*. Reproduz, em síntese, os mesmos fundamentos apresentados em sede de contestação. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação integral dos parâmetros de juros de mora e correção monetária estabelecidos na Lei nº 11.960/2009.

Recebido e processado em seus regulares efeitos, o recurso foi bem respondido.

É o breve relato.

O recurso não comporta provimento.

Conforme se verifica dos autos, a pretensão formulada na inicial se destina ao reconhecimento do direito à licença para o tratamento de sua saúde

Acesso ao Sumário

no período indeferido pela Administração, já que diagnosticado como "portador de Episódio depressivo grave com sintomas psicóticos (CID-10 F32.3)".

De fato, a hipótese em questão comportava a procedência reconhecida na inicial, já que o autor faz jus a concessão da licença saúde que foi indeferida no âmbito administrativo.

Isso porque, a controvérsia apresentada nos autos foi devidamente dirimida com a produção de prova pericial realizada pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo IMESC, de modo a superar todos os argumentos apresentados pela Fazenda do Estado para insistir na legalidade do indeferimento do pedido de licença saúde.

Para tanto, a *Expert* do Juízo concluiu (fls. 110) que "*há elementos para concluir sobre a incapacidade para o trabalho nos períodos solicitados na inicial (23/05/2014 à 15/07/2014*)", o que não foi efetivamente impugnado pela Fazenda do Estado, que se limitou a apontar a competência exclusiva do DPME para a concessão de licença para tratamento de saúde.

Destarte, agiu com acerto o MM. Juízo *a quo* ao julgar procedente o pedido, reconhecendo a incapacidade de trabalho do apelado no período em que a Administração não deferiu o pedido de licença.

Por fim, em relação a insurgência recursal destinada a alterar os parâmetros de juros e correção monetária, a r. sentença comporta pequena correção em relação aos juros de mora incidentes na condenação.

A esse respeito, de se destacar que, 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.

Portanto, 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.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Isto posto, nos termos acima referidos, dá-se parcial provimento ao recurso voluntário da Fazenda do Estado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028214-29.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IVES CARVALHO, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.072)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), MARCELO L THEODÓSIO e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 3 de abril de 2018.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: Apelação – Servidor Estadual – Pagamento em pecúnia dos dias de férias e de licença-prêmio não gozados quando em atividade – Sentença de procedência do pedido – Pretensão de afastamento dos critérios de juros e correção monetária previstos no art. 5º da lei 11.960/09 – Inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei Federal nº 11.960/09, consoante restou decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14 de março de 2013, por ocasião do julgamento das ADIs nº 4357 e 4425 – Julgamento, em sede de Repercussão Geral, do RE nº 870.947/SE (Tema n.º 810) – Juros de mora nos termos do art. 1º- F da Lei9494/97, na redação dada pelo art. 5º da Lei 11960/09, e correção monetária pelo IPCA-E – Honorários advocatícios de sucumbência – Fixação que deve observar o art. 85, §§ 3º, 4º,II, 5º e 11º do Novo CPC de 2015 – Aplicação nos casos em que a Fazenda do Estado é vencida – Inexistência de exceção, tal como previa o art. 20, §4º do CPC de 1973 – Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por IVES CARVALHO da r. sentença de fls. 66/68 que julgou procedente o pedido para condenar a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO ao pagamento dos dias de férias e

de licença-prêmio não usufruídos pelo autor quando em atividade, com correção monetária, a partir da data em que o pagamento deveria ter sido feito, e juros de mora, a contar da citação, na forma da Lei 11.960/09. Em razão da sucumbência, condenou a ré no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, corrigido a partir da citação.

Inconformado, em parte, o autor interpôs recurso de apelação requerendo a reforma do julgado para que o cálculo da indenização seja efetuado com base nos vencimentos à época da liquidação, acrescido de correção monetária pelo IPCA-E, desde a data em que os pagamentos deveriam ter sido efetuados, e juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação, dada a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.960/09, bem como fixados os honorários advocatícios em percentual sobre o total da condenação, nos termos do art. 85 do CPC.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas a fls. 86/95 com o fundamento de que as decisões proferidas nas ADIs 4357 e 4425 são inaplicáveis ao presente caso, uma vez que ainda não foi expedido requisitório. Dessa forma, entende que a Lei 11.960/09 deve ser aplicada para todo o período até a expedição do ofício. Sustenta, ainda, que o pagamento de honorários advocatícios em percentual sobre o total da condenação, como postula o Recorrente, se afigura desmedido e em flagrante contrariedade ao parágrafo 4º do art. 20, do CPC, atual parágrafos 3 º e 8º do art. 85 do Novo CPC.

É o relatório.

O recurso comporta provimento em parte.

De início, convém registrar que embora a apelante negrite o pedido de que a indenização deverá ter por base o valor dos vencimentos à época da liquidação, em nenhum momento sustenta os motivos pelos quais entende ser esta a correta base de cálculo.

De qualquer forma, tal pedido é de ser rejeitado, uma vez que o valor da indenização deverá considerar o valor dos vencimentos à época em que deveriam ter sido efetuados os pagamentos, qual seja, a data da passagem para a inatividade, acrescido dos consectários da mora.

Quanto aos índices de juros e correção monetária, necessário tecer as seguintes considerações:

Destaque-se que, em 17 de outubro de 2012, a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no EDcl no REsp nº 1.205.946/SP, solidando o entendimento de que a coisa julgada não impede a imediata aplicação da Lei nº 11.960/09, de modo que os critérios nela insculpidos (art. 5º, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97) deveriam ser aplicados imediatamente aos processos em trâmite, em relação ao período posterior à sua vigência, até o efetivo cumprimento da obrigação, em observância ao princípio do *tempus regit*

Acesso ao Sumário

actum.

No entanto, importante ressaltar que o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, em **14 de março de 2013**, julgou parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4357 e 4425, reconhecendo a **inconstitucionalidade** do disposto no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, na parte em que determina a correção do débito e juros moratórios pelo **índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança**, entendimento que implicou na inconstitucionalidade por arrastamento do dispositivo de igual teor constante da Lei nº 11.960/09 (art. 5º).

Em seguida, a Suprema Corte reconheceu Repercussão Geral em relação ao tema da extensão da inconstitucionalidade, já declarada, do artigo 5º da Lei federal 11.960/09.

Essa suscitação, no RE 870.947-SE, j. 16.04.2015, tomou o número 810, e do voto do Emin. Relator, Ministro LUIZ FUX, extrai-se "in verbis":

> "Essa controvérsia também está presente em diversos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes: RE 851.079, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 4/12/2014; RE 848.718, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 3/12/2014; RE 839.046, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/10/2014; RE 825.258, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 2/2/2015; e RE 848.145, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/2014. **Ainda que haja coerência, sob a perspectiva material, em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios em condenações judiciais da Fazenda Pública, é certo que o julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos**.".

O Colendo Supremo Tribunal Federal, por seu Pleno, julgou, na data de 20.09.2017, o Tema n. 810 de Repercussão Geral Mérito, no R.E. 870.947.

Acesso ao Sumário

Diante disso, é caso de se observar, mesmo que provisoriamente (porque ainda não transitado em julgado o Acórdão da Suprema Corte), o entendimento que se colhe do voto condutor já divulgado do Ministro LUIZ FUX, expresso nas seguintes teses:

> "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;**

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". (Repercussão Geral Mérito, Tema 810, R.E. 870.947, Pleno, j. 20.09.2017).

Observa-se, por oportuno, que a jurisprudência solidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal entende ser cabível a aplicação de precedente vinculante, independentemente da publicação do referido acórdão (AgR 612.375/DF, Min. Dias Toffoli, DJe 04.09.2017; AgR-ED 1027677/RS, Min. Dias Toffoli, DJe 29.08.20117 e ARE 930.647/PR, Min. Roberto Barroso, DJe 11.04.2016).

In *casu consimili*, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Agravo de Instrumento. Decisão que acolheu Impugnação à Execução de sentença oposta pela Fazenda Estadual, na qual a executada apontou excesso na execução, em razão de não terem os exequentes aplicado as Leis Federais nºs. 11.960/09 e 12.703/12 no tocante à atualização monetária e os juros de mora. Agravo dos exequentes parcialmente provido para ser adotado o critério preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a correção monetária e juros, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.947-SE (Tema 810 de Repercussão Geral)." (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2230318-89.2016.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. AROLDO VIOTTI, j. em 31/10/2017).

E, ainda:

"APELAÇÃO. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE EXAMES DE CINTILOGRAFIA. INADIMPLEMENTO DO MUNICÍPIO. Sentença de procedência para condenar o apelante ao pagamento das parcelas inadimplidas, corrigidas monetariamente a partir da propositura da demanda, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Pleito de reforma da sentença para afastar a condenação

Acesso ao Sumário

ao pagamento de juros moratórios ou determinar a observância da Lei Federal nº 11.960, de 29/06/2009 em relação a eles. Cabimento em parte. JUROS MORATÓRIOS. Ausência de pedido expresso na petição inicial. Irrelevância. Matéria de ordem pública. Pedido compreendido no principal, conforme estabelecido pelo art. 322 do CPC. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947, pelo STF. Aplicação integral do art. 5º da Lei Federal nº 11.960, de 29/06/2009, no que se refere aos juros de mora. APELAÇÃO provida em parte, para determinar a observância da Lei Federal nº 11.960, de 29/06/2009, no tocante aos juros de Mora." (TJSP, Apelação nº 1000462-58.2016.8.26.0428, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. KLEBER LEYSER DE AQUINO, j. em 7/11/2017).

Em suma, diante do julgamento da Suprema Corte, sobre as verbas vencidas, deverá incidir juros de mora, a partir da citação, nos termos do art. 5º da lei 11960/09, e correção monetária, desde a data em que a indenização deveria ter sido paga, pelo IPCA-E.

O pedido de alteração dos critérios de fixação do valor dos honorários advocatícios comporta acolhimento.

De fato, tendo em vista que a ação foi proposta quando já em vigor o Novo Código de Processo Civil, os critérios de fixação dos honorários advocatícios impostos pela nova lei devem ser observados.

E, nesse ponto, deve-se prestigiar o quanto disposto no art. 85,§§3º e 4º, os quais determinam a fixação dos honorários advocatícios em porcentagem sobre o proveito econômico obtido.

Tais critérios são aplicáveis nas ações em que a Fazenda do Estado seja parte, não havendo na lei a previsão de exceção para os casos em que a Fazenda do Estado seja vencida, tal como ocorria no art. 20,§4º do CPC de 1973.

O §8º do art. 85 não se aplica ao presente caso, uma vez que o proveito econômico não é inestimável e não é irrisório. De igual forma, não se considera o valor da causa, uma vez que há proveito econômico a ser considerado para a fixação dos honorários advocatícios.

Dessa forma, nos termos do art. 85, §3º, §4º, II, e §5º, e já considerando o quanto disposto no §11º, os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual intermediário das faixas do §3º, a serem verificados quando da liquidação do julgado.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso para determinar a aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária e a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência no percentual intermediário das faixas do §3º do art. 85, a serem verificados quando da liquidação do julgado, em observância ao quanto disposto nos §4º, II e §5º do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031829-13.2016.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante HELIA REGINA CARRIEL DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.552)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 9 de abril de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSORA DA REDE ESTADUAL. INAPTIDÃO FÍSICA PARA O EXERCÍCIO DO CARGO. Candidata aprovada em certame público, mas considerada inapta pelo perito médico do Departamento de Perícias Médicas do Estado DPME. Prova pericial que demonstra que a candidata apresenta quadro de disfonia incompatível com o regular exercício das atribuições do cargo de Professor de Educação Básica I da rede Estadual de Ensino. Utilização frequente e intensiva da voz que pode agravar ainda mais o quadro de disfonia orgânica-funcional, em prejuízo da particular e do interesse público. Hipótese em que não se verifica qualquer irregularidade no ato praticado pela Administração Pública. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação extraído da Ação de Procedimento Comum, interposto contra a r. sentença de fls. 161/165, proferida **pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Santo André**, que julgou o pedido improcedente firmando entendimento de que a autora não desfruta de aptidão físico-funcional necessária ao bom desempenho das atividades

vinculadas ao cargo para a qual foi aprovada conforme a prova dos autos.

A particular interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, a aptidão para o exercício do cargo de professora de Educação Básica I, ainda que apresente voz disfônica, uma vez que tal condição não é grave e não impediria o exercício das funções inerentes ao seu cargo (fls. 170/178).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 182/192)

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A questão controvertida cinge-se na ilegalidade do ato da Administração Pública que a considerou inapta ao cargo de professora de Educação Básica I da Rede Estadual de Ensino, por apresentar inaptidão física para o exercício do cargo em razão de quadro clínico de disfonia.

Compulsando os autos, verifica-se que o ato administrativo que considerou a particular não apta ao cargo expressamente mencionou a piora das alterações anatômicas, fenda triangular médio-posterior e espessamento das pregas vocais, no exercício das funções inerentes ao cargo, e, portanto, o efetivo prejuízo na capacidade laborativa necessária ao pleno exercício das atribuições do cargo de professora de Educação Básica I.

Neste passo, realizada a prova pericial a conclusão do perito se deu em conformidade com a junta médica realizada pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME pela inaptidão ao exercício do cargo (fls. 146/153):

> "A perícia constatou-se que a Requerente apresenta, no momento, padrão de voz disfônico. Esta disfonia poderá se agravar com o exercício do cargo pleiteado pela pericianda, uma vez que o trabalho como professor demanda uso frequente e intenso da voz. Assim sendo, a disfonia não é compatível com a atividade laborativa de Professor pleiteada pela Requerente.
>
> Diante do exposto conclui-se que a Requerente apresentava quadro de disfonia, com prejuízo da capacidade laborativa para o exercício do cargo de Professor, quando se submeteu ao exame médico admissional realizado pelo DPME em 04.02.2016. No presente momento, a requerente apresenta voz disfônica. A patologia não é grave, porém a disfonia pode se agravar com o exercício do cargo pleiteado."

Deste modo, o quadro clínico apresentado demonstra efetivamente a inaptidão para o exercício do cargo, porquanto comprometida a regularidade da atividade laboral ao pleno exercício das atribuições inerentes ao cargo de docente da rede de ensino.

Aliás, cumpre observar que o exercício da função poderá agravar o quadro de disfonia da particular, conforme atestaram tanto o DPME como o perito judicial.

Acesso ao Sumário

Portanto, ausente qualquer irregularidade do ato da administração pública que obstou a posse da particular ao cargo de professora de Educação Básica I diante da incompatibilidade do exercício da função diante quadro clínico apresentado.

Por tais razões, a r. sentença não comporta reforma, devendo ser integralmente mantida, por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Os honorários advocatícios devem ser acrescidos de 1% do valor da condenação, 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000785-41.1990.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE PRAIA GRANDE, é apelado PASCHOA VANNI DE LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.149)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 5 de abril de 2018.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execuções fiscais – IPTU dos exercícios de 1988 a 1997 – Ações ajuizadas antes da alteração da redação do art. 174 do CTN, que previa a interrupção da prescrição somente pela citação do devedor – Citação ocorrida em 30/09/2005 – Retroação do marco prescricional – Possibilidade – Inteligência do art. 219 do CPC/73 – Demora na citação decorrente de questões inerentes ao próprio trâmite processual – Municipalidade que não deixou de se manifestar nos autos demonstrando interesse na busca de seu direito e impedindo a paralisação da execução – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de execuções fiscais propostas pela PREFEITURA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE em face de PASCHOAL VANNI DE LIMA, objetivando a cobrança de IPTU dos exercícios de 1988 a 1997.

Em 02/12/2002, foram apensados a estes autos os processos nos 9987/95, 29177/95, 41261/97, 20935/00 E 3203/01, com expedição da carta de citação, conforme certidão de fls. 07.

O executado foi citado pelo Correio em 30/09/2005 (fls. 27), após, requereu a reunião do Processo nº 58132/05 e juntou demonstrativo atualizado do débito.

Em 05/04/2007 foi expedida nova carta de citação (fls. 36).

Em 17/06/2008 a exequente requereu o prosseguimento da execução com penhora do imóvel para a garantia da execução.

Intimada a se manifestar, a exequente alegou a não ocorrência da prescrição intercorrente em agosto de 2008 (fls. 47).

Em setembro de 2008, sobreveio a sentença de fls. 49/53, proferida pelo MM. Juiz Enoque Cartaxo de Souza, que reconheceu a prescrição do débito e julgou extintas as execuções fiscais, nos termos dos artigos 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 c.c. 219, § 5º, e 269, IV, do CPC/73.

Inconformada, a Municipalidade de Praia Grande apelou às fls. 56/62, requerendo a reforma da sentença. Sustentou que as ações foram ajuizadas dentro do prazo prescricional e que não houve inércia da exequente, nem paralisação por mais de cinco anos.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Acesso ao Sumário

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A sentença deve ser reformada.

Trata-se de execuções fiscais ajuizadas para a cobrança de IPTU dos exercícios de 1988 a 1997.

Consoante vinha entendendo o Superior Tribunal de Justiça, a alteração do art. 174, CTN, pela Lei Complementar nº 118/2005, cingia-se em observar o seguinte: 1º) tendo a propositura da ação ocorrido dentro do prazo prescricional e o despacho ordenatório da citação efetivado à luz da antiga redação do art. 174 do CTN, mesmo na vigência da nova lei, prevalece como marco interruptivo da prescrição a citação, aplicando desta forma a lei anterior; 2º) caso a ação tenha sido proposta na vigência da lei anterior e o despacho tenha ocorrido à luz da lei nova, o marco interruptivo da prescrição é caracterizado pelo despacho ordenatório, aplicando desta forma a nova lei, consoante jurisprudência da lavra do Ministro Luiz Fux, nos seguintes termos:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPÇÃO. PRECEDENTES.
>
> (...)
>
> **5.** A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).
>
> **6.** Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação. (...)"
>
> (Resp 999.901 - RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/05/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/06/2009).

Não obstante, por intermédio de um outro recurso repetitivo, a orientação jurisprudencial passou a indicar que a nova redação do art. 174, CTN deve ser interpretada em consonância com o art. 219 do CPC/73.

De forma que, proposta a ação de execução fiscal, mesmo na vigência da lei anterior, a interrupção da prescrição deve retroagir à data da propositura da ação, consoante previsão contida no art. 219 do CPC/73.

Acesso ao Sumário

No entanto, para que a interrupção da prescrição retroaja à data da propositura da ação, a citação deve ocorrer dentro de 10 dias, ou 90 dias, caso assim o juiz tenha determinado e se isso não ocorreu, a prescrição não é interrompida, aplicando, destarte, os termos do art. 219, § 4º do CPC/73.

E no caso da execução fiscal ajuizada após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar nº 118/2005, o despacho que ordenar a citação retroage à data do ajuizamento da ação, desde que ocorrida dentro do prazo prescricional.

Isto é o que se extrai da *ratio essendi* do REsp nº 1.120.295-SP, submetido ao regime dos recursos representativos de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC/73, cujo item 14 da ementa encontra-se vazada nos seguintes termos:

> **"14.** O Codex Processual, no §1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional."

E quanto à necessidade de promover a citação dentro do marco estabelecido no art. 219, §2º, do CPC/73, consta no item 17 da ementa o seguinte:

> **"17.** Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, §2º, do CPC)."

De forma que é necessário que se analise a seguinte questão: se a ação foi proposta na antiga redação do art. 174 do CTN, mas mantém o seu trâmite na vigência da Lei Complementar nº 118/2005, deve ser aplicada a redação do artigo 219, § 1º, do CPC/73 desde que a citação tenha ocorrido dentro do prazo de 10 dias ou 90 dias, caso contrário, há de se examinar a culpa pela demora da citação; sendo ela imputada ao Poder Judiciário, a prescrição retroage à data da propositura; sendo a demora imputada à própria exequente, ou seja, Fazenda Pública, impõe-se, neste caso, o reconhecimento da prescrição.

Acesso ao Sumário

E é esse o sentido que tem dado o STJ após o julgamento do Recurso Repetitivo nº 1.120.295-SP, pois, em decisão do Min. Castro Meira, de 27/09/2011, ficou consignado o seguinte:

> "Cumpre enfatizar nos casos tais em que a demora na citação ou a sua não efetivação é imputada à exequente não se aplica o quanto decidido no REsp 1.120.295/SP, segundo o qual "a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN". O próprio precedente ressalta

que "Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, 2º, do CPC)". Todavia, se a mora é atribuída ao credor, como na espécie, deixou certo o decisório atacado ao afastar a incidência da Súmula 106/STJ, descabe a retroatividade da interrupção da prescrição à data da propositura da ação fiscal."(REsp 1.248.609 - RS, Relator: Min. CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/09/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2011)

No caso em tela, verifica-se que as ações para a cobrança de IPTU dos exercícios de 1988 a 1997 foram ajuizadas antes da alteração do artigo 174 do CTN, que previa a interrupção da prescrição somente pela citação do devedor, que ocorreu em 30/09/2005 (fls. 27), interrompendo-se o prazo prescricional.

Como é cediço, a demora na citação não pode, em princípio, resultar em prejuízo da Fazenda Pública, salvo se comprovada estreme de dúvida a sua inércia, situação que não se encontra evidenciada de forma cabal nos autos, mas, ao contrário, com a propositura da execução no prazo legal, a Municipalidade demonstrou interesse em buscar seu direito.

Isto porque, em que pese a ação tenha sido ajuizada em 1990, a carta de citação somente foi expedida em 18/02/2003 (fls. 07), ou seja, treze anos depois, de sorte que a culpa pela demora da citação não pode ser imputada à Municipalidade.

Com efeito, houve esforço do Município em ver satisfeito o débito e, para tanto, diligenciou para fins de citação do executado e efetivação da penhora.

Por isso, em virtude do empenho da exequente em localizar o executado, a demora da citação não lhe pode ser imputada.

Caracterizada causa interruptiva da prescrição com a citação da executada, inicia-se a contagem do prazo da prescrição intercorrente, consoante entendimento do STJ, no sentido de que: "A prescrição intercorrente é concernente ao reinício da contagem do prazo após a ocorrência de uma causa de interrupção" (AgRg no RE nº 1.074.051-PE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03.09.2009).

Compulsando-se os autos, verifica-se que após a citação do executado em 30/09/2005 (fls. 27), a Municipalidade requereu a reunião do Processo nº 58132/05 e juntou demonstrativo atualizado do débito.

Em 05/04/2007 foi expedida nova carta de citação (fls. 36) e em 17/06/2008 a exequente requereu o prosseguimento da execução com penhora do imóvel para a garantia da execução.

De sorte que, no caso *sub judice*, não se verificando a paralisação do feito por prazo superior ao quinquênio legal, deve ser afastada a prescrição

Acesso ao Sumário

intercorrente, reformando a sentença para o prosseguimento da execução fiscal.

Face ao exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008588-16.2011.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que são apelantes MANOEL MARIA (ESPÓLIO) e CLEONICE SUZANA MARIA (REPRESENTADO(A) POR TERCEIRO(A)), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JABUTICABAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.371)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 6 de abril de 2018.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – IPTU – Isenção reconhecida aos imóveis com área construída inferior a 65 m², integrantes de Conjunto Habitacional (COHAB) considerado popular ou que possuam planta considerada popular, nos termos da legislação específica – Ausência da prova do caráter popular do imóvel – Não reconhecimento da isenção – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de embargos opostos por Cleonice Suzana Maria à execução fiscal que lhe move a Municipalidade de Jaboticabal, objetivando a cobrança do IPTU dos exercícios de 2003 a 2005.

A embargante alega que o imóvel tributado é isento de IPTU, nos termos do art. 50, X e XI da Lei Complementar Municipal nº 07/92, por possuir área construída menor que 65 m².

A Municipalidade apresentou impugnação aos embargos (fls. 18/21), alegando que, para a concessão da isenção, não basta a área construída inferior

a 65 m², mas também que o imóvel pertença a uns dos Conjuntos Habitacionais (COHABs) do Município de Jaboticabal, ou que possua planta considerada como popular pela legislação específica, o que não foi demonstrado pela embargante.

O feito foi julgado improcedente (fls. 75/77).

Inconformada, a embargante interpôs o presente recurso de apelação (fls. 83/87), reiterando suas alegações iniciais.

A Municipalidade não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

De rigor o desprovimento do recurso.

Dispõe o art. 50, X e XI, da Lei Complementar Municipal nº 07/92 (com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar Municipal nº 32/97, antes de sua revogação pela Lei Complementar Municipal nº 81/06):

> Artigo 50 – Estão isentos do imposto, desde que cumpram as exigências da legislação tributária, os proprietários, titulares do domínio útil ou possuidores a qualquer título de imóveis de:
>
> [...]
>
> X – nas habitações **pertencentes aos limites territoriais dos Conjuntos Habitacionais (COHABs) considerados populares**, já existentes ou que venham a ser construídos no Município de Jaboticabal, com até 65 m² (sessenta e cinco metros quadrados) de área construída;
>
> XI – Nas habitações com até 65 m² (sessenta e cinco metros quadrados) de área construída, com um único pavimento **cujas plantas sejam consideradas populares, pela legislação específica**; excetuando-se os módulos habitacionais multifamiliares de um pavimento ou mais. (grifei).

Portanto, não basta que o imóvel possua área construída inferior a 65 m². Para que seja reconhecido o direito à isenção, o imóvel deve estar localizado em Conjunto Habitacional considerado popular ou possuir planta considerada popular, nos termos da lei específica, o que não foi demonstrado pela apelante.

Ressalte-se, por fim, que as cópias dos ofícios do Chefe do Setor de Tributos Imobiliários da Municipalidade de Jaboticabal, apresentadas pela apelante, ainda que reconheçam o caráter popular do imóvel, não indicam o fundamento legal que embasa tal convencimento (seja em dispositivos do Plano Diretor, da Lei de Zoneamento Urbano etc.), não sendo suficientes, portanto, para afastar a necessidade de demonstração, com base em lei própria, do caráter popular do imóvel.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso**, mantida a sentença *a quo*, por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 3000350-52.2013.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BERTIOGA e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado CONDOMÍNIO HANGA ROA I.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 1º de março de 2018.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – Demanda visando à anulação de auto de infração lavrado, por não se deduzir da base de cálculo do ISS os valores referentes à locação de máquinas e equipamentos, bem como aos materiais utilizados pelo prestador de serviço contratado pelo condomínio autor – Cabimento – Possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil constatada, bem como a locação de bens móveis e equipamentos – Inteligência do art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003 – Entendimento pacificado nos Tribunais Superiores – Lei Municipal que limitou a dedução do valor dos materiais a percentual de 50% (cinquenta por cento) – Descabimento – Lei municipal não pode prevalecer sobre a LC 116/03, que, sendo lei complementar federal, é o diploma competente para dispor sobre normas gerais tributárias, inclusive sobre a base de cálculo (art. 146, III, "a" da CF/88) – Sentença mantida – Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

CONDOMÍNIO HANGA ROA I, II e III propõe a presente ação anulatória com pedido de tutela antecipada (proc. n. 3000350-52.2013.8.26.0075, da 2ª Vara Cível da Comarca de Bertioga) contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE BERTIOGA**, objetivando, em síntese, a anulação do auto de infração lavrado por não se deduzir da base de cálculo do tributo os valores referentes à locação de máquinas e equipamentos, bem como aos materiais fornecidos. Afirma, ainda, que o artigo 36 da Lei Municipal nº 324/1998 é inconstitucional, pois a Lei Complementar nº 116/2003 não faz menção à forma de dedução pretendida pela Municipalidade; qual seja, 50% (cinquenta por cento) do valor da nota fiscal.

A tutela antecipada não foi concedida (fl. 766).

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 1005/1010 e versos, que julgou procedente a ação, com a interposição de recurso *ex officio*.

Sobreveio a interposição do recurso de apelação da Municipalidade, de fls. 1.013/1.021. Resumidamente, reitera a argumentação apresentada em sua peça de defesa, alegando ser devido o ISS sobre a locação de maquinários, por não ser objeto principal do contrato de empreitada; em relação aos materiais, afirma também ser devida sua inclusão na base de cálculo, uma vez que o contrato não se trata de construção, mas sim de empreitada. Aduz também a constitucionalidade do artigo 36 da Lei nº 324/1988, o qual prevê desconto de 50% (cinquenta por cento) dos valores dos materiais utilizados. Requer, assim, o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença de primeiro grau, para o fim de julgar-se improcedente a ação.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 1.028/1.042).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

A questão controvertida cinge-se ao cabimento ou não da dedução do valor do material adquirido de terceiros e empregado em obras na base de cálculo do ISSQN, incidente sobre a prestação de serviços de construção civil realizados no Município de Bertioga.

A Constituição da República de 1988, no seu art. 156, inciso III, conferiu aos Municípios a competência para instituir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) e expressamente consignou que na cobrança de tal exação deve ser observado o contido em lei.

Nesse sentido, foi editada a Lei Complementar nº 116/2003 que, ao tratar da base de cálculo do ISSQN, estabelece que o valor dos materiais fornecidos

Acesso ao Sumário

pelo prestador de serviços nos itens 7.02 e 7.05 não integram a base de cálculo do imposto, nos seguintes termos:

"Art. 7º: A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

"§ 2º: Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

"I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar.

"7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

(...)

"7.05 - Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)".

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, reconheceu repercussão geral e firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução, *verbis*:

"1. A hipótese dos autos versa sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil. O acórdão assim decidiu: 'TRIBUTÁRIO - ISS - CONSTRUÇÃO CIVIL - BASE DE CÁLCULO - MATERIAL EMPREGADO - DEDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, de maneira que, na hipótese de construção civil, não pode haver a subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo. Precedentes de Corte. Agravo regimental improvido."

"2. Este Tribunal, no julgamento do RE 603.497, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. **Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil**. Cito os seguintes julgados: RE 262.598, red. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 27.09.2007; RE 362.666-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 27.03.2008; RE 239.360-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 31.07.2008; RE 438.166-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 28.04.2006; AI 619.095-AgR, rel. Min. Sepúlveda

Acesso ao Sumário

Pertence, 1ª Turma, DJ 17.08.2007; RE 214.414-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 29.11.2002; AI 675.163, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.09.2007; RE 575.684, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 15.09.2009; AI 720.338, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.02.2009; RE 602.618, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2009. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento.

"3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário. Restabeleço os ônus fixados na sentença. Julgo prejudicado o pedido de ingresso como "*amicus curiae*" formulado pela Confederação Nacional dos Municípios - CNM (Petição STF 42.520/2010 - fls. 524-541), bem como o recurso interposto pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras - ABRASF (fls. 505-521), em face da presente decisão" (Tribunal Pleno, Rel(a). Min(a). ELLEN GRACIE, p. DJe 16.09.10)

Nesse sentido, já teve a oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DESINFLUÊNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRÓPRIO PRESTADOR DO SERVIÇO E MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

"I. A dedução do valor dos materiais, utilizados na construção civil, da base de cálculo do ISSQN, conforme previsão do Decreto-lei 406/68 e da Lei Complementar 116/2003, abrange tanto os materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço, como aqueles adquiridos de terceiros. O que importa, segundo o entendimento pretoriano atual, é que os materiais sejam empregados na construção civil.

"II. Na forma da jurisprudência, "'Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido' (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/04/2014).

Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2013" (STJ, AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/08/2014).

Acesso ao Sumário

"III. Agravo Regimental improvido" (STJ - AgRg no AREsp 664102/RJ, SEGUNDA TURMA, RELª. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES, j. em 10/03/2016).

Nesta esteira também é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO CÍVEL - Mandado de Segurança c.c pedido de liminar - ISS - Serviços de construção Civil - Base de cálculo - Pretendida dedução do valor das subempreitadas no recolhimento do tributo, posto que já recolhido - Matéria de Repercussão Geral - Jurisprudência do STF que reconhece a possibilidade de dedução pretendida - Sentença mantida - Recurso improvido" (Apelação nº 007555-69.2009.8.26.0223; Rel. Des. MAURÍCIO FIORITO; j. 09.05.2013).

E ainda: "APELAÇÃO CÍVEL - Ação de Repetição de Indébito - ISS dos exercícios de 1996 a 2001- Serviços de construção civil. 1) Base de cálculo - Pretendida dedução dos valores de subempreitada - Possibilidade - Matéria de Repercussão Geral - Jurisprudência do STF que reconhece a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS das subempreitadas empregadas na obra de construção civil. 2) Repetição do indébito - Prova documental apta que demonstra a contratação de subempreitadas sem a correspondente dedução - Possibilidade de apuração dos valores a serem repetidos em liquidação de sentença - Sentença reformada - Recurso da autora provido. Recurso da Municipalidade prejudicado" (Apelação nº 0103026-80.2007.8.26.0515; Rel. Des. EUTÁLIO PORTO; j. 09.05.2013). No mesmo sentido vem se manifestando esta C. Câmara: Apelação nº 0004473-41.2012.8.26.0541, j. 23.05.2013, Rel. Des. MOURÃO NETO; Apelação nº 0005180-29.2012.8.26.0405, j. 13.02.2013, Rel. Des. ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

Assim, em se tratando de construção civil, a base de cálculo do ISS é, tão somente, o preço do serviço, com a exclusão de qualquer outro material utilizado na obra, seja ele fornecido ou produzido pela empresa, pois não representam prestação de serviço.

Da mesma forma, não integram a base de cálculo do imposto em questão os valores relativos à locação das máquinas utilizadas pelo prestador de serviços de construção civil, conforme o teor da Súmula Vinculante nº 31, a qual dispõe que: "*É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza ISS sobre operações de locação de bens móveis*".

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

"Tributário - Imposto sobre serviços de qualquer natureza - Locação de bens móveis associada a prestação de serviços. Locação de guindaste e apresentação do respectivo operador. Incidência do ISS sobre a prestação do serviço - Não incidência sobre a locação de bens móveis. Súmula Vinculante 31 - Agravo Regimental. 1. A Súmula Vinculante 31 não exonera a prestação

de serviços concomitante à locação de bens móveis do pagamento do ISS. 2. Se houver ao mesmo tempo locação de bem móvel e prestação de serviços, o ISS incide sobre o segundo fato, sem atingir o primeiro. 3. O que a agravante poderia ter discutido, mas não o fez, é a necessidade de adequação da base de cálculo do tributo para refletir o vulto econômico da prestação de serviço, sem a inclusão dos valores relacionados à locação. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (ARE 656709-RS, 2ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, j. 14.02.2012, p. DJe 07.03.2012, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

Assim, ao contrário do que pretende a Municipalidade, não pode o ISS incidir sobre os valores das mercadorias empregadas, bem como sobre o valor das subempreitada, no caso, a locação de bens móveis por parte da empreiteira contratada pelo condomínio autor.

Ademais, como bem salientou a magistrada sentenciante, "*há que se reconhecer que o Requerido utilizou, como base de cálculo para cobrança de ISS em relação ao contrato em comento, valores relativos aos materiais adquiridos e maquinários locados, os quais foram utilizados pela Empreiteira na prestação de serviço em questão, em total (i) descumprimento à legislação acima explicitada e (ii) desalinho em relação à jurisprudência ora colacionada, devendo tais quantias, desde que comprovadamente existentes, serem deduzidas do cálculo efetuado pela Ré, consoante se vê da cópia à fl. 759*" (fl. 1.008).

Por fim, quanto a *limitação do valor deduzido*, o Código Tributário Municipal de Bertioga estabelece que a "*prestação de serviços a que se referem os subitens 7.02 e 7.05 do Anexo I, Tabela I desta Lei Complementar, o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços, sendo 50% (cinquenta por cento) do valor da nota fiscal o máximo aceito para desconto*" (artigo 36 da Lei Municipal nº 324/1998 - Disponível (endereço eletrônico constante do texto original - Acesso em 30.11.2017 - grifei).

Vê-se, portanto, que a lei municipal, ao limitar o desconto dos materiais a um determinado percentual, está em desacordo com a lei de regência nacional do ISS.

Ao prescrever o aspecto quantitativo do fato gerador do imposto em termos de determinado percentual incidente sobre o valor do serviço prestado, o legislador local definiu a base de cálculo do ISS de modo diverso daquela determinada pela lei nacional.

Nesse sentido, aliás, é a lição de KIYOSHI HARADA:

"(...) cumpre assinalar na lei de regência nacional do imposto, sob pena de contrariedade ao disposto no art. 7º da Lei Complementar nº 116/03 que prescreve como base de cálculo o preço do serviço prestado.

"Algumas leis municipais com o fito de atrair prestadores de serviços para

Acesso ao Sumário

o seu território, contornando a exigência constitucional da alíquota mínima de 2%, definem a base de cálculo do ISS de modo diverso da determinada na lei nacional, prescrevendo o aspecto quantitativo do fato gerador em temos de determinado percentual incidente sobre o valor do serviço prestado. Ora, isso revela manifesta intenção de driblar o art. 7º da lei de aplicação no âmbito nacional, afrontando o art. 146, III, a, da CF que colocou sob reserva de lei complementar a definição da base de cálculo dos impostos previstos na Constituição. É o caso, por exemplo, da Lei do Município de Santana do Parnaíba nº 899/75, cujo art. 14,§4º, na redação dada pela Lei nº 2.499/03, elege como sendo a base de cálculo do ISS 37% do valor bruto do faturamento. Restando clara contrariedade ao art. 7º da Lei Complementar nº 116/03, o Órgão Especial do TJESP acolheu a Ação Direta de Inconstitucionalidade da aludida disposição legal por afronta aos arts. 111 e 114 da Constituição do Estado de São Paulo (ADI nº 0268626-46.2012.8.26.000, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 24-7.2013)" (Direito Tributário Municipal, Editora Atlas, São Paulo, 2ª edição, reformulada, revista e ampliada, 2014, p.300).

Assim sendo, correta a douta magistrada em reconhecer a ilegalidade da parte final do "*caput*" do artigo 36 do Código Tributário do Município de Bertioga (Lei Municipal nº 324/1998, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 1.137/2006), no que tange à limitação da dedução ali prevista a 50% (cinquenta por cento) do valor das respectivas notas fiscais de aquisição de materiais.

Desta forma, não se vê, com a devida vênia, como reformar-se o entendimento da ínclita Juíza de primeiro grau, impondo-se a manutenção da r. sentença, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1023403-59.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado COMERCIAL FUTEBOL CLUBE.

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 35.624)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

e MOACIR PERES.

São Paulo, 9 de março de 2018.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – TAXA DE FISCALIZAÇÃO E SERVIÇOS DIVERSOS – FATO GERADOR – POLICIAMENTO OSTENSIVO-PREVENTIVO EM ESTÁDIO DE FUTEBOL E ARREDORES – Item 7 do Capítulo IV do Anexo I da Lei Estadual 15.266/13 – Inconstitucionalidade declarada pelo Órgão Especial do TJSP nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade 0247796-86.2012.8.26.0000 – Decisão com eficácia "erga omnes" – Sentença de procedência – Recurso e reexame necessário improvidos.

VOTO

I. Trata-se de ação declaratória ajuizada por **COMERCIAL FUTEBOL CLUBE** ajuizada em face do **ESTADO DE SÃO PAULO**, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária da taxa de fiscalização e serviços diversos em relação ao policiamento ostensivo-preventivo em estádio de futebol e arredores.

II. A sentença julgou o pedido procedente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do item 7 do Capítulo IV do Anexo I da Lei Estadual 15.266/13 e, consequentemente, declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre autor e ré no tocante à taxa ali referida.

III. O Estado de São Paulo apelou, seguindo-se o reexame necessário.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de apelação interposta pelo **Estado de São Paulo**, seguindo-se o reexame necessário, nos autos de ação declaratória julgada procedente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do item 7 do Capítulo IV do Anexo I da Lei Estadual 15.266/13 e, consequentemente, declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre autor e ré no tocante à taxa ali referida.

Sustenta, em resumo, que os serviços prestados pela Polícia Militar e/ou Civil em eventos singulares é específico e divisível, separado da atividade de policiamento geral. Por essa razão, a taxa impugnada seria devida.

O recurso não merece provimento.

Acesso ao Sumário

A inconstitucionalidade da taxa de fiscalização e serviços diversos, em relação ao policiamento ostensivo-preventivo em estádio de futebol e arredores, não comporta mais discussão, ante a tese firmada pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade 0247796-86.2012.8.26.0000, cuja eficácia a todos alcança.

A sentença seguiu o entendimento supracitado, razão pela qual deve ser mantida em sua integralidade.

Daí o porquê, nega-se provimento aos recursos voluntário e oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0002921-29.2015.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, são apelados AMÉLIA APARECIDA DIAS FREIRE (POR CURADOR) e LUCIANA MARA DIAS FREIRE (CURADOR(A)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.625)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 2 de abril de 2018.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: PENSÃO POR MORTE – Filha incapaz, declarado judicialmente interdita – Morte da mãe, servidora aposentada, de quem era dependente – Incapacidade comprovada – Pensão devida – Sentença de procedência confirmada – Recurso de apelação, desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Relatório

Ação proposta por Amélia Aparecida Dias Freire, incapaz representada por sua curadora Luciana Mara Dias Freire, contra SPPREV e IPESP, para o fim de percebimento de pensão por morte da mãe Benedicta Domingos Dias Freire.

A r. sentença, de relatório adotado, acolheu o pedido.[1]

Recorre a SPPREV pela reforma da sentença; recurso recebido e respondido.[2]

Parecer do Ministério Público de primeiro grau pelo desprovimento do recurso;[3] a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.[4]

Fundamentação

Insiste a SPPREV na preliminar de ausência de interesse processual, uma vez que a autora não esgotou previamente as vias administrativas. Contudo, falta com a verdade o ente, pois consta dos autos que a autora protocolou cópia de sentença declaratória de interdição transitada em julgado, certidão de nascimento, além de demonstrar que sempre foi dependente e mantinha a mesma residência da falecida.[5]

A preliminar não comporta provimento.

A Lei nº 180 de 12/05/1978, com redação dada pela dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 1.012, de 05/07/2007 dispõe que:

> ***"Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão: (...)***
>
> *III - os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na Legislação do Regime Geral de Previdência Social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, estes dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor;*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - A pensão atribuída ao filho inválido ou incapaz será devida enquanto durar a invalidez ou a incapacidade.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º - A invalidez ou a incapacidade supervenientes à morte do servidor não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício.*
>
> *§ 5º - A comprovação de dependência econômica dos dependentes enumerados na segunda parte do inciso III, no inciso IV e no § 1º deste artigo deverá ter como base à data do óbito do servidor e ser feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar.*

A autora é absolutamente incapaz, portadora de deficiência mental,

1 Sentença, fls. 113/116.

2 Recurso de Apelação, fls.136/143; contrarrazões, fls. 149/151.

3 Parecer, fls. 167/170.

4 Parecer da PGJ, fls. 175/178.

5 Fls. 44/48; 73.

Acesso ao Sumário

judicialmente declarada interdita [6], não pode praticar atos da vida civil, dependia da mãe para sobreviver; com a morte da mãe, requereu para si a pensão.

Conforme documentação dos autos está claro que a invalidez da autora é de caráter irreversível, é dependente de cuidados alheios; incapacidade contemporânea à vida da mãe, servidora inativa.[7]

A função da legislação previdenciária é dar amparo material aos dependentes do servidor falecido. Em outras palavras, na falta dos pais, e sem o auxílio material que eles proporcionavam o filho incapaz não terá condições dignas de sobrevivência.

E a *dignidade da pessoa humana* constitui valor e fundamento expresso na estrutura político-jurídica da Constituição Federal.[8]

É justo e oportuno a autora receber o benefício em atenção ao princípio inscrito no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que manda ao juiz, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se destina, e às exigências do bem comum.

A Constituição Federal erigiu como fundamento republicano a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III); dedicou especial proteção aos portadores de deficiência, de maneira que, além da relevância social e moral de que se reveste o pedido, a *enfermidade ou deficiência mental* tem amparo constitucional, é motivo para rejeição do recurso da SPPREV.

Por outro lado, de rigor a condenação da SPPREV no pagamento dos honorários recursais, nos termos do § 11 do artigo 85 do CPC/15.

Portanto, eleva-se os honorários advocatícios fixados em 10% para 15% (quinze p/cento) do valor das prestações vencidas até a presente data.

Ante o exposto, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus e pelos fundamentos aqui aduzidos. É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO, DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0032442-74.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JUÍZO *EX OFFÍCIO* e Apelante/Apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes APARECIDA BENEDITA

6 Termo de compromisso de curador definitivo, fl. 47/48.

7 Fls. 13/16, 17, 73.

8 Art. 1º, inc. III, da CF.

MERENCIANO ORTELAN (E OUTROS(AS)), LUCINDA BENTO DA CRUZ, NEUSA GARCIA DA SILVA FERREIRA, GORETI APARECIDA SILVANI CARDOSO, HERCILIA MARIA COSTA LEITE BRUZAO, FILOMENA LUCI MORAIS MACHADO, MARIA DE LOURDES DE JESUS GONÇALVES, MARIA EDILEA SALGADO DOS SANTOS, JOSELITO DO NASCIMENTO e MARCIA HELENA DO NASCIMENTO CHAVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Mantiveram o julgamento anterior, com determinação. v.u., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.287)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 9 de abril de 2018.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Pretensão ao recebimento de adicionais por tempo de serviço quinquênio sobre os vencimentos integrais – Admissibilidade – Incidência do adicional sobre todas as verbas que incluem os vencimentos – Critérios para atualização monetária – Julgamento do RE nº 870.947/SE pelo C. STF, com repercussão geral reconhecida – Manutenção integral do julgamento anterior, nos termos do art. 1.040, II do CPC/2015 – Recurso dos autores provido e oficial e do Estado de São Paulo desprovidos, com determinação.

VOTO

Reporto-me aos termos do relatório por mim lançado nos autos no acórdão de fls. 296 305:

"Trata-se de ação de rito ordinário em que servidores públicos estaduais pleiteiam o pagamento do adicional por tempo de serviço – quinquênio – com base nos vencimentos integrais, nos termos do artigo 129 da Constituição Estadual, e o pagamento dos atrasados.

A ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 169/184).

Apelam o Estado de São Paulo e os autores, pleiteando a reforma do julgado (fls. 202/219 e 224/240).

Os recursos foram regularmente processados e contrariados (fls. 246/249 e 265/282).

Há remessa para o reexame necessário."

Acesso ao Sumário

Acrescento que esta C. Câmara deu provimento ao recurso dos autores e negou provimento aos recursos oficial e voluntário do Estado. Os embargos de declaração opostos pela Fazenda foram rejeitados (fls. 315 321).

Inconformada, a Fazenda interpôs recurso extraordinário (fls. 324 343), devidamente contrariado (fls. 348 360).

O recurso extraordinário foi sobrestado até o julgamento do RE nº 870.947/SE, tema n.º 810 da sistemática de repercussão geral no C. STF. Com o julgamento, a d. Presidência da Seção de Direito Público deste Tribunal devolveu os autos à Turma Julgadora em cumprimento ao disposto no art. 1.040, II do CPC/2015.

É o relatório.

Cuida-se de devolução dos presentes autos processuais, por determinação do DD. Presidente da Seção de Direito Público, em cumprimento ao artigo 1.040, II do CPC/2015, considerando o julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, pelo Supremo Tribunal Federal.

A r. sentença proferida pelo d. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais, dispondo acerca dos índices de correção monetária e juros moratórios da seguinte forma:

Quanto à atualização monetária, o crédito definido na forma do acolhimento da ação ora decretado tem de ser corrigido segundo tabela prática para atualização monetária de débitos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ocorre que há duas tabelas. Uma delas não considera e outra considera a Lei Federal n. 11.960/09, a qual alterou o art. 1o-F da Lei n. 9.494/97, estes introduzido pelo art. 4o da Medida Provisória n. 2.180-35/01, e que se aplica a débitos contra a Fazenda Pública (...)

É inaplicável aqui esta segunda tabela, porquanto a Lei Federal n. 11.960/09 é manifestamente inconstitucional quanto a mandar corrigir débitos contra a Fazenda Pública pelo índice aplicável às cadernetas de poupança, definido legalmente como sendo a Taxa Referencial, pois esta é imprestável para tal desiderato, daí que, em realidade, se acaba por seu teor por aniquilar as condenações impostas contra aquela já transitadas em julgado e traz efeito prático de confisco (com violação ao direito de propriedade).

(...) bem como para condená-las a pagar-lhe(s) todas as diferenças em atraso com correção monetária desde as datas em que se tornaram devidas na forma da fundamentação exposta e de juros de mora nos termos da Lei Federal n. 11.960/09 (índice aplicável às cadernetas de poupança), observada a prescrição qüinqüenal.

Em suma, o d. Juízo *a quo* aplicou a Lei Federal 11.960/2009 tão somente quanto aos juros moratórios, sendo adotada a Tabela Prática deste E. Tribunal -

Acesso ao Sumário

INPC no que tange à atualização monetária.

O v. acórdão, ao dar provimento ao recurso de apelação dos autores e negar provimento aos recursos oficial e voluntário da ré, manteve o índice fixado pelo d. magistrado de piso:

"No tocante ao índice a ser considerado para fins de correção monetária, também não assiste razão ao Estado de São Paulo.

O C. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade, por arrastamento, da norma invocada."

Como referido, o Plenário do C. STF, em 25.03.2015, decidiu acerca da modulação dos efeitos da decisão nas ADI 4357 e 4425, nos seguintes termos:

[...]

2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Outrossim, em 16.04.2015, reconheceu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE da seguinte questão constitucional:

Tema 810 – A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

E, após o julgamento do recurso por esta C. Câmara, sobreveio o julgamento do referido *leading case* pelo C. STF, aos 20.09.2017, com publicação do acórdão em 20.11.2017. Assim está ementada a decisão:

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.

Acesso ao Sumário

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.

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. (RE nº 870.947/SE, Repercussão Geral – Tema 810, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.09.2017).

Acesso ao Sumário

Na ocasião, foram fixadas as seguintes teses:

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.

A orientação deve ser integralmente observada, implicando, no caso, na aplicação dos critérios da Lei nº 11.960/09 apenas em relação aos juros moratórios, conforme já fixado na r. sentença.

Declarada inconstitucional a norma no que toca à correção monetária, inviável a aplicação a partir de sua vigência. Relevante notar que o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao modular a decisão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal, e, por arrastamento, do artigo 5º da lei 11.960/2009, se restringiu aos precatórios expedidos ou pagos até 25.03.2015, deixando claro que a aplicação da norma à fase antecedente seria objeto de análise nos autos do RE nº 870.947, com repercussão geral.

E, desta feita, não houve qualquer modulação.

Nessa medida, descaracterizada está a natureza da TR como índice de correção monetária. Correta, portanto, a diretriz adotada na r. sentença e confirmada no v. acórdão, eis que o INPC, índice adotado na Tabela Prática deste E. Tribunal, é idôneo, captando adequadamente a variação do poderio econômico da moeda.

Observo que a publicação do acórdão do RE nº 870.947 ocorreu em 20.11.2017, e é entendimento do C. STF que o trânsito em julgado do *leading case* não é necessário para a aplicação do precedente firmado em repercussão geral às demais causas afetadas:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Precedente do Plenário. Possibilidade de julgamento imediato de outras causas. Precedentes.

1. A Corte possui o entendimento de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do leading case.

2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC).

3. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) daquela a ser fixada na fase de liquidação (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do

Acesso ao Sumário

CPC), observada a eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça. (Ag. Reg. No RE nº 612.375/DF, Segunda Turma, v.u., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.08.2017).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEGITIMIDADE. POLO PASSIVO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.

1. A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ag. Reg. No RE nº 930.647/PR, Primeira Turma, v.u., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 15.03.2016).

De qualquer forma, à evidência, qualquer nova definição em repercussão geral sobre o tema será igualmente objeto de integral aplicação.

Por todo o exposto, pelo meu voto, tenho como de rigor a integral manutenção do julgamento anterior, restando mantido o desfecho de provimento ao recurso dos autores e desprovimento dos recursos oficial e voluntário do Estado, bem como a sucumbência fixada naquela oportunidade. Por fim, determino a remessa destes autos à douta Presidência desta Seção de Direito Público, conforme determinado por Sua Excelência na decisão de fls.

Para fins de prequestionamento, tem-se por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 0007674-11.2014.8.26.0108, da Comarca de Cajamar, em que são apelantes/apelados ALTAPLAN PARTICIPAÇÕES S/A e ECOTIM PARTICIPAÇÕES S/A e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJAMAR.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos e à remessa oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra

este acórdão. **(Voto nº 29.196)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 11 de abril de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação – Cível Administrativo.

Indenização – Apossamento administrativo – Área declarada de utilidade pública para implantação de sistema viário, criação de Parque Linear e instalação de poço artesiano – Decreto nº 3.907/08, retificado e ratificado pelos Decretos nºs 3.918/09 e 4.093/10 – Ocupação da área pela municipalidade em setembro de 2010 sem o pagamento de indenização ou ajuizamento de ação expropriatória – Obra concluída – Laudo pericial que apurou o valor de mercado da área para agosto de 2015 e, por determinação judicial, para março de 2010 – Indenização fixada de acordo com o valor da área apurado para a data da ocupação, ou seja, setembro de 2010, momento a partir do qual as requerentes foram efetivamente desapossadas da área e passaram a fazer jus à indenização – Depreciação do valor correspondente à área de preservação permanente – Inadmissibilidade – Utilização do método comparativo direto de dados de mercado, em cuja base de dados foram considerados imóveis localizados na mesma região e com características semelhantes as da área expropriada (terreno bruto localizado em área industrial) para apuração do valor de mercado do imóvel, e que, portanto, também possuem áreas de preservação permanente ou reservas legais, limitações administrativas que não alteraram seu valor econômico e tampouco os subtrai do patrimônio de seus respectivos proprietários – Recurso provido em parte para fixar a indenização em valor correspondente ao valor de mercado à data do apossamento, corrigido monetariamente a partir de então.

Correção monetária – Resolução do Tema 810, STF –

Acesso ao Sumário

Incidência do IPCA-E, sem *discrimen* temporal.

Juros moratórios – Incidência à taxa de 6%a.a. a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito – Inteligência do art. 15-B, do DL 3.365/41, incluído pela MP nº 2.183-56/01, até o efetivo pagamento.

Juros compensatórios – Incidência à taxa de 12%a.a. a partir do apossamento administrativo, em setembro de 2010, até a expedição do precatório original – Base de cálculo Cálculo a ser efetuado sobre o valor da indenização fixada, corrigido monetariamente.

Ônus sucumbenciais – Ausência de condenação – Inadmissibilidade – Condenação da municipalidade ao pagamento das custas e despesas processuais – Inteligência do art. 30 do DL 3.365/41.

Honorários advocatícios – Fixação do percentual relegado à liquidação da sentença – Inadmissibilidade – Verba arbitrada em 5% sobre o valor da indenização fixada, corrigida monetariamente – Inteligência do § 1º do art. 27 do DL 3.365/41 com a redação dada pela MP nº 2.183-56/01 – Majoração em 1% em razão da interposição de recurso – Inteligência do art. 85, § 11, do CPC.

Dá-se provimento parcial aos recursos e à remessa oficial.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de ação de procedimento comum ajuizada por Altaplan Participações S/A e Ecotim Participações S/A em face da Municipalidade de Cajamar, deduzindo, em síntese, que são proprietárias de uma área de 16.274,65m², localizada no município de Cajamar, declarada de utilidade pública para fins de desapropriação nos termos do Decreto Municipal nº 3.907, de 18 de dezembro de 2008, retificado e ratificado pelos Decretos Municipais nºs 3.918, de 30 de janeiro de 2009, e 4.093, de 18 de outubro de 2010, necessária à "implantação do sistema viário e criação do Parque Linear e instalação de Poço Artesiano para abastecimento da cidade". Sustentam que a referida área foi ocupada pela municipalidade em meados de 2010, inclusive com as obras já concluídas, sem que tenham recebido qualquer valor a título de indenização. Postulam a condenação da requerida ao pagamento de indenização por desapropriação

Acesso ao Sumário

indireta em valor a ser apurado em perícia judicial em conformidade com o preço de mercado da área ao tempo da avaliação, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde 1º de janeiro de 2011 e de juros compensatórios de 12% ao ano a partir de 1º de abril de 2010. Pedido julgado parcialmente procedente para condenar a municipalidade ao pagamento de indenização no valor de R$ 1.950.000,00 para julho de 2010, considerada como data da ocupação, com incidência de juros compensatórios de 12% ao ano, desde a ocupação até a data da expedição do precatório e juros moratórios de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado, atualizada monetariamente pelo IPCA nos termos do artigo 1ºF da Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/09, condenada ainda ao pagamento de honorários advocatícios em percentual a ser fixado em liquidação (fl. 283/286).

Inconformadas, apelam ambas as partes. Insurgem-se as expropriadas contra a utilização do valor apontado pelo segundo laudo pericial, alegando que, nos termos do artigo 26 da Lei de Desapropriação, o valor da indenização deve ser contemporâneo à época da avaliação e não à época da desapropriação, bem como contra o desconto no valor de mercado do imóvel da área de preservação permanente, que no primeiro laudo foi equivalente a 60% e no segundo a 70%. Insistem na fixação de indenização com base no valor de R$ 400,00/m², apurado pelo primeiro laudo pericial, na incidência dos juros moratórios a partir da ocupação, ocorrida em julho de 2010, e postulam a condenação da requerida no pagamento custas, despesas processuais e honorários periciais e na fixação dos honorários advocatícios em valor correspondente a 5% a 8%, nos termos do artigo 85, parágrafo 3º, inciso III, do Código de Processo Civil, e sua majoração em conformidade com o disposto no artigo 85, parágrafo 111, do Código de Processo Civil (fl. 289/311). A municipalidade, por seu turno, se insurge quanto à incidência dos juros moratórios e compensatórios, sustentando a incidência dos juros moratórios somente a partir de 1º de janeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56/01, e a incidência dos juros compensatórios apenas até a expedição do precatório original, em conformidade com o disposto no parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09, bem como a fixação dos honorários advocatícios de acordo com os critérios estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, ou seja, entre 0,5 e 5% do valor da indenização (fl. 318/324).

Processados regularmente com contrarrazões (fl. 328/336 e 339/346), subiram os autos a esta Instância.

Reexame necessário.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. A sentença merece parcial reforma.

A hipótese é de ação indenizatória ajuizada por Altaplan Participações S/A e Ecotim Participações S/A voltado ao recebimento de valores que entendem devidos por força do apossamento administrativo promovido pela Municipalidade de Cajamar de área de 16.274,65m² de que são proprietárias, localizada na Estrada Ribeirão dos Cristais, no distrito de Jordanésia, município de Cajamar, declarada de utilidade pública para fins de desapropriação nos termos do Decreto Municipal nº 3.907, de 18 de dezembro de 2008, retificado e ratificado pelos Decretos Municipais nºs 3.918, de 30 de janeiro de 2009, e 4.093, de 18 de outubro de 2010, necessária à "implantação do sistema viário e criação do Parque Linear e instalação de Poço Artesiano para abastecimento da cidade".

Sustentam as requerentes que a referida área foi ocupada pela municipalidade em meados de 2010, estando as obras previstas já concluídas, sem que tenham recebido qualquer valor a título de indenização, azo pelo qual postulam a condenação da requerida ao pagamento de indenização por desapropriação indireta em valor a ser apurado em perícia judicial em conformidade com o preço de mercado da área ao tempo da avaliação, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde 1º de janeiro de 2011 e de juros compensatórios de 12% ao ano a partir de 1º de abril de 2010.

Com o fito de aferir com a maior precisão possível o valor do imóvel em questão, o MM. Juízo *a quo* determinou a realização de prova técnica pericial (fl. 134/141) e posterior complementação (fl. 216/218), sendo o resultado desta última adotado para julgar parcialmente procedente o pedido, condenada a municipalidade ao pagamento de indenização no valor de R$ 1.950.000,00 para julho de 2010, considerada como data da ocupação, com incidência de juros compensatórios de 12% ao ano, desde a ocupação até a data da expedição do precatório, e juros moratórios de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado, atualizada monetariamente pelo IPCA nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, condenada ainda ao pagamento de honorários advocatícios em percentual a ser fixado em liquidação (fl. 283/286), ao reexame necessário somaram-se apelos de ambas as partes.

Acesso ao Sumário

As expropriadas discordam da fixação da indenização no valor apontado pelo segundo laudo pericial, alegando que, nos termos do artigo 26 da Lei de Desapropriação, o valor da indenização deve ser contemporâneo à época da avaliação e não à época da desapropriação, insurgindo-se ainda contra o desconto no valor de mercado do imóvel do montante correspondente à área de preservação permanente, que no primeiro laudo foi equivalente a 60% e no segundo a 70%. Insistem na fixação de indenização com base no valor de R$ 400,00/m², apurado pelo primeiro laudo pericial, na incidência dos juros moratórios a partir da ocupação, ocorrida em julho de 2010, e postulam a condenação da requerida no

pagamento das verbas sucumbenciais, nos termos do parágrafo 2º do artigo 82 do Código de Processo Civil, e a fixação dos honorários advocatícios em valor correspondente a 5% a 8% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 3º, inciso III, do Código de Processo Civil, que deverão ser majorados ante a interposição de recurso, em conformidade com o disposto no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil (fl. 289/311).

A municipalidade, por seu turno, se insurge quanto à incidência dos juros moratórios e compensatórios, sustentando a incidência dos juros moratórios somente a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56/01, e a incidência dos juros compensatórios apenas até a expedição do precatório original, em conformidade com o disposto no parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09, bem como a fixação dos honorários advocatícios de acordo com os critérios estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, ou seja, entre 0,5 e 5% do valor da indenização (fl. 318/324).

E parcial razão assiste a ambas as partes.

In casu, incontroverso o apossamento administrativo efetivado pela Municipalidade de Cajamar, cumprindo analisar, até por força da remessa oficial, o *quantum* indenizatório e os acréscimos legais incidentes.

Com efeito, o laudo técnico pericial apurou que a área declarada de utilidade pública, de 16.274,65m², registrada sob Matrícula nº 137.680, resultou do desdobramento da Matrícula nº 116.927, ambas do 2º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Jundiaí, referente à área de 120.673,76m² adquirida pelas requerentes por R$ 12.141.567,51, conforme escritura de venda e compra de 10 de agosto de 2009 (fl. 46/46v.).

O desdobramento da Matrícula nº 116.927, por seu turno, decorreu do Decreto Municipal nº 3.907, de 18 de dezembro de 2008, que declarou de utilidade pública para fins de desapropriação área destinada à "implantação de Sistema Viário e criação de Parque Linear", retificado e ratificado pelo Decreto Municipal nº 3.918, de 30 de janeiro de 2009, que retificou a área declarada de utilidade pública e acresceu a finalidade de "instalação de posto artesiano para abastecimento da cidade", e pelo Decreto Municipal nº 4.093, de 18 de outubro de 2010, que novamente retificou a área declarada de utilidade pública e acresceu à destinação da área o "encaixe da avenida com a terraplenagem das áreas remanescentes", resultando na área remanescente de 104.399,11m², registrada sob Matrícula nº 137.679, e na área declarada de utilidade pública de 16.274,65m², na qual inserida área de preservação permanente de 6.978,24m², registrada sob Matrícula nº 137.680, ambas de propriedade das requerentes

Acesso ao Sumário

Altaplan Participações S/A e Ecotim Participações S/A.

Por meio de pesquisa imobiliária que considerou 9 (nove) imóveis à venda na região, todos terrenos localizados em área industrial, tal qual a área declarada de utilidade pública (fl. 150/157), sendo 4 (quatro) de áreas naturais sem terraplanagem, 4 (quatro) de áreas com terraplanagem, e 1 (um) de área plana, o perito judicial apurou o valor do metro quadrado em R$ 397,03, arredondado para R$ 400,00 (fl. 147), subtraindo o correspondente a 60% deste valor para a área de preservação permanente, o que resultou no valor total de mercado da área expropriada de R$ 4.835.082,40, arredondado para R$ 4.835.000,00 para agosto de 2015 (fl. 134//148).

Determinada a complementação do laudo a fim de estimar o valor da área no ano de 2010, esclarecer se os requerentes são proprietários de área próxima ao terreno objeto destes autos e se a ocupação da área, com a realização de melhorias, valorizou outras áreas dos requerentes e, em caso positivo, e ainda estimar qual a valorização destas áreas (fl. 195), fez o perito as seguintes considerações:

"1 – O Perito revisou o cálculo da propriedade levando em conta para terreno bruta, ou seja, sem terraplenagem ou execução do platô para futuras construções.

2 – O Perito levou em consideração o valor menor para área APP (área de preservação permanente), e usando o bom senso depreciou o valor do imóvel em função das benfeitorias executadas no local que valorizaram a propriedade após conclusão das obras de infra estrutura, iluminação pública, de asfalto e acesso para Via Anhanguera.

3 – Na data de 30/06/2009 (fl. 175) dos autos não estava executado a terraplenagem pelo Requerente, como também não tinha dado início às benfeitorias públicas de acesso na propriedade em questão.

4 – Na data da desapropriação 18/03/2010 não é possível o Perito constatar como estava o terreno e a evolução dos serviços de benfeitorias de infra estrutura no local.

5 – Na fl. 176 dos autos, consta a terraplanagem no terreno e as rua asfaltadas em volta da propriedade. Tudo indica que o Requerente realizou a terraplenagem somente na sua área remanescente.

6 – VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL SEM TERRAPLANAGEM

Valor de mercado do imóvel

R$ 3.000.000,00 18/08/2015

7 – Foi reavalido o cálculo da propriedade desapropriada para 03/2010 conforme data da desapropriação da área pela Prefeitura

Acesso ao Sumário

do Município de Cajamar, Decreto Municipal nº 4.093. Foi utilizada pelo Perito, tabela de reajuste na construção civil SINDUSCON.

8 – VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL SEM TERRAPLENAGEM

Valor do terreno = R$ 1.950.000,00 na data de 03/2010" (*sic* – grifos do original – fl. 216/217).

No refazimento dos cálculos o perito apurou o valor do metro quadrado do terreno em R$ 350,05, e, arredondando este valor para R$ 350,00, aplicou um desconto de 70% ao valor do terreno correspondente à área de proteção permanente, resultando no valor total da área expropriada de R$ 2.989.844,02 para agosto de 2015, valor este arredondado para R$ 3.000.000,00. A seguir, mediante a aplicação da tabela de reajuste na construção civil do SINDUSCON, estimou o valor da área expropriada em R$ 1.931.272,60 para março de 2010, também inexplicavelmente arredondado para R$ 1.950.000,00 (fl. 221/226), sendo este o valor adotado pelo MM. Juízo *a quo* para fixar a indenização devida.

Insurgem-se as requerentes contra o valor fixado a título de indenização com base nos cálculos periciais refeitos para a data do apossamento da área, sustentando que, nos termos do artigo 26 do Decreto nº 3.365/41, o valor da indenização deve ser contemporâneo à época da avaliação e não à época da desapropriação.

Desde logo cumpre lembrar que, nas palavras de José Carlos de Moraes Salles, a desapropriação indireta, também denominada apossamento administrativo, se sucede quando o Poder Público, "**inexistindo acordo ou processo judicial adequado, se apossa do bem particular, sem consentimento de seu proprietário. Transfere, pois, a este último, os ônus da desapropriação, obrigando-o a ir a juízo para reclamar a indenização a que faz jus**" (*in* A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, editora RT, 5º edição, p. 846).

É certo que o *caput* do artigo 26 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, ao dispor sobre as desapropriações por utilidade pública, estabelece que "**No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado**". Todavia, em observância ao princípio da justa indenização, a melhor interpretação a ser dada ao referido dispositivo legal é aquela cujos fundamentos alicerçam o voto do eminente Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do REsp nº 502.519-MA, merecendo aqui integral transcrição:

"O *caput* do art. 26 do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe que, 'no valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado'. Tal dispositivo, mais que qualquer outro, deve ser interpretado sistematicamente, no contexto normativo em que está inserido. Trata-se, com efeito, de

regra aposta no referido Decreto-lei em 1956 (modificação operada pela Lei nº 2786/56), constante do procedimento geral da ação de desapropriação, e que supõe, como regra, que o pagamento da indenização seja prévio, antecedendo a imissão na posse e a afetação do bem ao domínio público. Faz sentido, nesse contexto, relacionar o valor a ser pago pela desapropriação, e a subseqüente transferência do domínio ao Estado, com a data da avaliação judicial do bem, que se supõe sejam eventos ocorrentes em datas próximas uma da outra. Não é isso, porém, o que ocorre na chamada desapropriação indireta, em que o fenômeno fático é invertido no tempo: em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação. Ora, em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto-lei 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. Com efeito, no interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível e até normal que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação. Nesse última hipótese, ninguém ousaria sustentar, invocando o citado art. 26, que ao proprietário cabe suportar o ônus pela eventual desvalorização do imóvel (por exemplo, o desgaste de prédio em virtude do tempo ou do uso) ocorrida depois do apossamento do imóvel pelo Estado e antes da sua avaliação judicial. Ora, o contrário também pode acarretar graves conseqüências. Não será justo, por exemplo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse (p. ex., urbanização e implantação de infra-estrutura de saneamento, água, energia elétrica anterior à data da avaliação).

Coaduna-se com essa linha de raciocínio a orientação contida na Súmula nº 114 do STJ, segundo a qual 'os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente'. Não é por acaso que se elegeu o instante da ocupação do Poder Público como o marco a partir do qual o expropriado faz jus aos ditos consectários: trata-se do momento em que se vê coarctada a possibilidade de fruição econômica do bem, ensejando o pagamento de quantia que compense essa limitação. Pois a apuração da indenização pela perda da propriedade segue a mesma lógica, impondo-se dar ao desapossado valor equivalente ao do imóvel ao tempo em que dele não teve mais

Acesso ao Sumário

poder de disposição.

Em suma: o art. 26 da Lei de Desapropriação não pode ser aplicado indiscriminadamente, ainda mais quando se trata de 'desapropriação indireta', figura jurídica sequer cogitada pela referida lei. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço. Foi o que ocorreu no caso dos autos (em que dezessete anos mediaram entre o apossamento do bem pelo Estado e a data da sua avaliação judicial), conforme se verifica do voto condutor do acórdão recorrido: 'Em respeito ao mandamento constitucional de pagamento de justo preço, tenho que o julgador deve estar atento não só às possibilidades de pagamento de valor inferior, como também àquelas de pagamento de preço superior ao real desfalque sofrido pelo proprietário do bem esbulhado pelo poder público, sob pena de o Judiciário vir a ser partícipe de um processo de enriquecimento sem causa do proprietário. E não se diga que a fixação do valor do bem segundo a realidade do momento da avaliação seria um risco assumido pelo poder público, ante o descumprimento do mandamento constitucional de indenização prévia, como defendem alguns julgados. Data vênia, este é um raciocínio simplista e até leviano, mormente quando, como na hipótese em julgamento, houve mora das duas partes. Com efeito, bem analisados os autos, fácil é verificar-se que a parte Autora, esbulhada em maio de 1976, somente ingressou em juízo em 1985, permanecendo inerte por nove anos, e, posteriormente, durante o curso da instrução processual, provocou sucessivos adiamentos da conclusão do feito, tanto que, intimada em novembro/1989 para manifestar-se sobre o documento produzido pela Ré (fl. 76), somente atendeu ao chamado judicial em junho/90, após ameaçada de extinção do processo. Posteriormente, intimada do valor dos honorários profissionais fixados em favor do Perito, em fevereiro/92 (fl. 104), ainda não os havia depositado em 14.09.93 (fl. 110), contribuindo para a protelação da efetivação daquela prova. Por fim, impõe-se reconhecer que o patrimônio dos autores foi desfalcado, em 1976, de uma propriedade rural de 76 ha., onde, segundo suas próprias palavras (vide inicial fl. 04) eles plantaram capim e árvores frutíferas, enquanto o laudo pericial (fl. 119) para fixar o preço, considerou a área como adequada a residências unifamiliares e multifamiliares, restaurantes, bares, estabelecimentos de ensino, etc., resultando na fixação de um valor indenizatório injusto, tanto que inexiste no território nacional propriedade rural de 76 ha. que, no ano presente de 2002, possa valer R$ 1.124.800,00 (um milhão, cento e vinte e quatro mil e oitocentos reais). Se não existe em 2002,

Acesso ao Sumário

com muito mais razão não existia em 1995, disto resultando a total imprestabilidade do laudo de fl. 118/122, para sustentar uma justa indenização do desfalque patrimonial sofrido pela parte Autora' (fls. 209/210)."

Exatamente esta a hipótese dos autos, em que, pese embora ter decorrido um menor prazo entre o apossamento da área, em meados de 2010, e o ajuizamento da ação indenizatória, em dezembro de 2014, houve a valorização da região em decorrência das obras de infraestrutura para acesso à via Anhanguera, instalação de iluminação pública e pavimentação das vias implementadas pela municipalidade na área expropriada e seu entorno, como se pode observar das fotografias de fl. 159/162 e 175/179.

Assim, em se cuidando de desapropriação indireta, justamente em atenção ao princípio da justa indenização, o valor da indenização a ser fixada não pode ser aquele apurado pela prova pericial no momento de sua elaboração, quando já implementadas benfeitorias por parte do Poder Público, benfeitorias estas inexistentes à época da perda da posse e que, indubitavelmente, valorizaram o imóvel expropriado.

Nesse sentido, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – ARTS. 12 DA LEI 8.629/93 E 12 DA LC 76/93 NÃO PREQUESTIONADOS – INTERPRETAÇÃO DO ART. 26 DO DECRETO-LEI 3.365/41: INDENIZAÇÃO 'CONTEMPORÂNEA' À AVALIAÇÃO – JUROS COMPENSATÓRIOS A PARTIR DO APOSSAMENTO – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS: FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – VERBA HONORÁRIA – SÚMULA 7/STJ.

1. Aplicação da Súmula 282/STF em relação aos arts. 12 da Lei 8.629/93 e 12 da LC 76/93 por ausência de prequestionamento.

2. A prova pericial deve espelhar a situação fática encontrada no momento de sua elaboração. Entretanto, em se tratando de desapropriação indireta, a contemporaneidade da avaliação sofre restrições.

3. Em nome do princípio da justa indenização não se pode indenizar o expropriado por benfeitorias não realizadas por ele, mas decorrentes de ato estatal superveniente à perda da posse (obras de urbanização e infra-estrutura como saneamento, água e energia elétrica), situação inexistente à época da ocupação.

4. Na desapropriação indireta, os juros compensatórios devem incidir a partir do apossamento (Súmula 114/STJ).

5. Pedido de aplicação de expurgos inflacionários não analisado ante

Acesso ao Sumário

a deficiência da fundamentação (ausência de alegada ofensa a lei federal ou dissídio jurisprudencial). Súmula 284/STF.

6. Majoração da verba honorária que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido" (REsp 864.422/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 22/03/2007).

"ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO-LEI Nº 3365/41, ART. 26. JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR DO IMÓVEL À ÉPOCA DA OCUPAÇÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a aplicação ou não do art. 26 do Decreto-Lei 3.365, de 1941, em desapropriação indireta.

2. Precedente desta Egrégia Primeira Turma da lavra do eminente Min. Teori Albino Zavascki (REsp n. 502.519/MA, DJU de 15.03.04), afirma que: '1 a chamada desapropriação 'indireta', ao contrário do que ocorre no procedimento legal de desapropriação, em primeiro lugar há a ocupação do bem e sua afetação ao domínio público, e somente depois, por iniciativa do proprietário, é que se desencadeia o processo judicial e a avaliação.

3. Em casos tais, a regra do art. 26 do Decreto- Lei 3.365/41 não pode ser aplicada cega e impositivamente, sob pena de se comprometer o preceito constitucional da justa indenização. No interregno, geralmente longo, entre a data da ocupação do bem pelo Estado e a sua avaliação no âmbito da ação de desapropriação indireta, é possível que ocorram mudanças substantivas no bem, que podem levar ou à sua valorização ou, ao contrário, à sua depreciação.

4. Não será justo, em nome do art. 26, reconhecer ao proprietário o direito de ser indenizado pela valorização decorrente de ato estatal superveniente à perda da posse. É indispensável, sempre, levar em consideração o preceito constitucional que impõe o justo preço.'

5. Recurso especial não-provido" (REsp 912.778/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 31/05/2007).

"ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ART. 26 DO DECRETO-LEI 3.365/1941. INDENIZAÇÃO. DATA DO APOSSAMENTO. AVALIAÇÃO. ART. 105, INCISO III, ALÍNEA 'C'. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. Trata-se de Recurso Especial em Ação de Desapropriação Indireta

Acesso ao Sumário

em que os recorrentes se insurgem contra a fixação da indenização com base no valor do imóvel na oportunidade do esbulho, sob o argumento de que deve corresponder ao preço de mercado contemporâneo à avaliação.

2. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

3. Não se aplica irrestritamente o art. 26 do DL 3.365/1941 às desapropriações indiretas. Diante das particularidades desses casos, em que pode transcorrer longo período entre o apossamento e a propositura da demanda e, consequentemente, a avaliação judicial, o justo preço não necessariamente corresponde ao valor contemporâneo à perícia. Precedentes do STJ.

4. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham as hipóteses confrontadas, com indicação da similitude fático-jurídica entre elas. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com respaldo na alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

5. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp nº 1.460.348-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2014).

Destarte, em homenagem ao princípio da justa indenização, consagrado constitucionalmente, o valor da indenização a ser fixada em decorrência da desapropriação indireta efetivada pelo Poder Público deve ser aquele apurado à data do apossamento administrativo.

Acesso ao Sumário

Outro ponto de insurgência no apelo das requerentes diz respeito à depreciação da área correspondente à área de preservação permanente, que no primeiro laudo foi equivalente a 60% e no laudo complementar a 70%, considerada indevida vez que o perito judicial, ao apurar o valor do metro quadrado para cálculo do valor do terreno, se utilizou do levantamento de preços de imóveis à venda com características semelhantes e próximos do imóvel expropriado, e nos quais, certamente, também incluídas áreas de proteção permanente, configurando tal procedimento afronta ao direito de propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De fato, o método comparativo direto de dados de mercado utilizado pelo

perito – método mais empregado em avaliações de imóveis urbanos e rurais por fornecer resultados mais precisos e confiáveis – utilizou como base de pesquisa 9 (nove) imóveis com características semelhantes ao imóvel expropriado, ou seja, terrenos naturais, de 5.700,00m² a 373.000,00m², localizados na mesma região beneficiada pela obra realizada e que ensejou o apossamento administrativo, sendo razoável concluir que também estes imóveis possuem áreas de preservação permanente ou reservas legais, limitações administrativas que não alteraram seu valor econômico e tampouco as subtrai do patrimônio de seus respectivos proprietários.

Ademais, é de se ressaltar que a norma técnica NBR 14.653, da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, constituída de um conjunto de normas destinadas a fornecer diretrizes, consolidar conceitos, métodos e procedimento gerais e estabelecer padrões aceitos e aprovados pelo IBAPE-SP para elaboração de avaliações imobiliárias, compõem-se das seguintes partes:

14.653-1 – Procedimentos Gerais

14.653-2 – Imóveis Urbanos

14.653-3 – Imóveis Rurais

14.653-4 – Empreendimentos

14.653-5 – Máquinas, Equipamentos, Instalações e Bens Industriais

14.653-6 – Recursos Naturais e Ambientais

14.653-7 – Patrimônios Históricos

Por seu turno, a NBR 14.653-6, que fixa as diretrizes para a valoração de recursos naturais e ambientais, estabelece em seu item 8.1.2 que "**Sempre que os recursos naturais e ambientais se assemelharem aos bens comuns e possuírem mercado, pode ser utilizado o método comparativo direto de dados de mercado e seguidas as prescrições para este que constam na ABNT NBR 14653-2**".

Destarte, em se cuidando o imóvel expropriado de terreno localizado em área industrial onde localizados outros imóveis com características semelhantes, utilizados pelo perito para compor sua base de pesquisa na apuração do valor de mercado, a depreciação da área corresponde à área de proteção ambiental, sem qualquer justificativa, não se afigura razoável e tampouco justa, devendo, pois, ser afastada.

Quanto ao cálculo do valor da indenização, por força da remessa oficial, cumpre abordar dois pontos de substancialmente importância.

O primeiro deles diz respeito à data em que se efetivou o apossamento administrativo, tendo as requerentes afirmado que o apossamento ocorreu em "meados de 2010" e a requerida se limitado a afirmar que o apossamento não ocorreu em meados de 2010, sem indicar quando, de fato, este teria ocorrido, o

Acesso ao Sumário

que levou o MM. Juízo *a quo* a fixar abril de 2010 como data do apossamento administrativo.

A fixação de abril de 2010 como data do efetivo apossamento administrativo pelo douto magistrado, além de não ter a necessária fundamentação, contraria o conjunto probatório carreado aos autos.

Com efeito, a testemunha das requerentes, Luciano Paulo da Silva, empresário e ex-servidor público municipal da Prefeitura de Cajamar, que afirmou categoricamente que em 2010, enquanto realizava a prestação de serviços de paisagismo e reflorestamento de área degradada para as requerentes, presenciou máquinas trabalhando na área expropriada a pedido da municipalidade, bem como diretores e funcionários do setor de obras.

É bem verdade que a testemunha não especificou o mês de 2010 em que teria presenciado as atividades da municipalidade na área caracterizadoras do apossamento, todavia o MM. Juízo *a quo* determinou à testemunha que apresentasse o contrato de prestação de serviços por ele celebrado com as requerentes (fl. 235), no qual se pode observar que o mesmo foi celebrado em **31 de agosto de 2010** (fl. 251/253 e 262/264), sendo razoável considerar que os serviços de paisagismo e reflorestamento começaram a ser executados a partir de **1º de setembro de 2010**, data a partir da qual se deve considerar que o prestador de serviços estava presente no local e testemunhou a presença de máquinas, diretores e funcionários da municipalidade na área apossada administrativamente.

O outro ponto a ser abordado diz respeito ao "arredondamento" dos valores apurados pelo perito, para mais e para menos, no cálculo do valor da indenização, o que se afigura absolutamente inaceitável, além de não encontrar qualquer suporte legal, sendo de rigor o refazimento dos cálculos mediante a utilização dos valores apurados sem qualquer arredondamento.

Nada obstante a necessidade de recálculo do valor da indenização em conformidade com os parâmetros ora determinados, não se faz necessária a conversão do julgamento em diligência para refazimento do laudo pericial, vez que os valores obtidos pelo perito, antes dos respectivos arredondamentos indevidos, permitem, mediante simples cálculos aritméticos, o recálculo imediato do valor a ser fixado a título de indenização.

Acesso ao Sumário

Assim:

CÁLCULO DO VALOR DE MERCADO DA ÁREA EXPROPRIADA PARA AGOSTO DE 2015

Vu = 350,05/m² (valor do m² do terreno bruto, apurado pela média geral do valor do m² dos imóveis utilizados da base de pesquisa – fl. 224).

Vt = 16.274,65m² (área total do terreno expropriado)

Valor de mercado da área expropriada = Vu + Vt = R$ 5.696.941,23

(ago/2015)

Desconto correspondente à valorização da propriedade pelas benfeitorias implementadas e construção de acesso para Via Anhanguera = 25% (fl. 225)

Valor de mercado da área expropriada (R$ 5.696.941,23) – 25% (R$ 1.424.235,31) = R$ 4.272.705,92

Valor de mercado da área expropriada com desconto de 25% correspondente à valorização para agosto de 2015 = R$ 4.272.705,92

CÁLCULO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA SETEMBRO DE 2010

Índice SINDUSCON de agosto de 2015 = 1.526,37

Índice SINDUSCON de setembro de 2015 = 1.034,48

Valor de mercado da área expropriada (ago/15) = R$ 4.272.705,92

Valor de mercado da área expropriada para ago/15 (R$ 4.272.705,92)

÷

Índice SINDUSCON de agosto de 2015 (1.526,37)

×

Índice SINDUSCON de setembro de 2010 (1.034,48)

=

R$ 2.895.778,10

Valor da indenização para setembro de 2010 = R$ 2.895.778,10

Nesse passo, dá-se provimento parcial ao recurso interposto pelas requerentes e integral provimento à remessa oficial a fim de fixar o valor da indenização devida pela Municipalidade de Cajamar em razão da desapropriação indireta do imóvel das requerentes em R$ 2.895.778,10 para setembro de 2010, considerada esta data como a do apossamento administrativo da área expropriada, e a partir da qual incidente a atualização monetária em conformidade com o do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/09, obedecendo-se, inclusive, o que decidido foi no Agravo em Recurso Especial nº 99.600-SP, em que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos juros moratórios, fixou-os o douto magistrado no percentual de 0,5% ao mês a partir do trânsito em julgado da sentença, contra o que se insurgem ambas as partes, as requeridas pretendendo sua incidência a partir do apossamento administrativo da área expropriada, e municipalidade sustentando sua incidência somente a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56/01.

Acesso ao Sumário

E razão assiste à municipalidade quanto a este ponto, vez que o artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56/01 expressamente dispõe:

Quanto à correção monetária, aplicar-se-á a resolução do Tema 810, do Colendo Supremo Tribunal Federal, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, incidindo a partir daí o IPCA-E, sem *discrimen* temporal.

No que atine aos juros compensatórios, fixados em 12% ao ano a partir de julho de 2010 até a expedição do precatório, postula a municipalidade sua incidência apenas até a expedição do precatório original, em conformidade com o disposto no parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09.

Como é sabido, os juros compensatórios se destinam a compensar o expropriado em razão da perda antecipada do imóvel, devendo incidir, na desapropriação indireta, a partir do apossamento – que na espécie se deu a partir de setembro de 2010, e não julho de 2010, como consignado na sentença – consoante o teor da Súmula nº 69 do Supremo Tribunal de Justiça: "**Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel**".

Quanto ao percentual, correta a limitação à taxa de 12% ao ano, em conformidade com o entendimento pretoriano em vigor, anotando-se que a Medida Provisória nº 2.109/49, que estabeleceu a alíquota de 6%, está suspensa por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (Cf. ADI nº 2.332-2, Relator Ministro Moreira Alves, J. 5.9.01), sendo este o posicionamento desta Colenda Corte, como se certifica pelo julgamento da Apelação Cível nº 293.238.5/8, em que foi Relator o Eminente Desembargador Ralpho Oliveira.

Destarte, os juros compensatórios, na espécie, incidirão a partir do apossamento administrativo do imóvel, ou seja, setembro de 2010, no percentual de 12% ao ano, tendo por base de cálculo o valor da indenização fixada, corrigida monetariamente, até a expedição do precatório original.

Por fim, insurgem-se as partes contra a condenação em honorários advocatícios nos seguintes termos "**condeno a Ré ao pagamento de honorários advocatícios, que terá por base de cálculo o total da condenação, relegada para liquidação de sentença a fixação do percentual, para que seja estabelecido conforme o artigo 85 do CPC e seus parágrafos**" (fl. 286).

As requerentes postulam a condenação da requerida no pagamento das verbas sucumbenciais, nos termos do parágrafo 2º do artigo 82 do Código de Processo Civil, e a fixação dos honorários advocatícios em valor correspondente a 5% a 8% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 3º, inciso III, do Código de Processo Civil, que deverão ser majorados ante a interposição

de recurso, em conformidade com o disposto no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil (fl. 289/311).

A municipalidade, por seu turno, pretende a fixação dos honorários advocatícios de acordo com os critérios estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, ou seja, entre 0,5 e 5% do valor da indenização (fl. 318/324).

Ora, o parágrafo 1º do artigo 27 do Decreto-lei nº 3.365/41, com a **redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001**, dispõe expressamente:

> **"Art. 27. [...]**
>
> **§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)."**

Como se vê, os honorários advocatícios devem ser fixados pela sentença que fixa o valor da indenização, inexistindo a hipótese de fixação do percentual devido em sede de liquidação, estando limitados ao percentual de 0,5% a 5%, em consonância com a redação dada ao parágrafo 1º do Decreto-lei nº 3.365/41 pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, que foi submetida ao Pretório Excelso na ação direta de inconstitucionalidade (Cf. ADI nº 2.332-2-MC, Relator Ministro Moreira Alves, j. 5.9.01), tendo-se apenas suspendido a eficácia da expressão "**não podendo os honorários ultrapassar R$150.000,00**", dando, pois, como constitucional o limitador, azo pelo qual se dá provimento ao recurso interposto pela municipalidade quanto a este ponto a fim de fixar os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o valor da indenização corrigido monetariamente, observada a limitação imposta pela parte final do parágrafo 1º do Decreto-lei nº 3.365/41, provido ainda o apelo das requerentes a fim de majorar os honorários em 1% em razão da interposição de recurso, em conformidade com o disposto no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ainda quanto aos ônus sucumbenciais, dispõe expressamente o artigo 30 do Decreto-lei nº 3.365/41 que "**as custas serão pagas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei**", sendo, pois, de rigor a condenação da municipalidade ao pagamento das custas e despesas processuais.

Por epítome, dá-se provimento parcial aos recursos interpostos pelas requerentes e pela municipalidade e à remessa oficial, a fim de, observados os critérios aqui estabelecidos, fixar o valor da indenização por desapropriação indireta devida pela Municipalidade de Cajamar em razão da desapropriação

Acesso ao Sumário

indireta do imóvel das requerentes em R$ 2.895.778,10 para setembro de 2010, considerada esta data como a do apossamento administrativo da área expropriada, a partir da qual incidente a atualização monetária em conformidade com o Tema 810 do Colendo Supremo Tribunal Federal, incidentes ainda juros moratórios de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do artigo 15-B do Decreto-lei nº 3.365/41, incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56/01, até o efetivo pagamento, os juros compensatórios de 12% ao ano, a partir do apossamento administrativo do imóvel, ou seja, setembro de 2010, até a expedição do precatório original, tendo por base de cálculo o valor da indenização fixada, corrigida monetariamente, condenada a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da indenização corrigido monetariamente, observada a limitação imposta pela parte final do parágrafo 1º do Decreto-lei nº 3.365/41, e majorados em 1% em razão da interposição de recurso, em conformidade com o disposto no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, e das custas e despesas processuais, nos termos do artigo 30 do Decreto-lei nº 3.365/41.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento parcial aos recursos e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 9000002-89.2006.8.26.0587, da Comarca de São Sebastião, em que são apelantes FABER SERVIÇO LTDA., THALES GUILHERME CARLINI, ALBERTO GUILHERME CARLINI, JUAN MANOEL PONS GARCIA e JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos, com determinação, por V.U. Sustentou oralmente o Dr. Rafael Delgado Chiaradia - OAB. 199.092.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.626)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 17 de abril de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO POPULAR – Pretensão a anulação de contrato administrativo celebrado pela Prefeitura da São Sebastião com a empresa Faber Ltda. para tratamento do lixo da cidade – Contrato efetuado sem licitação sob o argumento de inexigibilidade por notória especialização – Admissibilidade – Notória especialização reconhecida, diante de técnicas avançadas para o tratamento do lixo, por empresa de tecnologia alemã, que à época dos fatos, detinha exclusividade nas técnicas de tratamento do lixo e resíduos sólidos, cujas patentes foram exploradas, no referido contrato – Notória especialização bem comprovada nos autos – Contrato válido e cumprido, remanescendo pagamento a ser feito pela Municipalidade, diante de liminar que determinou o cumprido total, sem o pagamento correspondente ao trabalho efetuado – Sentença reformada – Recursos providos, com determinação.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recursos voluntários (fls.2903/2918, 2929/2959 e 2961/2976 e 2979/3022), interpostos em face de sentença (fls.2824/2841), complementada pela decisão de fls.2878/2879), cujo relatório se adota, proferida em ação popular, com pedido liminar, objetivando o autor, a anulação do contrato administrativo n. 94/2005-DCS, tendo em vista a ausência de regular licitação, e a condenação dos réus a devolver aos cofres públicos todo e qualquer valor desembolsado em razão de sua celebração e a suspensão dos direitos políticos dos envolvidos por oito anos. A ação foi julgada procedente em relação à Faber Serviços Ltda., Juan Manoel Pons Garcia, Thales Guilherme Carlini e Alberto Guilherme Carlini, e improcedente em face de Maria Christiane Dias Pereira.

A inicial foi recebida apenas em parte (fls. 611/614), sendo parcial também o deferimento da liminar.

Os recursos foram recebidos a fls.2925, no que tange à liminar ratificada, sendo que as apelações dos réus Thales Guilherme Carlini e Alberto Guilherme Carlini foram recebidas no efeito devolutivo, no que tange à liminar ratificada, e duplo efeito, quanto ao remanescente constante do dispositivo da sentença (fls.2978).

Pareceres Ministeriais a fls. 2821, 3042/3060, 3068/3080 pelo provimento parcial do recurso de Juan Manoel Pons Garcia, e improvimento de todos os

Acesso ao Sumário

outros. Preparo da fls.3023/3024.

Cuida-se de ação popular com pedido liminar, proposta por Paulo Lima Delgado em face de Juan Manoel Pons Garcia, Maria Alice Christiane Dias Pereira, Thales Guilherme Carlini, Alberto Guilherme Carlini, Prefeitura Municipal de São Sebastião e Faber Serviços Ltda. arguindo o autor a nulidade de contratação da empresa Faber Serviços Ltda., através do procedimento de inexigibilidade de licitação que deu origem ao contrato administrativo n. 94/2005- DCS. Requereu a concessão de liminar para que determinada a suspensão de todos os efeitos do contrato firmado entre o Município de São Sebastião e a empresa ré, inclusive com relação aos pagamentos; para que seja decretada a indisponibilidade dos bens de todos os réus. Requereu a final o julgamento de procedência da ação para anular o contrato referido e condenar os réus a devolver aos cofres públicos todo e qualquer valor desembolsado em razão da celebração do referido contrato e para que seja declarada a suspensão dos direitos políticos dos envolvidos por oito anos.

A r. decisão retificou a liminar de fls. 613, que estendeu, para determinar que nenhum pagamento fosse feito a empresa Faber Serviços Ltda. com relação ao contrato discutido nesta ação e julgou procedentes os pedidos iniciais, e declarou nulo o contrato administrativo n. 94/2005-DCS, da Prefeitura Municipal de São Sebastião, e condenou, ainda, os réus Faber Serviços Ltda., Juan Manoel Pons Garcia, Thales Guilherme Carlini e Alberto Guilherme Carlini, solidariamente, a restituírem aos cofres do Município de São Sebastião, integralmente, todos os valores desembolsados pelo Município de São Sebastião em razão do referido contrato, e que oportunamente deverão ser objeto de cálculos apresentados pelo Município de São Sebastião, acrescidos tais valores de correção monetária desde, os dispêndios, e de juros de mora desde a citação. Condenou, ainda, os réus no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), que devem reverter em prol do Ministério Público.

Julgou, também, improcedente a ação em face Maria Alice Christiane Dias Pereira, que representou a ré Faber Serviços Ltda. na celebração do contrato n. 94/2005-DCS, na qualidade de diretora técnica, sob o argumento de que é evidente que sua vontade se deu na qualidade de representante legal da contratada. Além disso, o proveito patrimonial advindo do contrato reverteu apenas à pessoa jurídica, e tal ré não pode ser responsabilizada pelo contrato, na forma do artigo 11 da Lei n. 4.717/65, já que agiu em nome da pessoa jurídica.

Acesso ao Sumário

Apelam os réus pleiteando a reforma da decisão.

A empresa Faber Serviços Ltda. pugna pela nulidade da decisão que determinou a inserção do Município de São Sebastião no polo ativo da ação sem ter dado oportunidade para os outros interessados se manifestarem quanto a tal

pedido. Pleiteou a nulidade da sentença porque não foram apreciadas as questões que serviram de fundamento à decisão. No mérito, sustenta a moralidade da contratação, inexistindo prejuízo ao erário.

Discorre sobre a legalidade da contratação sem licitação em virtude da inviabilidade de concorrência, pela singularidade do objeto contratado, e por sua notória especialização, consignando que houve lesão ao meio ambiente e à Municipalidade.

O réu Thales Guilherme Carlini argui preliminares de carência de ação, por ausência de interesse de agir e ilegitimidade de parte, e proibição da mudança do polo passivo para o polo ativo, feito pela Prefeitura Municipal de São Sebastião. Inépcia da inicial, falta de interesse de agir e ilegitimidade de parte. No mérito, afirma a legalidade da contratação e ausência de dano ao erário ou de má fé. Por fim, alega inexistência de ato de improbidade.

O réu Alberto Guilherme Carlini argui ausência de prejuízo e que, portanto, não pode haver condenação ao ressarcimento, ainda porque o trabalho foi realizado, e haveria enriquecimento ilícito do Município. Pleiteia a anulação da sentença e reconhecimento da legalidade do contrato.

O réu Juan Manoel Pons Garcia preliminarmente, pede a nulidade da sentença pela não inclusão do então Procurador Administrativo da Prefeitura Municipal de São Sebastião no polo passivo e ofensa às regras do litisconsórcio necessário. Litispendência em relação à ação civil pública n. 587.01.2011.002498-0, que tem o mesmo objeto. Argüiu, ainda, a nulidade da sentença, por ausência de suspensão do feito em razão da morte do único advogado do réu e por ofensa ao princípio do contraditório, pois apenas o Ministério Público apresentou alegações finais. No mérito, alega ausência de dano ao erário, pois os serviços foram contratados, ausência de má-fé na contratação, que houve urgência da contratação tendo em vista a determinação de desativação do aterro, justificando a dispensa da licitação e afastamento da condenação em honorários advocatícios.

É o relatório.

Os recursos merecem provimento.

Em primeiro lugar, afastam-se as preliminares de ausência de condições de ação e inépcia de petição inicial.

Não vingam os argumentos. Como bem salientou o Ministério Público a fls. 3044, "***A inicial descreve detalhadamente as condutas de cada um dos apelantes, até mesmo destacando em negrito em que elas consistiriam, viabilizando plenamente o exercício da ampla defesa***". Salienta, ainda, que a ação foi proposta em 2006, tendo os apelantes mais de oito anos para externarem em Juízo todos os argumentos que possuíam.

Quanto ao interesse de agir, consiste na necessidade e utilidade de recorrer ao Judiciário, mediante utilização do meio adequado. No presente caso

Acesso ao Sumário

é evidente a presença desta condição da ação, e será analisada com o mérito. A ilegitimidade de parte foi argüida pelo réu Thales. No entanto, conforme bem salientado pelo Ministério Público, a fls. 3035:

"... conforme já descrito na inicial e comprovado pelos documentos acostado aos autos, notadamente o de fls. 33, reproduzido a fls. 450, a solicitação para a contratação da empresa de tratamento de resíduos partiu daquele apelante. Além disso, na qualidade de Secretário Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo, cabia a Thales orientar, coordenar e supervisionar as atividades dos órgãos de sua Secretaria e das entidades da administração indireta a ela vinculados".

Também não se acolhe a arguição de que a inserção do Município de São Sebastião no polo ativo da ação, geraria a anulação da sentença. É que o artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei n. 4.717/65 dispõe que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

É o que se denomina "intervenção móvel" que permite a mobilidade do ente público ou privado, na melhor defesa de seus interesses.

Conforme parecer de Fredie Didier Jr. E Hermes Zanetti Jr., transcrito às fls. 3046:

"Atribui-se à pessoa jurídica o poder de assumir, no processo, a posição que melhor convier ao interesse público...

Poderá, até mesmo, não intervir na causa na qualidade de assistente, para assumir a posição de amicus Curie, fornecendo ao magistrado subsídios técnicos para melhor decidir.

Trata-se, em verdade, de quebra do princípio da estabilidade subjetiva da demanda em favor do interesse público primário". (Curso de direito processual Civil. Processo coletivo. Vol.4. 4ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009, pág 250).

Acesso ao Sumário

A referida instabilidade decorre do objetivo das ações coletivas que visam à proteção do interesse público, não existindo previsão no Código de Processo Civil, ou outro qualquer ordenamento de interesses privados.

Ainda citando o parecer do Ministério Público em contrarrazões:

"... é irrelevante a definição dada à posição que o ente público ocupa no processo. Importante sim é a postura que a Administração Pública adota na ação. No presente caso o Município entendeu – acertadamente – como útil ao interesse público a atuação ao lado do autor, ainda que em momento posterior ao proferimento da sentença".

Assim, desnecessária a manifestação das partes a respeito do tema, com exceção do Ministério Público, pois a inclusão do Município no polo ativo é ato de opção exclusiva da pessoa jurídica, nos termos do art. 6º, parágrafo 4º, da Lei n. 4.717/65.

Sobre tal questão, aliás, operou-se a preclusão, pois não houve recurso no momento oportuno.

Afasta-se igualmente a arguição de nulidade pela não inclusão do então procurador administrativo da Prefeitura Municipal de São Sebastião no polo passivo por ofensa às regras do litisconsórcio necessário.

Na verdade, o procurador não tem poder de decisão. Sua opinião é meramente auxiliar do chefe do executivo não sendo vinculante, apesar de jurídico. Além disso, o procurador, não tendo poder de decisão apenas explicitou seu ponto de vista e o submeteu a quem o requereu, possuindo, pois caráter técnico.

Quanto à litispendência entre esta ação popular e a Ação Civil Pública n. 587.01.2011.002498-0, a mesma é inexistente. No entanto, o julgamento desta ação popular influi diretamente no julgamento da ação civil pública proposta, estando ora em fase de recurso de apelação e distribuídos a este Relator. Desta forma, para se evitar decisões conflitantes, os respectivos recursos serão julgados na mesma oportunidade.

Nesta ação objetiva-se anulação de ato lesivo ao patrimônio público, no caso o contrato celebrado entre a empresa Faber Serviços Ltda. e o Município de São Sebastião e o ressarcimento do prejuízo ao erário. Foi requerida também, a perda da função pública em relação a alguns apelantes. No entanto, tais pedidos porque impróprios à ação popular, foram afastados, sendo a inicial recebida em parte (fls.611/614). A sentença proferida nesta ação determinou a anulação do contrato administrativo celebrado e a condenação dos apelantes a devolver aos cofres públicos, os valores recebidos do Município por tais contratos.

Já a ação civil pública ajuizada pretende a condenação à devolução do valor recebido, mas também contém outros pedidos, tais como, a condenação dos contratantes pela prática de infrações administrativas previstas na Lei 8.429/92 e o de pagamento do dano moral difuso. Não pediu a anulação do contrato, pois tal pedido já havia sido atendido pela sentença proferida nesta ação. A ação civil pública também possui partes diferentes, incluindo pessoas que não foram incluídas nesta ação.

Para que haja litispendência é necessário que haja identidade de partes, pedido e causa de pedir. E é o que não ocorre neste caso. Nem mesmo conexão haveria nos termos do artigo 103 do Código de Processo Civil, pois não há identidade de pedidos e de causa de pedir. Anote-se, ainda, que quando foi ajuizada a ação civil pública (18/05/2011), já havia sentença nestes autos,

Acesso ao Sumário

proferida aos 12/02/2011. É antes o caso de aplicação da Súmula n. 235 do Superior Tribunal de Justiça:

"A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

Assim não ocorreu nem a conexão nem a litispendência, e também não há continência por ausência de requisitos conforme artigo 104, do Código de Processo Civil.

Quanto ao pedido de ausência de suspensão processual em razão da morte do único advogado de Juan Manoel Pons Garcia, também não será acolhido.

O Código de Processo Civil no artigo 265, inciso I, preceitua que o processo se suspende em caso de morte do procurador de qualquer das partes. No entanto, para que tal omissão gere nulidade é necessário que haja prejuízo para a parte. No caso em tela, a sentença foi proferida no dia 11 de fevereiro de 2014 e publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 18/03/2014. No dia 28/03/2014 o apelante interpôs por meio de advogado regularmente constituído embargos de declaração, ocasião em que noticiou a morte daquele causídico, que ocorreu em 23/03/2014. Logo após, a parte recorrente interpôs recurso de apelação tempestivamente, não ocorrendo qualquer prejuízo. Ou seja, a suspensão processual ocorre apenas para que a parte possa constituir outro advogado, e o que se verifica no caso é que o recorrente constituiu outro rapidamente, não causando qualquer prejuízo tanto para si como para o processo. Por este mesmo motivo, não cabe a alegação do réu de que o Juiz abriu vista do processo ao Ministério Público para que opusesse alegações finais. A ausência de alegações finais não pode ser erigida em motivo para anulação da sentença. O recorrente contestou a ação e teve longos anos após a citação para alegar tudo o que desejasse. Veio argüir nulidade apenas por ausência de oportunidade de trazer novamente todos os argumentos já constantes dos autos. Se as alegações finais eram tão importantes, deveria ter se socorrido de recurso próprio que impediria que ocorresse a preclusão, como ocorreu nos autos.

As preliminares apontadas pelos apelantes ficam, pois, afastadas, passando-se a analisar o mérito, com o enfrentamento do mérito das apelações interpostas.

Apelação da Faber Serviço Ltda., a fls. 2903/2918. Referido recurso merece ser provido.

Consigna-se, inicialmente, que este Relator, analisando detidamente os documentos constantes dos autos, convenceu-se de que a contratação da empresa Alemã, para a realização de trabalho relativo à recuperação da Praia da Baleia, detém, sim, notória especialização, nas técnicas de tratamento do lixo, pois o reduzem, armazenam em forma de pilha, colocam o chorume (parte líquida do lixo), armazenados em local adequado (para depois ser descartado

Acesso ao Sumário

adequadamente), bem como, controlam a emissão de gases provenientes da decomposição, atividades que se constituem, para aquela época, sem sombras de dúvidas, método pioneiro no tratamento do lixo, pois ocorre uma redução significativa do volume do lixo, que permite o armazenamento em local adequado, até que o momento em que há o seu descarte, ou tratamento.

Verifica-se dos autos que, na gestão anterior, no mandato de 2000 a 2004, o então prefeito, já havia contratado a referida empresa, para iniciar os trabalhos, para implantar o tratamento – mecânico-biológico de resíduos TMB, descritos e protegidos pelas patentes tituladas, que inclui atividades correlatas ao funcionamento das mesmas, dentre as quais, a locação de equipamentos sem similar no Brasil, atestados pela ABIMAQ. O Município, por sua vez, naquela época, mediante a licença de exploração sem exclusividade, contratava terceiro, qual seja, a empresa ENOB AMBIENTAL, para a aplicação das técnicas, sob a orientação da FABER SERVIÇOS LTDA.

O contrato efetivado em 2005, visando à satisfação do interesse público, empreendeu seguimento à política de gestão ambiental, que, em 2005, redundou na contratação de um sistema de implantação de projeto ambiental, pioneiro, inédito e integrado, que incluiu também as reivindicações de outra patente, titulada, no contrato, qual seja, a PI 9806605-6, qual seja, método de tratamento mecânico de resíduos oriundos da construção civil – onde este participam, de forma integrada, na cadeia de tratamento, cuja cópia da patente se encontra a fls. 386 dos autos, como descrito no contrato 94/2005 e seu termo aditivo.

O objeto do referida contratação, que incluiu o tratamento mecânico-biológico do lixo (mediante a aplicação das metodologias das patentes), recuperação ambiental e remediação do Aterro a Baleia (com ênfase nos resíduos tratados biologicamente no período de 2000 a 2005), agora neste contrato, avançou também na assessoria para elaboração do "Plano Municipal de Gerenciamento de Resíduos", bem como, naquela atinente à conscientização da população, objetivando auferir dos indigitados Know How, toda a inteireza do seu alcance, com a participação da comunidade, implantou, com sucesso, o "Parque de valorização de resíduos urbanos", que, a par de redundar em deposição final adequada, constituiu centros integrados para recebimento, e triagem de materiais recicláveis diversos (resíduos da construção civil, sucata e resíduos verdes), que, após tratamento mecânico-biológico (TMB) que possibilitam a sua reciclagem e transformação em produtos a serem colocados no mercado, o que redunda na combinação de fatores extremamente vantajosos à Municipalidade, tais como a redução de custos e incremento na receita, a par de benefícios incomensuráveis ao meio ambiente, à valorização do Município, tais como saúde da população, preservação e recuperação da natureza, da paisagem, do ecossistema, incentivo ao turismo, beneficiando, assim, por via de consequência, toda a comunidade.

Acesso ao Sumário

Desta forma, o contrato não é nulo, e foi cumprido, diante do que se determinou na liminar concedida ao autor popular da ação, mas, no entanto, os pagamentos concernentes a sua contra-partida, restaram limitados (cf. fls. 613, primeiro parágrafo).

Alega a ora apelante que o contrato "*subjudice*", é pioneiro e inédito, pois decorre da exploração das patentes, a notória especialidade e aplicação do "Know How", tan é assim que não se tem conhecimento da existência de representações no que tange a qualquer das modalidades de contratações levadas a efeito na regra da inexigibilidade de licitação, a ratificar o pressuposto da regularidade da contratação, bem como a inviabilidade de concorrência.

Com razão, a recorrente. Verificou-se a especialidade no tratamento do lixo, com o trabalho realizado, decorrente do conhecimento explorado pelas patentes, com o auxílio de máquinas importadas da Alemanha, que não tem similar no Brasil, conforme foi atestado pela ABIMAQ. Ademais, as vinte e cinco atividades atreladas ao contrato, necessitaram da direta intervenção dos técnicos da Faber Ambra, como o assessoramento e monitoramento das atividades complementares, não havendo falar que poderiam ser licitadas separadamente e cumpridas por outras empresas.

Mesmo porque, cumprindo a liminar deferida ao Ministério Público, o contrato foi totalmente cumprido, sendo que o valor pleiteado não foi totalmente pago, devendo a ora apelante apresentar as medições do que foi efetivamente feito, para ser ressarcida do que gastou, não sendo admitido o não pagamento, sob pena de propiciar o enriquecimento ilícito da Administração, que se beneficiou dos trabalhos realizados, atinentes ao cumprimento do contrato, sem o seu respectivo pagamento.

Assim, provê-se o presente recurso.

Analisa-se, agora, o recurso interposto pelo apelante Thales Guilherme Carlini, a fls. 2929/2959.

O apelante diz que ocupou o cargo de Secretário de Obras e Meio ambiente de 01 de janeiro de 17 de outubro de 2006, sendo que a partir desta data somente ocupou o cargo de Secretário de Obras. Alega que em momento algum participou do certame licitatório, pois tal prerrogativa pertencia á Secretaria da Administração, embora tenha assinado documentos relativos à execução do contrato, não participou da contratação da empresa, ou mesmo do processo licitatório. Alega ainda, que o contrato está dentro dos ditames legais.

Com razão, também, o ora apelante.

Sendo funcionário da Administração Municipal e não tendo prerrogativa de influenciar no direcionamento da contratação, não deve ser condenado em nenhuma das hipóteses elencadas na inicial acionária. Como bem observou o apelante, houve o atendimento aos critérios da Lei 8666/93, bem como, não há

Acesso ao Sumário

prova de dano ao erário municipal, e nem mesmo má-fé do agente público, ou o particular.

Desta forma, entende este Relator que não havendo prova de prejuízo ao erário, de má-fé dos agentes públicos, nem prova de desvio de dinheiro, nem enriquecimento ilícito por qualquer das partes, não há motivo justo para que o referido contrato seja anulado.

Isto posto, dá-se provimento, também a este recurso.

Analisa-se a apelação de Alberto Guilherme Carlini, a fls. 2961/2976.

Alega o ora apelante que o procedimento licitatório, por inexigibilidade de licitação, diante da notória especialização, está fundamentado no art. 25, inciso II da lei 8666/93 e é absolutamente legal, pois foi demonstrada a condição de notória especialização da empresa contratada, condições estas, tais como, a exploração das cartas patentes PI 9806438-0 e PI9806605-6, que a empresa apresentou com a condição de ser a única a possuir técnica necessária aos serviços exigidos; a locação de equipamentos específicos e necessários aos serviços contratados, sem similar no Brasil, conforme documentos oficiais apresentados pela empresa alemã; serviços prestados no próprio município em anos anteriores, sob o mesmo procedimento licitatório, com o aval do Tribunal de Contas; declaração de vários setores públicos, sobre os serviços prestados pela empresa.

Assevera que a finalidade de Administração é o bem comum da coletividade administrada.

E o paragrafo 1º, do art. 25, inciso III, da lei 8666/93, assim dispõe:

§1º- Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Desta forma, com base no direcionamento que o referido artigo de lei deu ao administrador público, houve o contrato com a referida empresa, pois, á época, era detentora de tecnologia e conhecimento científico, sem similar no mercado, fatores estes, que foram preponderantes que a Administração considerou para solucionar os desafios impostos pelas condições que a Municipalidade tinha que suportar.

O recurso merece provimento, acolhendo este Relator, os argumentos aqui dispendidos. Verifica-se do que foi relatado, que a escolha da empresa, decorreu da consideração de vários fatores, sendo assim, escolha responsável e alinhada com os termos da Lei e com o interesse público.

Isto posto, dá-se provimento a este recurso.

Acesso ao Sumário

Analisa-se agora, a apelação de Juan Manoel Pons Garcia, a fls. 2979/3022.

Alega o apelante que foi eleito como prefeito da cidade de São Sebastião, para os anos de 2005/2008, e logo nos primeiros dias, deparou-se com determinação judicial, advinda de anterior ação civil pública nº 973/1989, cujo objeto era os danos ambientais do Lixão da Praia da Baleia, compelindo a Municipalidade de São Sebastião até 08/06/2006, cessar o depósito de lixo e resíduos sólidos naquele local e encontrar uma melhor destinação para o lixo.

O urgente prazo de seis meses para o cumprimento da referida determinação judicial, após amplo estudo, foi concluída a necessidade de desativação do aterro sanitário, e por isto feita a inexigibilidade de licitação, que não fi somente baseada na emergência, mas pela competência já demonstrada em contrato anterior.

Além do mais, a contratação foi precedida de parecer judicial, opinando pela legalidade do contrato, pela inexigibilidade de licitação.

Aponta também que há sucessivos pareceres advindos do Tribunal de Contas, tais como o da manifestação da ATJ Engenharia, do TCE/SP, representada pela Assessora Técnica Eliana Saletti, que assim opinou:

(...) A inexigibilidade de licitação está amparada pela carta patente para exploração (fls. 08/19), sendo para as atividades relacionadas nos serviços de natureza técnica de engenharia.

A fls. 205, consta o atentado de inexistência de produção nacional onde o bem é descrito (fls. 197) e a correta aplicação – Know How que inclui os equipamentos sem similar no Brasil.

....

Não se tem inclusive representação a tal modalidade da contratação (fls. 108)

A fls. 380 os demonstrativos de remuneração durante a vigência do contrato.

...

Da análise entendemos que a contratação pode ser considerada regular."

Também o secretário diretor Geral do TCE opinou pela regularidade da contratação:

(...) A meu ver as explicações resumidamente apresentadas acima, quando avaliadas em conjunto, com o fato da contratada deter patente que lhe confere exclusividade na operação deste tipo de sistema de tratamento do lixo, permitem uma adequada visualização do panorama em que se deu a contratação, que reputo justificada."

Com razão o ora apelante.

Acesso ao Sumário

Como já salientado, no enfrentamento do mérito dos outros apelos, o contrato não é nulo, foi cumprido e produziu seus efeitos, pendente somente o pagamento do serviço prestado e não pago, em razão da restrição contida na liminar da ação popular.

Ausentes o dolo, a má-fé, e o prejuízo ao erário, não há como vingar a presente ação. Nem mesmo houve a alegação de superfaturamento do referido contrato.

Desta forma, afasta-se a determinação de ressarcimento integral de todo o contrato, posto que legal e foi cumprido, determinando-se que a contratada demonstre o efetivo cumprimento de tudo o que foi contratado para receber os valores relativos ao que lhe é devido, não se admitindo o enriquecimento ilícito da Administração.

Outro ponto que merece provimento no recurso do ora apelante, é o do pleito de afastamento da condenação em honorários advocatícios. Além da sentença recorrida ter sido reformada, neste grau recursal, o que afasta a referida condenação, observa-se que a condenação encontra óbice no art. 128, paragrafo 5º, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

Isto posto, dá-se provimento aos recursos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0003907-58.2012.8.26.0229/50000, da Comarca de Hortolândia, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado AGNALDO JOSÉ DOS REIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Embargos de declaração parcialmente acolhidos por V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.752)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 12 de março de 2018.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Correção Monetária – Tema 810 – Supremo Tribunal Federal – Tabela não modulada – Possibilidade:

– Aplica-se a Tabela Prática não modulada do Tribunal de Justiça que compreende as alterações que prevaleceram na jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores.

VOTO

RELATÓRIO

Alega a embargante existência de contradição no acórdão embargado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no tocante à correção monetária, aplicou o IPCA-E. Aduz, ainda, a necessidade de suspensão do processo até que sobrevenha o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário n. 870.947 (Tema 810), diante da existência de dúvida quanto à aplicação da TR (decisão aplicável apenas na correção dos ofícios requisitórios). Pede o provimento do recurso (fls. 123/124).

FUNDAMENTOS

1. O acórdão embargado negou provimento ao recurso da Fazenda do Estado e ao reexame necessário e deu provimento ao recurso do autor para julgar procedente o pedido, mantidos os encargos da sucumbência (fls. 113/118).

2. No tocante aos juros e correção monetária, aplicou o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n. 870.947 (Tema 810) e, especificamente, quanto à atualização monetária, ficou determinado 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 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***" (fls. 117-v)

Portanto, alinhado ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o acórdão embargado decidiu que em relação à correção monetária, haverá "*incidência da Tabela Prática não modulada do TJ que compreende as alterações que prevaleceram na jurisprudência, inclusive nos tribunais superiores*."

Diante deste quadro, considerando que o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser inconstitucional a aplicação dos índices aplicados à caderneta de poupança (TR), para efeito de atualização monetária esta Câmara de Direito Público tem aplicado a tabela não modulada do IPCA-E. Anota-se:

Acesso ao Sumário

"Quanto ao índice de atualização monetária, esta 10ª Câmara de Direito Público entende que, no caso de ainda não ter sido expedido precatório ou requisitório de pequeno valor, os débitos devem ser corrigidos com base no IPCA-E, com base em interpretação do decidido pelo STF na ADI 4.357 e na modulação dos efeitos da ADI 4.425" (Apelação nº 101925395.2015.8.26.0562, Rel. Des. Paulo Galizia, j. 24.7.2017).

3. **Insubsistente** o pedido de suspensão do processo até a ocorrência do trânsito em julgado do Tema 810, na medida em que o acórdão proferido nos autos daquele Recurso Extraordinário tem aplicação imediata, porque de observância obrigatória, nos termos do art. 927 do NCPC. Neste sentido:

"Deve observar-se que, em obséquio à jurisprudência solidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é cabível a aplicação de precedente vinculante, independentemente da publicação do referido acórdão (AgR 612.375/DF, Min. Dias Toffoli, DJe 04.09.2017; AgR-ED 1027677/RS, Min. Dias Toffoli, DJe 29.08.2017 e ARE 930.647/PR, Min. Roberto Barroso, DJe 11.04.2016) – (Apelação n. 0021165-95.2010.8.26.0053, Des. Ricardo Dip).

Ademais, a decisão emitida nos autos do Recurso Extraordinário n. 870.947 (*Repercussão Geral n. 810*) não autoriza a possibilidade de atualização da correção monetária com base na Lei n. 11.960/09, seja na fase de conhecimento ou na fase do precatório. Deixou claro que **a utilização da citada lei, para efeito de correção monetária, é inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade.**

O próprio Supremo Tribunal Federal, acerca da controvérsia, consignou que:

"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.

Acesso ao Sumário

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".

Também, já decidiu este Tribunal de Justiça:

*"No presente caso, **ainda em fase de conhecimento**, obviamente sequer ofício requisitório ou precatório foi expedido, o que, por lógica, impede a aplicação automática da modulação de efeitos e ainda permite discussão sobre os **critérios de correção monetária**, ante a declaração de inconstitucionalidade proferida. Assim, **independentemente do teor da modulação de efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, é certo que não pode prevalecer índice já reconhecido como inconstitucional, o que também foi confirmado pelo recente julgamento do tema 810 de repercussão geral** (Apelação n. 4010040-56.2013.8.26.0506, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Desª Maria Laura Tavares, j. 14.2.2018).*

Destarte, pelo meu voto, acolho parcialmente os embargos **unicamente** para esclarecer qual a tabela a ser aplicada para efeito de atualização monetária, sem efeito modificativo do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1028194-71.2016.8.26.0506/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é embargante IPM INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS MUNICIPIÁRIOS DE RIBEIRÃO PRETO, é embargado ORLANDO FELIPE (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Receberam os embargos de declaração para dar parcial provimento aos recursos oficial e voluntário, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.888)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), RICARDO DIP e JARBAS GOMES.

São Paulo, 4 de abril de 2018.

AROLDO VIOTTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Declaração. Alegação de erro material no julgado. Acolhimento. Diplomas legais que previam o Prêmio-Incentivo declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça em via de controle concentrado (ADIN 2095312-76.2017.8.26.0000, j. 13.09.2017). Desaparecimento do suporte normativo de parte dos pedidos formulados pelo autor. Embargos acolhidos, após a ouvida do embargado, com excepcional efeito modificativo, para dar parcial provimento aos recursos oficial do Instituto-embargante, e, assim, julgar improcedentes os pedidos de inclusão do "Adiantamento do Prêmio de Incentivo" na base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço ATS ("quinquênio"), e de pagamento de parcelas atrasadas daí decorrentes. Alterada a distribuição dos ônus da sucumbência, em atenção à solução de parcial procedência dos pedidos.

VOTO

I. Embargos de Declaração opostos pelo INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS MUNICIPIÁRIOS DE RIBEIRÃO PRETO – IPM em relação ao Acórdão de fls. 190/196 do apenso, que negou provimento ao recurso voluntário e deu parcial provimento ao recurso oficial, interpostos contra r. sentença que julgou parcialmente procedente Ação de rito ordinário movida por ORLANDO FELIPE, servidor municipal inativo, contra o ora embargante, objetivando que a vantagem do adicional por tempo de serviço (ATS) – "quinquênio" – , que percebe, seja calculada sobre o total de sua remuneração, na forma do artigo 209 do Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Ribeirão Preto, incluindo-se na base de cálculo dos adicionais temporais também as parcelas de "Adiantamento do Prêmio Incentivo" e "Adicional de Insalubridade", com o pagamento de parcelas vencidas e reflexos, acrescidas dos consectários legais.

Nas razões (fls. 1/3), aponta erro material no Aresto, uma vez que, antes do julgamento dos recursos, o Órgão Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da legislação de regência do "Adiantamento Prêmio Incentivo" (ADI nº 2095312-76.2017.8.26.0000), vantagem percebida pelo autor-embargado, e que foi incluída na base de cálculo dos quinquênios. Pede o acolhimento dos embargos para ser reconhecido o apontado erro material, "*a fim de preservar a autoridade daquele julgamento e sua vinculação e, por consequência, julgue pela reforma da decisão no tocante a determinação de integralização do adiantamento do prêmio incentivo no cálculo dos adicionais*

Acesso ao Sumário

por tempo de serviço..." (textual – fls. 3).

Facultou-se manifestação do embargado (fls. 51), sobrevindo resposta a fls. 53/56, pelo improvimento dos embargos. Este, em síntese, o relatório.

II. Acolhem-se os embargos declaratórios, excepcionalmente com efeito modificativo.

A Lei Complementar Municipal nº 406, de 15.12.1994[1], instituiu o "Prêmio-Incentivo", destinado a todos os servidores públicos municipais, dispondo seus artigos 1º e 2º:

"ARTIGO 1º - Fica criado o PRÉMIO-INCENTIVO ao servidor público municipal, que será pago mensalmente."

ARTIGO 2º - O PRÊMIO-INCENTIVO, ora instituído, será concedido mediante a avaliação dos seguintes fatores:

I – assiduidade;

II – pontualidade;

III – dedicação;

IV – eficiência e produtividade.

Parágrafo único – VETADO" (g.n.)

Posteriormente, editou-se o Decreto Municipal nº 34/95[2], para regulamentar a citada lei complementar. Seus artigos 1º a 3º, na redação original, eram do seguinte teor:

"ARTIGO 1º - Fica concedido aos servidores ativos, à título de adiantamento do Prêmio-Incentivo instituído pela Lei Complementar nº 406/94, modificada pela Lei Complementar nº 408/94, o valor correspondente a R$ 46,00(quarenta e seis reais), a partir de 1º de fevereiro de 1995.

ARTIGO 2º - Fica constituída Comissão Paritária de 06 (seis) membros composta por 03 (três) nomeados pelo Prefeito Municipal e 03 (três) indicados pelo Sindicato dos Funcionários, Servidores e Empregados Municipais, Ativos, Inativos e Pensionistas de Ribeirão Preto, para apresentação de minuta de decreto regulamentar das Leis Complementares nºs 406/94 e 408/94, relativamente ao Prêmio-Incentivo.

ARTIGO 3º - Não terão direito à gratificação a que se refere o artigo 1º, as categorias de servidores que tiverem regulamentado o pagamento do Prêmio-Incentivo e que são submetidos a leis específicas, assim, médicos, dentistas e fiscais." (g.n.)

Dentre outras alterações legislativas, a Lei Complementar Municipal nº 1.439, de 14.02.2003[3], modificando o artigo 6º da Lei Complementar nº 406/94,

Acesso ao Sumário

1 (Endereço eletrônico constante do texto original).

2 (Endereço eletrônico constante do texto original).

3 (Endereço eletrônico constante do texto original).

estendeu o aludido benefício aos inativos e pensionistas: ***"Artigo 6º - Fica assegurado o direito ao recebimento do prêmio incentivo aos aposentados e pensionistas municipais, incidindo com relação aos aposentados a contribuição previdenciária".***

Ocorre que em recente quadra o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, por votação unânime, julgou procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade e declarou inconstitucionais, com efeito "ex tunc", a Lei Complementar Municipal nº 406/94 e posteriores alterações. A ADIN nº 2095312-76.2017.8.26.0000 foi acolhida 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. Comunique-se oportunamente à Prefeitura e à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99."*** (TJSP, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000, j. 13.09.2017, v.u., Rel. o Des. RENATO SARTORELLI).

A V. decisão afastou por expresso a possibilidade de modulação, contando portanto com efeito "ex tunc" e eficácia vinculante (artigo 28, parágrafo único, da Lei federal 9.868, de 1999).

É a seguinte a ementa do julgado do Col. Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 361/1994 REVOGADA PELO ARTIGO 55 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 2.515/2012, AMBAS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR ARRASTAMENTO, DO ARTIGO 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 361/1994 - PRELIMINAR ACOLHIDA - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC".

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI

COMPLEMENTAR Nº 406/1994, E ULTERIORES MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELAS LEIS COMPLEMENTARES Nos 408/1994 E 1.439/2003, TODAS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - INSTITUIÇÃO DE 'PRÊMIO-INCENTIVO' - VANTAGEM PECUNIÁRIA CONCEDIDA AO FUNCIONALISMO DE RIBEIRÃO PRETO VISANDO PREMIAR ASSIDUIDADE, PONTUALIDADE, DEDICAÇÃO, EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE - DEVERES FUNCIONAIS INERENTES AO EXERCÍCIO DE QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA - AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO - NORMAS GENÉRICAS QUE NÃO DESCREVEM SITUAÇÕES QUE ENSEJARIAM O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO E TAMPOUCO PREVEEM REQUISITOS QUE LEGITIMEM A SUA PERCEPÇÃO - AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL".

"As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta".

"Se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação". "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - FIXAÇÃO DO VALOR DO 'PRÊMIO-INCENTIVO' POR ATOS DO CHEFE DO EXECUTIVO (DECRETOS) - INADMISSIBILIDADE - DELEGAÇÃO INDEVIDA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - PREVISÕES NORMATIVAS, ADEMAIS, ESTABELECENDO HIPÓTESE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E EXTENSÃO AUTOMÁTICA AOS INATIVOS - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA RAZOABILIDADE E DA MORALIDADE - OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 1, 111 E 128, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS - AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO".

"É inconstitucional o dispositivo de Lei Municipal que autoriza o Chefe do Executivo a fixar percentual de vantagem remuneratória".

"A remuneração dos servidores não pode ser regulamentada mediante ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, sob pena de ofensa aos princípios da reserva legal e da separação dos poderes, sendo indispensável a participação do Poder Legislativo no processo de elaboração da norma".

Acesso ao Sumário

"Não é possível à Administração Pública transigir no que diz respeito aos vencimentos dos funcionários, sendo o regime remuneratório dos servidores inconciliável com o direito à negociação coletiva. Inteligência da Súmula nº 679 do E. Supremo Tribunal Federal" (TJSP, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000, j. 13.09.2017, Rel. o Des. RENATO SARTORELLI).

Deixou de existir, portanto, suporte normativo para uma das pretensões deduzidas na presente ação, especificamente a de incluir o "Adiantamento do Prêmio de Incentivo" na base de cálculo dos "quinquênios". Não resta alternativa senão receber os presentes embargos, excepcionalmente com efeito modificativo, para dar parcial provimento aos recursos oficial e do Instituto de Previdência dos Municipiários de Ribeirão Preto, e, assim, julgar improcedentes os pedidos de inclusão do "Adiantamento do Prêmio de Incentivo" na base de cálculo do Adicional por Tempo de Serviço – ATS ("quinquênio"), e de pagamento de parcelas atrasadas daí decorrentes.

Nesse sentido, da recente jurisprudência da Corte: ***"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Acórdão embargado que manteve sentença de procedência do pedido de inclusão do "Adiantamento do Prêmio de Incentivo" na base de cálculo das horas extras – Julgamento, pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, da ADI nº 2095312-76.2017.8.26.0000, que declarou a inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 408/1994 e 1.439/2003, que instituíram o prêmio de incentivo no município de Ribeirão Preto – Ausência de embasamento legal do próprio benefício que acarreta na procedência parcial da demanda – Acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos modificativos, dando provimento em parte ao recurso do embargante e ao reexame necessário, para julgar procedente em parte o pedido."*** (Embargos de Declaração nº 1042488-65.2015.8.26.0506/50000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. o Des. PONTE NETO, j. 21.03.2018).

Ficam mantidos os termos do v. Acórdão de fls. 190/196 no que tange ao pleito relativo ao "Adicional de Insalubridade", bem assim ao regime de juros e correção monetária.

Por fim, diante da alteração do julgado, as partes resultaram vencidas de modo relativamente proporcional quanto às respectivas pretensões, é caso de também se alterar a distribuição dos ônus da sucumbência, adequando-a à solução de parcial procedência dos pedidos.

O Código de Processo Civil de 2.015 (Lei n. 13.105/15), já em vigor ao tempo da prolação da sentença, não mais admite a compensação pura e simples de verba honorária em caso de sucumbência parcial e recíproca (artigo 85, § 14). Assim, fica cada uma das partes condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), observada a gratuidade

Acesso ao Sumário

concedida a fls. 21. As custas e despesas processuais, em consonância com o disposto no art. 86 do CPC, serão integralmente compensadas entre as partes, respondendo cada uma delas por metade do montante respectivo.

III. Por todo o exposto, em caráter excepcional, recebem os embargos de declaração para dar parcial provimento aos recursos oficial e voluntário, nos termos acima explicitados.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1015241-81.2013.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes GIOVANNI PALUMBO (ESPÓLIO), MATILENA SARAH PALUMBO e AURORA PRESTI PALUMBO, é embargado COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO METRÔ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 26.183)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 6 de abril de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração. Critério para juros. Contradição. Ocorrência. Embargos acolhidos.

VOTO

Embargos de declaração opostos em face do v. acórdão de págs. 23/29, com denúncia de *contradição referente à questão atinente aos juros,* para que conste se caso*, cabimento dos juros compensatórios e moratórios,* e, em sendo cabíveis, que *sejam fixados o termo inicial, a taxa, a base de cálculo e o termo final de cada um deles.*

Alternativamente, pugnam que, em *sendo o entendimento pelo afastamento*

da incidência dos juros na espécie, seja explicitado o fundamento para tanto, se aquele indicado na r. sentença (prévio depósito da indenização), ou outro.

Recurso bem processado.

É o Relatório.

Antes do mais, não se descure que, em regra, *o julgamento proferido pelo Tribunal em sede de apelação prevalece sobre o que foi decidido na sentença, dado o efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC, e, embora os fundamentos da decisão, ainda que importantes para determinar a parte dispositiva da sentença, não façam coisa julgada (CPC, art. 469, I), não se pode desconsiderar, por outro lado, que a interpretação do dispositivo não prescinde de sua adequação ao que foi exposto na motivação do decisum* (REsp 1.125.641/CE, rel. Min. RAUL ARAÚJO, STJ – Quarta Turma, j. 17.3.2015, DJe 14.4.2015).

Isso realçado, deu-se julgamento no sentido de ser provida em parte a apelação dos embargantes, para *caber indenização em razão de expropriação de* ***toda*** *a área, 11.569,00m2, valor de R$ 42.521.694,47 (fevereiro/14),* assentado pela turma julgadora, ainda, ser caso de preservar *o entendimento original*, mas modificar a r. sentença quanto aos juros moratórios.

Tratou-se, contudo, de evidente equívoco, pois é escorreito o entendimento original sobre não ser caso de incidirem juros compensatórios e/ou moratórios, porquanto, como bem indicou o I. Juízo de origem, *o valor integral da indenização foi depositado nos autos antes da imissão na posse do imóvel* (pág. 744).

Colhe-se de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça: *ao contrário do que ocorre na hipótese de fixação dos ônus sucumbenciais, a complementação do depósito efetuado para fins de imissão na posse, obtido mediante avaliação provisória, deve ser levado em consideração para se definir a base de cálculo dos juros compensatórios*[1].

Então, já em repetição, imitida a expropriante provisoriamente na posse após os depósitos, inicial e complementar, assim orienta o E. Superior Tribunal de Justiça*: a condenação ao pagamento de juros compensatórios e moratórios, na ação de desapropriação direta, deve ser afastada quando inexistir diferença entre a indenização fixada por sentença e o valor inicialmente ofertado, ou se essa diferença opera em favor do expropriante, porquanto o valor efetivamente devido já havia sido integralmente depositado no início da demanda*[2].

Dessarte, os embargantes têm razão quanto à contradição sobre o critério

1 **REsp 957.064/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 28.8.2007, DJ 1.10.2007, p. 253.**

2 **STJ, Ag. Reg. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no REsp. nº 1.055.152/PR, rel. Min. LUIZ FUX, DJe 25/05/2010. Precedentes daquela C. Corte: Resp. nº 886.258/DF, DJ. 02.04.2007; REsp. nº 835.540/MA, rel. Min. LUIZ FUX, DJ 15.10.2007; Resp. nº 717.356/MT, DJ. 04.06.2007; Resp. nº 780542/MT, DJ. 28.08.2006.**

Acesso ao Sumário

fixado para juros, agora corrigido para constar da ementa e da parte dispositiva do v. acórdão não serem devidos juros compensatórios e/ou moratórios, pelos fundamentos acima expostos, mantido o julgamento quanto ao mais.

Embargos acolhidos.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1004968-75.2017.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido PEDRO DE SÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.140)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2018.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de Segurança. Acidente de trânsito. Condutor que se evade do local sem providenciar socorro à vítima. Instauração de procedimento administrativo para a suspensão do direito de dirigir. Art.3º, II, da Resolução Contran 182/2005 e art. 176, I, do CTB. Procedimento instaurado face ao proprietário do veículo, muito embora já identificado o real condutor no momento do acidente. Arbitrariedade e ilegalidade suficientemente demonstradas pela prova pré-constituída existente nos autos. Confirmação da r. sentença que determinou o cancelamento e exclusão do Processo Administrativo nº 1.881-8/2016 do prontuário de condutor do impetrante. Recurso oficial não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **reexame necessário** contra a r. sentença de **fls. 64/67 e 73/74**, que julgou procedente a ação mandamental impetrada por **PEDRO DE SÁ** em face de ato coator praticado pelo **SENHOR DIRETOR DA 14ª CIRETRAN DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP**, para conceder a segurança para cancelar e excluir o Processo Administrativo nº 1.881-8/2016 do prontuário de condutor do impetrante. A liminar foi deferida na r. sentença, sem condenação das partes ao pagamento de honorários, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Não houve interposição de recurso voluntário, sendo determinada a remessa dos autos à Corte 'ad quem' para fins de cumprimento do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Cumpre ainda observar que a autoridade impetrada prestou informações a **fls. 42/53. É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. O reexame necessário não merece ser provido, mantida incólume a r. sentença 'a quo' proferida.

2. O autor, **PEDRO DE SÁ**, impetrou o presente 'writ' alegando, em síntese, que é proprietário do veículo VW Kombi Ambulância, placas DDR 5520, e que em 06/04/2016, seu irmão **NILDO DOS SANTOS**, dirigindo o veículo, envolveu-se em acidente de trânsito e se evadiu do local. Considerando-se o domínio do automóvel, foi inicialmente lavrado o **AIT 3B8404341 em nome do impetrante (fl. 19 e 21)**, porém, mais tarde, expedida a ordem de identificação do verdadeiro condutor, o irmão do impetrante foi identificado e confessou o crime. Note, ademais, que o processo crime pelo delito de não prestação de socorro foi arquivado.

2.1. Sucede que após todo o ocorrido, o DETRAN/SP instaurou o **processo administrativo nº 1.881-8/2016** em face do impetrante, com fundamento nos artigos 3º, II, da Resolução Contran 182/2005 e 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro, que impõem, quando interpretados em conjunto, a suspensão do direito de dirigir **(vide fls. 25/26 e 42/53).** E não obtido o cancelamento do processo na via administrativa, outra alternativa não restou ao autor senão ingressar com o presente 'writ' para a tutela do seu direito líquido e certo, medida deferida pela r. sentença concessiva da segurança.

3. Nada a alterar no r. 'decisum' proferido monocraticamente. Como se nota da documentação que instrui o 'mandamus', a infração cometida em 06/04/2016 teve como condutor **NILDO DOS SANTOS**, e não o impetrante. Nesse sentido, clarividente o termo de declarações constante a **fls. 13**, no qual consta que o condutor **NILDO**, pegando o veículo pertencente a seu irmão **PEDRO**, e sem autorização deste, envolveu-se em acidente de trânsito e após a colisão, evadiu-se do local. Tanto que a representação ofertada na esfera criminal

Acesso ao Sumário

foi feita em face de NILDO, não de Pedro **(fls. 14/15).** Assim, evidente que o processo administrativo para a suspensão do direito de dirigir do impetrante veio maculado de vício, pelo que correta a concessão da segurança havida nos autos.

4. O **artigo 3º, II, da Resolução Contran 182/2005** estabelece, 'in verbis':

> **"Art. 3º** A penalidade de suspensão do direito de dirigir será imposta nos seguintes casos:
>
> I - sempre que o infrator atingir a contagem de vinte pontos, no período de 12 (doze) meses;
>
> II - por transgressão às normas estabelecidas no CTB, cujas infrações prevêem, de forma específica, a penalidade de suspensão do direito de dirigir."

4.1. E o **artigo 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro**, preconiza:

> "Art. 176. Deixar o condutor envolvido em acidente com vítima:
>
> I – de prestar ou providenciar socorro à vítima, podendo fazê-lo;"

5. Assim, realmente, da leitura conjugada dos dispositivos, tem-se que o condutor que pratica a infração de evasão do local do acidente sem providenciar socorro à vítima, dá ensejo à instauração de procedimento administrativo para a suspensão de seu direito de dirigir. Até aí nenhuma mácula no entendimento da Administração. A **ilegalidade** reside no fato de ter-se instaurado procedimento contra quem é o proprietário do veículo, o impetrante **PEDRO**, quando **já identificado o real condutor no momento do acidente, quem seja, NILDO**. E nesse sentido, suficiente demonstração por meio da prova pré-constituída existente nos autos.

6. Nesse contexto, porque ilegal e arbitrária a instauração de procedimento administrativo para a suspensão do direito de dirigir do impetrante, que sequer praticou a infração em voga, autorizada a tutela do direito líquido e certo, pelo que certeira a r. sentença que determinou o cancelamento e exclusão do Processo Administrativo nº 1.881-8/2016 do seu prontuário de condutor.

7. Ante o exposto, por meu voto, nego provimento ao recurso oficial, mantida incólume a r. sentença 'a quo'.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1026809-80.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido RODRIGO ANTONIO LOPES RODRIGUES.

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 17.341)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 8 de março de 2018.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CNH. Cometimento de infração grave por terceira pessoa na condução de veículo de propriedade do impetrante. Indicação da condutora do veículo no momento da infração. Infração de trânsito cometida na condução de veículo que não pode ser imputada ao impetrante na espécie. Impetrada deixou de apresentar informações, mesmo tendo sido intimada. Inteligência dos art. 257, § 3º, do CTB. Precedentes. Reexame necessário improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário da r. sentença de fls. 46/48 que concedeu a segurança impetrada por Rodrigo Antônio Lopes Rodrigues em face de ato praticado pelo Diretor do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo em Santos, para anular do prontuário do impetrante os pontos referentes à autuação nº 5A5616557, datada de 30/04/2017, impedindo a autoridade impetrada de iniciar qualquer procedimento administrativo contra o autor por conta desta pontuação, ratificando a liminar, facultando a transferência da pontuação para o prontuário de Iracema Lopes da Cruz Rodrigues.

Ausente recurso das partes vieram os autos para reexame necessário.

É o relatório.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Recorrido visando a anulação do seu prontuário dos pontos referentes à autuação nº 5A5616557, datada de 30/04/2017, bem como impedir a autoridade impetrada de iniciar qualquer procedimento administrativo contra o autor por conta desta pontuação, solicitando a transferência da pontuação para o prontuário de Iracema Lopes da Cruz Rodrigues.

Acesso ao Sumário

Segundo consta, o Recorrido é proprietário do veículo Renault Megane, placas EPY 8908, e recebeu notificação de autuação de infração de trânsito na Rodovia dos Imigrantes, na data de 30.04.2017 (cf.fls.12).

Narra que na referida data sua genitora, Iracema Lopes da Cruz Rodrigues, utilizou o veículo para ir a São Paulo, indicando-a, dentro do prazo legal, como a condutora do veículo no momento da infração.

Contudo, foi atribuída ao autor a pontuação pela referida infração.

2. Dispõe o art. 257, § 3º, do CTB que:

> Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.
>
> [...]
>
> § 3º **Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo**."

Como se verifica a infração atribuída (transitar em velocidade superior a máxima permitida em até 20%) é cometida na **condução** do veículo, o que no caso dos autos não pode ser imputado ao impetrante, mas sim a terceiro indicado, muito embora o veículo fosse de sua propriedade.

Como se observa, no caso dos autos, **o impetrante identificou o condutor do veículo que cometeu a infração (sua genitora), bem como comprovou a postagem do documento e seu recebimento pela autoridade que elaborou a autuação (cf.fls.14/16), embora não haja provas da documentação enviada.**

Ademais, o impetrante pagou a multa atribuída ao seu veículo.

Contudo, a impetrada deixou de apresentar informações, mesmo tendo sido intimada (cf.fls.31, 36 e 37).

Como bem decidiu a r. sentença:

> De fato, verifica-se que a documentação encaminhada ao Município de São Paulo dentro do prazo previsto para indicação de condutor está irregular, pois sequer foi indicado o nº da CNH da sua genitora no formulário, em tese, condutora do veículo autuado, nem acostada cópia nos autos, de quem não se tem notícia de ser habilitada. Se tem notícia do envio pelos correios, mas não de todos os documentos que instruíram o expediente, exigidos por lei para que seja transferida a pontuação, requisitos estes expressos no próprio formulário.
>
> **No entanto, não parece razoável que, apesar da irregularidade sanável, se impute a penalidade referente à aplicação da pontuação ao autor, eis que se desincumbiu em comprovar o encaminhamento da documentação, ainda que incompleta, no prazo legal, principalmente, porque ele se mantem como responsável tributário pelo pagamento da multa.**

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, comprovado que a infração não foi cometida pelo impetrante, proprietário do veículo, não pode o órgão de trânsito atribuir a ele a pontuação pela infração.

Em casos análogos, assim decidiu este E. Tribunal de Justiça:

1048889-47.2016.8.26.0053

Reexame Necessário/Multas e demais Sanções

Relator(a): Borelli Thomaz

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 26/04/2017

Data de registro: 27/04/2017

Ementa: Mandado de segurança. **Lançamento de pontos relativos a infração de trânsito cometida por terceiro. Fato incontroverso. Exclusão da pontuação que se impõe. Reexame necessário desprovido.**

0044199-69.2008.8.26.

Classe/Assunto: Apelação/Indenização por Dano Moral

Relator(a): Isabel Cogan

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 19/06/2013

Data de publicação: 25/06/2013

Data de registro: 25/06/2013

Ementa: RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. Ação de reparação de danos morais embasada na negativa de renovação da CNH, em razão de indevidas multas de trânsito. Autor foi, indevidamente, indicado como o condutor infrator Indicação, contudo, foi resultado de fraude praticada por terceiros, só verificada nestes autos Fato que rompeu nexo de causalidade. Impedimento de renovação da validade da CNH não é plausível, **pois a indicação do condutor infrator se presta a possibilitar que o real infrator receba a pontuação correspondente em seu prontuário, mantendo-se como o responsável pelo pagamento da multa o proprietário do veículo - Documentos nos autos comprovam o pagamento das multas de trânsito**. Pontuação inserida no prontuário não era suficiente para impedir a revalidação da CNH. Ação julgada improcedente em 1º grau Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

9155339-23.2005.8.26.0000

Classe/Assunto: Apelação Com Revisão/Mandado De Segurança

Relator(a): Angelo Malanga

Comarca: São Paulo

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 11/08/2009

Data de registro: 04/09/2009

Outros números: 4185025200

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – **Multa de trânsito – Pontuação na CNH – Indicação de terceiro como condutor efetuada no prazo legal – Equívoco da Administração – Ocorrência – Recursos desprovidos.**

Assim, de rigor a manutenção da r. sentença.

4. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Isto posto, **o reexame necessário é conhecido, mas improvido**, ficando mantida na íntegra a r. sentença de fls. 46/48.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003355-02.2017.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIONIZIO DOS SANTOS MENINO NETO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, deram provimento parcial ao presente agravo, devendo ser providenciada condições para que o agravante execute atividade de trabalho ou estudo, respeitadas as condições do estabelecimento prisional em que se encontra provisoriamente detido", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.153)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Agravo em Execução – Advogado preso cautelarmente. Indeferido pedido de exercer atividade de trabalho, estudo e desportivas. Pretende seja assegurada prisão domiciliar, ante ausência de condições de trabalho, estudo e lazer; alternativamente, disponibilizadas instalações condignas com a sala de Estado Maior. Trabalho representa um direito do preso (art. 41, II, LEP). Preso provisório – trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado, no interior do estabelecimento prisional. Par ter direito ao trabalho e, por conseguinte, à remição da pena, por certo não deve ser exigido do agravante abdicar da prisão especial, decorrente da prerrogativa profissional. Possibilidade de desenvolver atividade de trabalho ou estudo, no interior de estabelecimento

Acesso ao Sumário

prisional, depende da Vara de Execuções Criminais. Agravo parcialmente provido para assegurar ao agravante execução de atividade de trabalho ou estudo, respeitadas as condições do estabelecimento prisional em que se encontra.

VOTO

Trata-se de agravo em execução que se insurge contra decisão, exarada pela ilustre magistrada Márcia Helena Bosch, que indeferiu pedido de exercer atividade de trabalho, estudo e atividades desportivas (fls. 21/23).

Postulam os ilustres defensores seja assegurada a prisão domiciliar do agravante, em face da ausência de condições de trabalho, estudo e lazer, no estabelecimento prisional; alternativamente, *sejam disponibilizadas instalações e comodidades condignas com a sala de Estado Maior, para a implementação dos direitos do preso provisório com fundamento, para fins de prequestionamento, no art. 7º, V, primeira parte, da Lei 8.906/1994; arts. 2º, parágrafo único, 41, II, VII e XII, 126, caput, todos da Lei 7.210/1984; arts. 1º, III e 5º, caput e inciso XLVI, primeira parte, ambos da Constituição Federal*" (fls. 1/13).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 2485/2496), a decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 2497).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do agravo (fls. 2506/2511).

É o relatório.

O agravante *Dionizio dos Santos Menino Neto* cumpre pena privativa de liberdade que totaliza setenta e dois anos, quatro meses e quatorze dias de reclusão (fls. 2399/2401).

Na execução penal, devem ser observadas as garantias constitucionais do devido processo legal.

Como ensina Ada Pellegrini Grinover "*o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional" (...) assim, são incidentes jurisdicionais não somente os "grandes incidentes" (classicamente a suspensão condicional da pena e o livramento condicional) ou aquele que a lei assim rotula (na sistemática introduzida pela Lei de Execução Penal – lei n. 7210, de 11.7.1984 –, as conversões, o excesso e o regime de execução, a anistia e o indulto), mas todos os episódios judiciários em que o juiz é chamado a julgar, podendo até alterar a modalidade do título executivo*" (*A natureza jurídica da execução penal*, *in* Execução Penal-Lei 7210 de 11/07/84 - Mesas de Processo Penal, dout., jurisp. e súm. Coord.: Ada Pellegrini Grinover, Dante Busana, SP: Max Limonad, 1987, p. 10/11).

Não é por outro motivo que a eminente processualista observa: "*tratando-*

Acesso ao Sumário

se de uma fase do processo penal em que se realiza a individualização da pena, entende-se que a verificação concreta das situações que autorizam a modificação do título executivo deve resultar não somente de uma decisão judicial (nulla poena sine iudicio), mas sobretudo de um provimento resultante da observância das regras do "devido processo legal", de acordo com a previsão do art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República" (Ada Pellegrini Grinover. *O Processo em Evolução*. R.J: Forense Universitária, 1996, p. 262).

Na mesma direção, o ensinamento de Rogério Lauria Tucci: o princípio da legalidade na execução penal "*reclama estrita observância, não só do seu próprio conteúdo [da sentença penal condenatória], como das disposições legais e regulamentares atinentes ao respectivo procedimento*" (Rogério Lauria Tucci. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasilei*ro, SP: Saraiva, 1993, p. 299/300).

Dispõe o artigo 28, da Lei de Execução Penal: *o trabalho do condenado, como dever social e condição da dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva*. O trabalho representa um dever (art. 39, V, da LEP) e um direito do preso (art. 41, II, da LEP), que poderá ser realizado no exterior ou interior dos estabelecimentos penais.

O trabalho interno diz respeito à atividade laborativa, desenvolvida nas dependências do estabelecimento penal. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho, na medida de suas aptidões e capacidade (art. 31, *caput*, LEP).

Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado, no interior do estabelecimento prisional (art. 31, parágrafo único, LEP). Deverá observar a habilitação, a condição social e a condição futura do preso, bem como, as oportunidades oferecidas pelo mercado (art. 32, *caput*, da LEP). Respeitadas algumas situações: limitado tanto quanto possível o artesanato, sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo; os maiores de sessenta anos, os doentes ou deficientes físicos, poderão solicitar ocupação adequada à idade ou apropriada a seu estado (art. 32, §§ 1º, 2º e 3º, LEP). Fixadas as condições e horário de trabalho (art. 33, *caput*, LEP), inclusive para as atividades de serviço de conservação e manutenção do estabelecimento prisional (art. 33, parágrafo único, LEP).

De outra parte, tem o preso provisório, uma vez expedida a guia de recolhimento, em caráter provisório, a possibilidade de remir a pena. Tem a possibilidade de antecipar o tempo da condenação, agregando ao tempo da pena cumprida, os dias remidos pelo trabalho e estudo, cabendo à autoridade administrativa encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro, com informação dos dias trabalhados ou de horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

Acesso ao Sumário

Para ter assegurado o direito previsto, no artigo 7º, V, da Lei 8.906/94, por certo, não deve ser exigido do agravante abdicar dos demais direitos do preso provisório estabelecidos pela Lei de Execução Penal.

Nos termos do artigo 7º, V, da Lei 8.906/94, é direito público subjetivo de todo advogado, decorrente de prerrogativa profissional, enquanto não transitada em julgado decisão condenatória, a prisão especial, nos termos do artigo 295, VII, do Código de Processo Penal.

Assim, a possibilidade de desenvolvimento de atividade de trabalho, ou de estudo, no interior de estabelecimento prisional, em que o agravante se encontra detido, está a depender de providências, junto a Vara de Execução Criminal que, na medida do possível e respeitadas as condições, poderá viabilizar trabalho interno, ou mesmo, estudo, assegurando ao ora agravante condições para remir a pena.

Por conseguinte, deverá ser examinada a possibilidade de trabalhos, ainda que artesanais, ou atividade de estudo, que possam ser desenvolvidos no interior do estabelecimento prisional em questão, ou trabalhos que possam dar subsídios a entidades escolares e educativas ou assistências, ou mesmo, cursos à distância, sem prejuízo, desde logo da execução de atividades de manutenção do estabelecimento prisional (limpeza, jardinagem, horta etc).

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento parcial ao presente agravo, devendo ser providenciada condições para que o agravante execute atividade de trabalho ou estudo, respeitadas as condições do estabelecimento prisional em que se encontra provisoriamente detido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9001723-52.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUCIANO FERNANDES OLIVEIRA, é agravado 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.052)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JUVENAL DUARTE (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 1º de março de 2018.

Acesso ao Sumário

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: AGRAVO. Pretensão buscando o afastamento da anotação de envolvimento em facção criminosa. Impossibilidade. Informação em conformidade com a Resolução SAP nº 118/2013. Inexistência de irregularidades. Recurso improvido.

VOTO

Ingressa o agravante com o presente reclamo pretendendo reforma da r. decisão de fls. 26, que indeferiu o pedido de retificação do boletim informativo quanto à inserção do registro de envolvimento em facção criminosa.

Sustenta que a anotação é vaga, inexistindo procedimento administrativo para apurar a sua veracidade. Argumenta que a Resolução SAP nº 118/2013 afronta diretamente os princípios da presunção de inocência, devido processo legal e ampla defesa. Pleiteia o reconhecimento do excesso de execução, afastando-se a anotação de envolvimento em facção criminosa.

Foi contrariado o reclamo e mantida a decisão (fls. 35/40).

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo improvimento do agravo (fls. 35/40).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre anotar que a Resolução SAP Nº 118/2013, que determina a anotação no boletim informativo de envolvimento com facção criminosa, encontra-se em conformidade com a Constituição Federal, pois esta, através de seu artigo 24, inciso I e §2º, atribui ao Estado competência concorrente para legislar acerca de direito penitenciário, sendo-lhe conferido criar Departamentos Penitenciários delegando as atribuições que estabelecer com o intuito de supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais, consoante previsto nos artigos 73 e 74, da Lei de Execução Penal.

Logo, não há que se falar em ilegalidade da Resolução SAP 118/2013, que determina, em seu artigo 1º, que "*todos os expedientes que versam sobre progressão aos regimes semiaberto e aberto, livramento condicional, indulto, comutação de penas e saída temporária, em que são interessados presos do sistema penitenciário do Estado de São Paulo, além das informações que já são consignadas nos Boletins Informativos, a Direção da Unidade Penal que custodiá-lo deverá, também, mencionar se o requerente registra envolvimento com facções criminosas*".

Trata-se de providência necessária ao bom andamento da condução da execução da pena, vez que traz elementos indicativos da situação carcerária

Acesso ao Sumário

do sentenciado, de maneira que sopesado com outros aspectos, possui grande relevância como elemento de convicção na apreciação quanto aos benefícios executórios, bem como permite que o preso seja incluído em presídio diverso da sua facção rival, com fim de preservar-lhe a vida e a integridade física.

Ninguém ignora os vídeos encaminhados por *whatsapp* no ano passado, onde membros de facção rival decapitaram e mataram brutalmente presos de outra facção dentro de presídio no Amazonas e no Nordeste.

Deve-se ter em conta que essa anotação não vincula o magistrado, o qual formará sua convicção de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, conforme disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal.

No presente caso, em que pese os argumentos suscitados, a d. defesa não trouxe qualquer elemento capaz de contradizer a anotação de envolvimento em facção criminosa.

O agravante cumpre pena total de 34 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão pela prática de diversos delitos de roubo qualificado, sequestro e tráfico de entorpecentes, iniciando o cumprimento de suas reprimendas em 18 de abril de 1996 e com término previsto para 29 de outubro de 2033 (fls. 14/17).

Possui conturbado histórico prisional registrando 03 fugas do sistema prisional, nos anos de 1996, 1999 e 2000, sendo que esta última veio a gerar uma falta disciplinar de natureza grave em seu prontuário (fls. 15/19).

Não registra o desenvolvimento de qualquer atividade laborterápica ou educacional desde o ano de 2005, o que indica falta de assimilação da terapêutica penal e desinteresse ao retorno da vida produtiva em sociedade afastada da delinquência (fls. 19).

E como bem retratado pelo I. *Parquet*, o agravante permanece há anos em presídio destinado a integrantes do Primeiro Comando da Capital sem qualquer intercorrência.

Neste sentido, observa-se, de acordo com o Sistema de Inteligência das Informações, que o agravante permanece na Penitenciária de Presidente Wenceslau II desde 13 de dezembro de 2011.

Além disso, a manifestação apresentada pelo nobre diretor técnico da unidade prisional é clara quanto ao envolvimento do agravante em facção criminosa, conforme informações constantes no Sistema Fotocrim da Polícia Militar do Estado de São Paulo, o registro de uma fuga mediante resgate em rodovia, oportunidade em que houve troca de tiros com a escolta, além do aspecto de possuir bom convívio em penitenciária destinada a lideres e integrantes ativos de facção criminosa (fls. 61).

Assim, devidamente justificada a anotação do envolvimento do agravante em facção criminosa.

Por fim, vale destacar que as informações de inteligência, previstas na Resolução SAP 118/2013, são de suma importância para proteção do Estado e da sociedade, não podendo ser ocultadas do Juízo da Execução competente, vez que em sede de execução vige o princípio "in dubio pro societate".

Assim, deve ser mantida a decisão agravada.

Isso posto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0004088-19.2017.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ALEXANDRE LOPES REDIGOLO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.541)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 8 de março de 2018.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Progressão ao regime semiaberto – Recurso ministerial – Requisito objetivo não atingido – Decisão do Juiz *a quo* que determinou a progressão de forma antecipada e condicional – Impossibilidade – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a r. decisão de fls. 37/38 que, nos autos da execução penal nº 1.072.887, promoveu **ALEXANDRE LOPES REDIGOLO** ao regime semiaberto.

Pretende, com o presente recurso (fls. 01/07), a reconsideração da r. decisão agravada para que seja indeferido o pedido de progressão ao regime semiaberto, ante a ausência de previsão legal, bem como a ausência do requisito objetivo e da inviabilidade de aferição do requisito subjetivo.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento da contraminuta às fls. 43/46, mantida a decisão pelo juízo a quo (fl. 60), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo seu provimento (fls. 69/73).

É o relatório.

O recurso merece provimento.

O Juiz das Execuções, no dia **22 de maio de 2017**, ao homologar o cálculo de fls. 08/09, deferiu a progressão do sentenciado ao regime semiaberto, sob o fundamento de que "desde já, ***por celeridade e economia processual***, cujo cumprimento, por evidente, dar-se-á quando ***atingido o lapso temporal, eis que em data próxima***. O sentenciado cumpre pena em regime fechado e, conforme cálculo de penas (páginas 161/163), ***atingirá o lapso necessário à progressão ao regime semiaberto em 25/08/2018 (requisito objetivo), bem como possui bom comportamento carcerário, atestado pelo Boletim Informativo do sentenciado à página 165, e não praticou falta disciplinar de natureza grave (página 170), preenchendo assim o requisito subjetivo para o benefício.*** Ressalto que nova abertura de vista quando cumprido o lapso em nada alteraria a situação aqui apreciada, apenas postergando a análise do beneficio, quiçá, com deferimento posterior ao lapso devido; com anotação de que, por evidente, caso sobrevenha algum impedimento ao benefício ora deferido (quando de seu cumprimento), a matéria será novamente apreciada." (fls. 37).

Nota-se que o deferimento da progressão ao regime semiaberto antecipadamente, em mais de um ano, e condicional, não encontra amparo legal, em verdade representa violação à lei de regência.

Conforme muito bem sustenta o I. Promotor de Justiça, apesar do magistrado fundamentar tal decisão, buscando manter o controle Judicial, na verdade, ele transfere o mérito à autoridade administrativa.

A jurisdição é indelegável, pois, somente o magistrado é investido para tanto.

Ora, a alínea *b*, do inciso III, do artigo 66, da Lei de Execução Penal é clara ao dispor que compete ao Juiz da execução decidir sobre a progressão de regime, não prevendo nenhuma exceção.

Ademais, inadmissível a antecipação, pois a legislação pátria determina que o sentenciado vivencie primeiramente o regime pelo qual foi condenado, no caso o fechado, e, somente depois de transcorrido o prazo previsto em lei, o magistrado avalie o outro requisito, igualmente importante, denominado de subjetivo.

Neste será analisado não só o comportamento carcerário, mas, também, o prognóstico de não reincidência. E, diante das circunstâncias concretas do caso e da gravidade da conduta perpetrada pelo reeducando, a necessidade ou não, de

forma fundamentada, da realização do exame criminológico.

Portanto, antecipar a progressão, mesmo de forma condicional, influencia na correta avaliação do mérito.

Assim sendo e nestes termos, dá-se provimento ao recurso ministerial para sustar a progressão de regime outrora deferida de forma antecipada e cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0013192-29.2017.8.26.0026, da Comarca de Bauru, em que é agravante ALLAN CESAR CUSTODIO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso defensivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.215)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 15 de março de 2018.

SÉRGIO COELHO, Presidente e Relator

Ementa: Agravo em execução. Decisão homologatória de cálculo de penas. Recurso defensivo objetivando que seja fixado como termo inicial para a progressão subsequente a data em que o sentenciado resgatou o lapso de pena para a progressão ao regime intermediário. Acolhimento. Data-base para fins de progressão ao regime aberto que deve guardar correspondência com aquela em que foi implementado o requisito objetivo para a progressão anterior, de acordo com entendimento hodierno esposado pelos Tribunais Superiores e desta C. Câmara de Direito Criminal. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por Allan Cesar Custodio, contra a r. decisão de 15/16, que homologou o cálculo de penas copiado a fls. 10/11, reputando como termo inicial para a progressão ao regime aberto a data

Acesso ao Sumário

da decisão que lhe concedeu a progressão anterior.

Sustenta o sentenciado, por meio da combativa Defensoria Pública, que o termo inicial adotado na decisão combatida diverge de decisão proferida pelo STF, pela qual se estabeleceu como data- base para a progressão subsequente a data em que o sentenciado preencheu o lapso para a progressão ao regime intermediário, independente da data da decisão que deferiu referido benefício. Requer, nesses termos, a reforma da decisão combatida para determinar a retificação do cálculo de penas (fl. 02/05).

Regularmente processado e contrariado o agravo (fls. 20/23), o MM. Juiz de primeiro grau manteve a decisão recorrida (fl. 24). A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do agravo (fls. 34/37).

É o relatório, em síntese.

A pretensão defensiva deve ser acolhida, preservado o entendimento do MM. Juiz sentenciante.

Com efeito, embora já tenha me posicionado em sentido contrário, entendo, agora, após melhor refletir sobre o tema, que a data-base para fins de progressão ao regime aberto deve guardar correspondência com aquela em que foi implementado o requisito objetivo para a progressão anterior, de acordo com entendimento hodierno esposado pelos Tribunais Superiores.

A respeito, confira-se a orientação jurisprudencial do C. Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

"Habeas Corpus. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do habeas corpus a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. 4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data- base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida." (STF, HC 115.254/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 15/12/2015 – *g.n.*).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SUBSEQUENTE PROGRESSÃO DE REGIME. MARCO INICIAL. DATA EM QUE O REEDUCANDO PREENCHEU OS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA SEXTA TURMA. ADEQUAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA DO STF E DA QUINTA TURMA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Revisão da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte Superior, para alinhar-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da Quinta

Acesso ao Sumário

Turma de modo a fixar, como data-base para subsequente progressão de regime, aquela em que o reeducando preencheu os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal e não aquela em que o Juízo das Execuções deferiu o benefício. 2. Consoante o recente entendimento do Supremo Tribunal, a decisão do Juízo das Execuções, que defere a progressão de regime - reconhecendo o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo da lei (art. 112 da LEP)

- é declaratória, e não constitutiva. Embora se espere celeridade da análise do pedido, é cediço que a providência jurisdicional, por vezes - como na espécie - demora meses para ser implementada. 3. Não se pode desconsiderar, em prejuízo do reeducando, o período em que permaneceu cumprindo pena enquanto o Judiciário analisava seu requerimento de progressão. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais" (STJ, HC 369.774/RS, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, j. 22/11/2016).

Nesse sentido, ainda, o entendimento desta C. 9ª Câmara de Direito Criminal:

"Ementa: Agravo em Execução Penal – Decisão homologatória de cálculos da pena – Data-base para progressão de regime – Alteração de entendimento do Col. Supremo Tribunal Federal e do E. Superior Tribunal de Justiça – Decisão que concede a progressão de regime que tem caráter homologatório e não constitutivo – Data-base que deve ser contada do dia em que adquirido o direito ao benefício e não da data de sua implementação – Reforma da r. decisão – Agravo provido." (Agravo de Execução Penal nº 0000654-61.2017.8.26.0496, Relator Desembargador Costabile e Solimene, j. 04/05/2017).

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PRETENDIDA A REFORMA DA DECISÃO QUE HOMOLOGOU OS CÁLCULOS DE EXECUÇÃO PENAL QUE CONSIDERARAM A DATA-BASE PARA A NOVA PROGRESSÃO DE REGIME A DATA EM QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO AO REGIME INTERMEDIÁRIO - CONFORME PRECEDENTES DESTA EG. 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL, NA EXECUÇÃO DA PENA, O MARCO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME SERÁ A DATA EM QUE O APENADO PREENCHER OS REQUISITOS LEGAIS (ART. 112, LEP), E NÃO A DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA NO REGIME ANTERIOR - A DECISÃO QUE DEFERE A PROGRESSÃO DE REGIME TEM NATUREZA DECLARATÓRIA, E NÃO CONSTITUTIVA - PRECEDENTES DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo de Execução Penal nº 0003214-34.2017.8.26.0509, Relator Desembargador Amaro Thomé, j. 30/11/2017).

Nesse contexto, deve ser retificado o cálculo de liquidação de penas do agravante, para que seja fixado como termo inicial para a progressão ao regime aberto a data em que foi preenchido o lapso para a progressão ao regime anterior.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso defensivo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0003217-86.2017.8.26.0509, da Comarca de José Bonifácio, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MAIKON AUGUSTO TEIXEIRA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, para cassar a progressão anteriormente concedida a Maikon Augusto Teixeira, por falta de requisito objetivo, devendo o agravado retornar ao regime anterior. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 15 de março de 2018.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Decisão que deferiu ao reeducando a progressão ao regime aberto, sob o fundamento de que o termo inicial para a concessão desse benefício é a data em que o sentenciado preencheu os requisitos legais do art. 112 da LEP – Recurso Ministerial – Postula a cassação da benesse, argumentando que a data base para a progressão ao regime aberto é a data do efetivo ingresso no regime anterior, e não o dia em que o apenado atingiu o direito a progredir para o intermediário – Procedência – Inteligência do artigo 112 da LEP – Necessidade de aferição do mérito do sentenciado no regime em que se encontra, pelo tempo previsto na legislação, antes de sua promoção a regime menos gravoso – Impossibilidade de progressão por salto – De rigor a cassação da progressão – Decisão reformada – Agravo ministerial provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público,

contra a r. decisão de fls. 44/46, que progrediu Maikon Augusto Teixeira ao regime aberto, sob o fundamento de que o termo inicial para a concessão desse benefício é a data em que o sentenciado preencheu os requisitos legais do art. 112 da LEP (requisitos objetivo e subjetivo), e não aquela em que o Juízo das Execuções, em decisão declaratória, deferiu o benefício de progressão ao regime semiaberto.

O Ministério Público sustenta, em apertada síntese, que o reeducando não preencheu o requisito objetivo necessário à benesse em questão, eis que a data base para a progressão ao regime aberto é a data do efetivo ingresso no regime anterior, e não o dia em que o apenado atingiu o direito a progredir para o intermediário (fls. 01/07).

O recurso foi regularmente processado e contrariado pela defesa (fls. 50/56).

Em sede de juízo de retratação, a r. decisão foi mantida (fls. 58).

Em parecer, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 73/76).

É o relatório.

O recurso interposto pelo Ministério Público comporta provimento.

Não há que falar em contagem de tempo levando-se em consideração a data em que obteve o condenado direito ao benefício, sob pena de se autorizar a progressão "per saltum".

Insta salientar que, conforme o artigo 112 da LEP, a progressão de regime ocorre com a efetiva transferência do sentenciado ao regime mais brando, e não quando alcançou o lapso necessário (requisito objetivo), conforme erroneamente alega a defesa.

Com efeito, frisa-se que o atingimento do lapso temporal de 1/6 gera a expectativa do direito à progressão, desde que o condenado possua mérito para tanto. O requisito objetivo é o mínimo que a lei exige que se cumpra para que, então, seja analisado o requisito subjetivo do sentenciado. Como tal requisito é analisado quando da prolação da sentença que decide o pleito de progressão de regime, é esta a data que deve ser considerada, caso haja a concessão do benefício, como marco inicial para o cômputo do prazo para a obtenção.

Nesse sentido, confira-se o entendimento desta Egrégia Corte Bandeirante:

"Execução Penal – Progressão de regime prisional – Cálculo para fins de concessão da benesse – Data-base a ser considerada a partir da decisão que concedeu a progressão ao regime anterior – O termo inicial a ser adotado para fins de cálculo de progressão de regime não é a data em que o requisito objetivo foi preenchido pelo reeducando, mas sim o dia em que foi proferida sentença progredindo o sentenciado ao regime anterior. Tal decisão, ao analisar

Acesso ao Sumário

o preenchimento também do requisito subjetivo pelo condenado, possui cunho constitutivo, e não meramente declaratório de direito pré-existente" (TJSP – Rel. Des. Grassi Neto – 8ª Câmara Criminal – Agravo em execução penal nº 0005087-63.2017.8.26.0026 – j. 19/10/2017).

"Execução Penal. Deferimento de progressão ao regime semiaberto. Pleito para que a decisão retroaja à data em que o sentenciado alcançou o lapso temporal para a concessão do benefício. Inviabilidade. Inteligência do artigo 112, da LEP. Necessidade de aferição do mérito do reeducando no regime em que se encontra, pelo tempo previsto na legislação, antes de sua promoção a regime menos gravoso. Agravo improvido" (TJSP – Rel. Des. Pinheiro Franco – 5ª Câmara Criminal – Agravo em execução penal nº 0007799-60.2016.8.26.0026 – j. 09/02/2017).

Logo, de rigor a cassação do r. *decisum*, porque, levando-se em conta a data da decisão como termo "a quo", é certo que o reeducando ainda não atingiu o lapso temporal necessário à progressão prisional, estando ausente, portanto, o requisito objetivo.

Via de consequência, DOU PROVIMENTO ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público, para cassar a progressão anteriormente concedida a Maikon Augusto Teixeira, por falta de requisito objetivo, devendo o agravado retornar ao regime anterior.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005893-37.2014.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado IGOR LUCAS DOS SANTOS.

ACORDAM, em 12ª 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 36.172)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

VICO MAÑAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Lesão corporal gravíssima – Absolvição – Manutenção – Tatuagem – Ausência de dolo.
Não provimento ao recurso ministerial.

VOTO

Igor Lucas dos Santos foi absolvido pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia da imputação de estar incurso na pena do art. 129, § 2º, IV, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, apela o representante do Ministério Público. Postula a condenação nos termos da inicial, pois suficientes as provas para tanto.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 199/202), a D. Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Consta da denúncia que, em 29 de abril de 2014, sem autorização dos responsáveis, o apelante tatuou a adolescente Jaqueline Gabriela de Oliveira, assim causando-lhe as lesões corporais de natureza gravíssima descritas no laudo de fls. 16/17.

Interrogado, o acusado disse que a vítima e suas amigas frequentavam o estúdio em que trabalhava como tatuador. Na data dos fatos, atuava na própria residência. A ofendida o procurou para fazer tatuagem na companhia de tia chamada Jade e, por isso, atendeu ao pedido sem exigir documentação. Tatuava adolescentes, desde que acompanhados por responsáveis.

Em juízo, Jaqueline declarou que visitou o estabelecimento do réu com amigas algumas vezes. A colega Priscila fez diversas tatuagens no local e sempre observou o procedimento. Sonhava em também se tatuar. Em abril de 2014, seguiu até residência de Igor e solicitou que tatuasse trecho de música na costela. Coincidentemente, lá encontrou a prima Jade, à época com 24 anos. Ela não se apresentou como sua responsável. Acredita que o recorrente sabia ser menor. Posteriormente, os pais descobriram o sinal e ficaram aborrecidos. No entanto, tinha consciência do ato e não se arrepende. Mantém a tatuagem e não pretende retirá-la.

José Carlos Garcia de Oliveira, genitor da vítima, afirmou que não autorizou o procedimento. Jaqueline esteve na residência do tatuador acompanhada por amiga. Algum tempo depois, ao notar a marca no corpo da ofendida, procurou a delegacia. Confrontou o acusado e ele disse que já tatuara menores. Não sabe se a filha ainda tem a tatuagem ou se fez outras.

Laudo aponta a "presença de lesão punctória (tatuagem) em região gradil

Acesso ao Sumário

costal (dorso lateral) à esquerda, de aproximadamente doze centímetros" (fls. 16/17).

Nesse cenário, a absolvição era mesmo de rigor.

Conforme se depreende da prova oral, ao tatuar adolescente com o consentimento desta, o réu não agiu com a intenção de ofender sua integridade corporal e saúde, elemento necessário para a configuração do delito imputado na denúncia.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que "a conduta típica do crime de lesão corporal consiste em ofender, isto é, *lesar, ferir a integridade corporal ou a saúde de outrem*. Ofensa à integridade corporal compreende a alteração, anatômica ou funcional, interna ou externa, do corpo humano, como, por exemplo, equimoses, luxações, mutilações, fraturas etc. Ofensa à saúde compreende a alteração de funções fisiológicas do organismo ou perturbação psíquica" (Tratado de Direito Penal - Volume 2, Editora Saraiva, 2012, pgs. 463/464)

A marca resultante da tatuagem, ainda que provoque modificação corporal, tem como finalidade adorná-lo. A própria ofendida revelou orgulhar-se dos versos tatuados e o desejo de mantê-los gravados na costela. Logo, ausente qualquer sentimento de desagrado ou sensação vexatória, não se pode falar em deformidade permanente.

Apreciando o tema, Júlio Fabbrini Mirabete destaca que "a deformidade é o prejuízo estético, adquirido, visível, indelével ao corpo do ofendido. Deve haver uma modificação que cause dano estético de certa monta e capaz de causar impressão de desagrado, vexatório para a vítima" (Código Penal Interpretado, Atlas, 2003, pg. 882).

A jurisprudência, na mesma linha, tem salientado que "só resulta deformidade quando a lesão causa impressão de desagrado, de repulsa ou piedade" (RT 529/369).

Em julgamento de caso análogo, este E. Tribunal de Justiça conclui que "o réu não agiu com 'animus laedendi', e também não causou, de forma culposa ou dolosa, um dos resultados previstos no tipo do artigo 129, parágrafo 2º, do Código Penal. Trata-se de conduta social e culturalmente aceitas a perfuração de lóbulos das orelhas para a colocação de brincos ou apetrechos similares, a tatuagem estética de embelezamento etc. Não existe ofensa à objetividade jurídica tutelada pelo tipo penal previsto no artigo 129 do Código Penal." (Apelação nº 0004251-43.2013.8.26.0281, Relator Maurício Valala, j. 25.03.2015).

Anote-se que, mesmo com quatorze anos à época dos fatos, não se pode ignorar a aquiescência da ofendida para a realização da tatuagem. Consoante destacado pelo Magistrado, cuida-se de adolescente, "pessoa dotada, portanto, de relativo discernimento, ao contrário da criança" (fl. 170).

Acerca do consentimento da vítima nos crimes de lesões corporais,

Acesso ao Sumário

Guilherme Nucci leciona que "perfeitamente aplicável como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Não se pode mais conceber o corpo humano como bem absolutamente indisponível, pois a realidade desmente a teoria. É verdade que o Estado deve zelar pela vida humana, indisponível que é, além da integridade física, embora sem jamais desconhecer que a evolução dos costumes e da própria ciência traz modificações importantes nesse cenário. Atualmente, as práticas estão a demonstrar que o ser humano dispõe, no dia a dia, de sua integridade física, colocando-se em situações de risco de propósito ou submetendo-se a lesões desejadas. Do mesmo modo, não deve o Estado imiscuir-se na vida íntima das pessoas" (Código Penal Comentado, Editora Forense, 2017, pg. 474).

Por fim, vale lembrar que as normas penais devem ser empregadas como "ultima ratio", orientadas pelos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, incidindo apenas na medida necessária para a proteção de bens jurídicos relevantes.

Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001314-27.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante R.M.R., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento à apelação, a fim de desclassificar a conduta do apelante para o tipo do art. 129, §9º, do CP, e, por conseguinte, reduzir sua pena para 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, mantida a suspensão condicional da pena e, no mais, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.366)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 7 de março de 2018.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Lesão corporal grave. Art. 129, §1º, III, do CP. Preliminar de nulidade, decorrente do não acolhimento da conversão do julgamento em diligência para intimação do réu, não acolhida.

Acesso ao Sumário

Réu que, citado pessoalmente, mudou de endereço sem comunicar ao juízo. Art. 367 do CPP. Autoria bem comprovada por meio da prova oral, que, ao contrário do alegado, não se mostrou contraditória. Desclassificação delitiva, para o crime do art. 129, §9º, do CP. Prova que revela a inexistência de debilidade permanente na função mastigatória. Art. 383 do CPP. Pena reduzida. Preliminar rejeitada e recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por R.M.R. (fls. 161/173) em face da r. sentença de fls. 131/135, que o condenou pela prática do crime de lesão corporal grave (art. 129, §§1º e 10 do Código Penal – CP), impondo-lhe a pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, reprimenda suspensa condicionalmente (cf. art. 77 do CP).

Aduz o apelante, preliminarmente, que há nulidade, em razão do indeferimento do pleito de sua intimação para comparecer à audiência de instrução, ressaltando que a ausência de interrogatório resultou cerceamento de defesa.

No mérito, questiona as palavras da vítima e das testemunhas, aduzindo que são contraditórias, e pugna por sua absolvição, por falta de provas, ressaltando que as lesões podem ter sido acidentais.

Subsidiariamente, requer o afastamento da qualificadora correspondente à debilidade permanente da função mastigatória.

Em contrarrazões o *parquet* pugnou pelo não provimento do apelo (fls. 176/183).

O parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça foi pelo não provimento do recurso (fls. 194/199), e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que, em 24 de janeiro de 2015, R.M.R. agrediu sua companheira, T.A.P., causando-lhe lesões corporais de natureza grave.

Narra-se que à época o casal estava separado e T. estava com a filha menor do casal na casa de seu irmão, sendo certo que R. lá apareceu e houve discussão, em razão de T. não deixar que ele levasse a criança, pois estava embriagado e conduzindo motocicleta.

Tem-se, então que R., exaltado, bateu em T. com socos, chutes, joelhadas e uso de seu capacete, causando-lhe lesões de natureza grave.

Ante tal quadro fático, R. foi denunciado pela prática de lesão corporal de

Acesso ao Sumário

natureza grave, sendo certo que, ao cabo de regular instrução processual penal, foi condenado, sendo a ele imposta a pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, reprimenda suspensa condicionalmente, razão pela qual se insurge.

E com parcial razão em seu inconformismo.

Preliminarmente, afasto a tese de nulidade. Considerando que o réu foi citado pessoalmente e posteriormente mudou de endereço sem comunicar ao juízo, era mesmo o caso de incidir o disposto no art. 367 do CPP, tornando-se desnecessária sua presença. Ademais, a vítima, que já reatou relacionamento com o réu, afirmou que ele, mesmo sabendo da audiência, não compareceu para não "perder" o dia de trabalho, o que demonstra a inexistência de motivo justificado.

Superada a preliminar, no mérito, atento que a materialidade delitiva restou comprovada por meio do laudo de fls. 34 e das fotografias de fls. 09/11, e a autoria confirmou-se cabalmente após a colheita da prova oral.

Com efeito, a vítima confirmou, em juízo, a veracidade dos fatos articulados na inicial acusatória, ressaltando que o apelante entrou na casa de sua cunhada e passou a agredi-la com socos e golpes com o capacete, inclusive quebrando seu dente, e disse que seu irmão e cunhada tentaram defende-la (v. mídia em anexo).

Em relato compatível com o da vítima, a testemunha J.P., irmão da vítima, disse que estava em casa, quando ouviu um barulho e foi verificar, vindo a encontrar a vítima desmaiada, com ferimento na cabeça, e o apelante ao lado, que lhe pediu desculpas. Confirma que levou a vítima ao hospital (v. mídia em anexo).

A testemunha S.H.P., cunhada a vítima, confirma que a acompanhou ao hospital, e também que o apelante entrou em sua casa, no dia dos fatos (v. mídia em anexo).

Como se vê, não há incongruências substanciais entre os relatos da vítima e testemunhas, sendo certo que nada é mais natural que alguns detalhes sejam relatados sob perspectivas diversas, levando em conta, também, o transcurso do tempo entre os fatos e a audiência de instrução.

O fato é que todos relatam que a vítima foi agredida fisicamente pelo réu, e não há razões para supor que, mancomunados, estão a tentar, gratuitamente, a imposição de crime ao apelante, considerando também que vítima e réu já reataram relacionamento amoroso.

Ademais, sobre a validade do relato da vítima, atento que se sabe que "***Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que são cometidos, em sua grande maioria, às escondidas, sem a presença de testemunhas***" (HC 385.290/RS,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Felix Fischer, C. 5ª Turma, j. 06/04/2017), e, no caso, repise-se, esta foi confirmada pelo restante da prova oral, não sendo o caso, em absoluto, de absolvição por falta de provas, sendo certo que a estapafúrdia tese de que a vítima poderia ter sido vítima de lesão acidental é totalmente destoante do laudo de fls. 34 e de toda a prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

Bem firmadas a autoria e materialidade delitivas, passo à análise da dosimetria de pena, ponto que, de início, merece reparos.

A bem da verdade, não restou comprovada a debilidade permanente, necessária à configuração da qualificadora do §1º, do art. 129, do CP. A vítima disse em juízo que não tem dificuldades para comer, e que já reparou os danos causados em seu dente, de tal maneira que não se pode concluir pela incidência de qualquer das causas do §1º do art. 129, do CP, sendo o caso de desclassificação delitiva (cf. art. 383 do CPP) para o crime de lesões corporais em âmbito doméstico (art. 129, §9º, do CP). Ademais, o laudo de fls. 34 menciona "*debilidade permanente do dente fraturado*", de tal maneira que não houve afetação à função mastigatória, e a permanência atestada no laudo caiu por terra quando a própria vítima confirmou em juízo sua restauração.

Nessa linha, observo que a pena-base foi fixada em seu mínimo legal, em que pese, na visão desta Relatoria, fosse o caso de incremento da pena, considerando as peculiaridades do caso, especialmente o fato de ter sido usado um capacete na agressão e também de esta ter sido cometida na frente da filha menor do casal. Todavia, em respeito à vedação à *reformatio in pejus*, mantém-se a pena no mínimo legal, que passa a ser de 03 (três) meses de detenção, considerando a reclassificação delitiva.

Na segunda fase, nada a ser valorado.

Na terceira e última fase, atento que igualmente não há o que ponderar, considerando novamente o reenquadramento legal dos fatos, chegando-se a uma pena final de 03 (três) meses de detenção.

O regime inicial aberto fica mantido, assim como a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP), nos exatos termos estabelecidos na r. sentença.

Ante o exposto, **REJEITA-SE A PRELIMINAR** e **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** à presente apelação, nos termos da fundamentação esposada, a fim de desclassificar a conduta do apelante para o tipo do art. 129, §9º, do CP, e, por conseguinte, reduzir sua pena para 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, mantida a suspensão condicional da pena e, no mais, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0017724-18.2010.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DARIO ROBSON DE SOUZA e RAIMUNDO NUNES SOARES, 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 aos recursos interpostos. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.345)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), LAURO MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 1º de março de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: USO DE SINAL IDENTIFICADOR DE ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMNISTRAÇÃO PÚBLICA – ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade – Emprego de sinais distintivos devidamente provados – Dolo demonstrado – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 252 e s.), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescentar que se trata de recurso de apelação interposto por **DARIO ROBSON DE SOUZA** e **RAIMUNDO NUNES SOARES**, inconformados com a decisão que condenou cada um às penas de 2 anos de reclusão, no regime inicial fechado, além de 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 296, § 1º, inciso III, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, fixada em um salário mínimo.

Dario (fls. 267/273), em suas razões, requer sua absolvição, sustentando não ter ciência da irregularidade do veículo por ele conduzido, bem como que o automóvel não carregava o logotipo da *EMTU*. Como tese subsidiária, pleiteia a desclassificação da imputação para o artigo 345, do Código Penal.

Já **Raimundo** (fls. 286/294), por sua vez, persegue sua absolvição por carência probatória. Como seu corréu, também afirma que o veículo não ostentava qualquer logotipo. Partindo disso, defende, entende-se, a ocorrência

Acesso ao Sumário

de crime impossível por absoluta impropriedade do meio, incapaz de abalar a fé pública. Como tese alternativa, afirma que não houve uso indevido do sinal identificador. Prossegue sustentando a existência de erro de ilicitude. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação da imputação para o artigo 61, do Decreto-Lei nº 3.688/41.

As contrarrazões foram ofertadas (fls. 296/298) e a Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos (fls. 303/307).

É o relato do necessário.

Narra a denúncia que os apelantes, em dia anterior a 16 de dezembro de 2009, fizeram uso indevido de logotipo e símbolos identificadores da empresa EMTU, empregando-os em um veículo usado no transporte irregular de passageiros.

Inicia-se com o exame da prova pericial.

O laudo de fls. 113/115 ratifica o uso de adesivo compondo a palavra "Metropolitano", além de vestígios de cola de dois adesivos retangulares, retirados recentemente de ambos os flancos do veículo, das superfícies dos terços posteriores.

Outrossim, o relatório de fiscalização, trazido a fls. 11, firma que o veículo era "caracterizado com as cores do sistema RTO".

Luiz Pereira Pires (fls. 215/216) afirmou que a empresa "Luar do Sertão Turismo" (à qual seria registrada a propriedade do veículo) pertence a ele e mais três sócios. Fez um contrato com uma moça, de nome, Dilcineia para a atividade de turismo. Dilcinéia era a real proprietária do veículo, mas o registrou como de propriedade da empresa. Enquanto prestava serviços para Luiz, o automóvel não estava com a caracterização encontrada quando de sua apreensão.

Edson Nogueira Gonçalves (fls. 217/218), agente fiscal da EMTU, disse que notou o veículo conduzido por **Dario** e que continha todos os emblemas da EMTU. Chamou-lhe a atenção o prefixo, que sabia ser inexistente. Feita pesquisa perante a EMTU, soube que o veículo não possuía qualquer registro. **Raimundo**, ao que se recorda, era cobrador. **Dario**, no momento da inspeção, disse saber da irregularidade (todavia, o disse com as palavras "o que que a gente vai fazer preciso trabalhar"). Questionado, esclareceu que as cores do automóvel correspondiam às obrigatórias pela empresa metropolitana.

Ademilson de Paiva (fls. 219/220), também agente fiscal, manifestou-se em síntese no mesmo sentido, esclarecendo que o logotipo da EMTU encontra-se no capô do carro, como exposto a fls. 15. Questionado, disse que faltava, no veículo, a inscrição da sigla EMTU abaixo da tarja vermelha. As cores são idênticas ao veículo oficial. O réu disse que não possuía a CRO para exercer a atividade.

Ademir Pires Campos (fls. 247/248), fiscal junto à linha de ônibus em que

Acesso ao Sumário

os réus foram presos, disse que o automóvel era de propriedade de **Raimundo**. Para iniciar o trabalho na linha, é necessária a obtenção de C.R.O. (uma autorização perante a EMTU), documento que **Raimundo** possuía. O carro tinha o logotipo da EMTU. Observando as fotografias de fls. 14/15, disse nunca ter visto o veículo em uso na linha de ônibus.

Renan Souza Andrade (fls. 249) disse que laborava como cobrador, contratado por **Raimundo**. Não sabe da relação entre **Dario** e **Raimundo.**

Dario, em juízo (fls. 250/251), disse que **Raimundo**, proprietário do veículo, lhe contratou aproximadamente dois meses antes da apreensão. Sabia que quando fora trabalhar para **Raimundo** ele havia perdido o "C.R.O." por falta de documentação, mas obteve decisão liminar, em juízo, que apresentava ao fiscal para que pudesse trabalhar.

Na fase inquisitiva (fls. 86/88), afirmou que de fato dirigia o supramencionado veículo, sendo que naquele dia fazia sua primeira viagem com ele. Abordado pela fiscalização da EMTU e polícia militar, foi-lhe solicitada a documentação do veículo. Afirmou que o automóvel carregava as cores oficiais para transporte de passageiros. O automóvel era de propriedade de **Raimundo**, que lhe disse acerca de eventual irregularidade com o carro.

Raimundo, posto que revel, foi ouvido apenas perante a autoridade policial (fls. 137/138). Naquela oportunidade, disse que ambos, **Dario** e ele, diante das dificuldades para a regularização do automóvel, colaram as faixas azul, vermelha e branca no carro, sabendo de sua irregularidade. Alegou, todavia, que acreditava que pelo fato do veículo ser cadastrado na EMTU não "tinha tantos problemas". Alegou que **Dario** levou o carro e retornou com as cores já oficiais.

Essas as provas dos autos.

Diante das teses defensivas apresentadas, parte-se do exame da materialidade delitiva.

O tipo penal em apreço, e a narrativa da denúncia, trazem em seu bojo, no que concerne ao caso concreto, o uso indevido de logotipos ou *qualquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública*.

No caso concreto, de fato não há no veículo apreendido logotipo com as letras EMTU (e tampouco brasão da empresa), como bem ressaltado pelas Defesas técnicas. Entretanto, o automóvel ostentava gama de cores distintiva e empregada pela empresa em questão, além do uso característico da palavra "metropolitano", acompanhada de três tarjas nas cores branca e vermelha.

Tais elementos, quando insertos em conjunto e dispostos da maneira encontrada no carro mencionado, constituem símbolo identificador da já mencionada empresa. Nesse sentido caminhou também a prova testemunhal,

Acesso ao Sumário

com a ratificação trazida pelos fiscais Edson e Ademilson.

Ainda no exame da materialidade do crime, não se nota a ocorrência de crime impossível, seja diante do fato do apelante Dario efetivamente conduzir o automóvel com passageiros (excedendo, ainda, o limite máximo), que criam embarcar em veículo regularizado, seja diante da manifestação do fiscal Edson, que expos de modo claro que a irregularidade do veículo foi percebida somente diante de seu conhecimento especializado, não sendo detectável pelo *bonus pater família.*

Pondo fim a essa matéria, o *uso indevido* decorre do emprego dos sinais distintivos em veículo não apto a portá-los, com o intuito de, ilicitamente, fazer uso do automóvel para transporte de passageiros, enganando-os, como já dito, quanto à regularidade do serviço.

Firmada essa premissa, a autoria também emana, de modo claro, dos autos.

De início, não há como se desconsiderar a confissão do réu **Raimundo**. De fato, sua revelia não milita em seu desfavor (como também destacado pela Defesa); entretanto, ela significa que o apelante não alterou a versão por ele trazida quando ouvido (não havendo qualquer demonstração desse intento).

Em atenção às razões recursais, de todo modo, cabe mencionar que não se nota contradição essencial em suas palavras, sendo irrelevante, para a resolução da questão, que um dos réus sustente que trafegavam com o automóvel há pouco tempo e o outro que o faziam há longa data.

Outrossim, suas palavras acabam por se unir ao restante do conjunto probatório, mormente às palavras dos fiscais, que expuseram a indicação da ciência da ilicitude por **Dario**, quando questionado. De igual sorte, a negativa desse apelante se viu carente de quaisquer provas. Como bem exposto pela r. sentença condenatória, o relato de Ademir acaba por caminhar de encontro à tese defensiva, expondo que o veículo apreendido não foi por ele visto, e que os fiscais não impediam o serviço pois o coletivo não ia ao ponto final. Tais cautelas, para evitar a fiscalização, acabam por indicar a ciência da irregularidade do serviço prestado.

Tampouco se nota, quanto a **Raimundo**, a existência de erro de ilicitude. Esclarecedor o próprio interrogatório extrajudicial do réu, no qual ele afirmou que "de fato reconhece que era irregular, ou seja, clandestino", e que "neste ato reconhece que era uma fraude" (fls. 138). Apenas, aclara, acreditava que não haveria *tantos* problemas pelo carro ser registrado na EMTU. Desse modo, a tese defensiva é obstada pelas próprias palavras do apelante.

Quanto aos pleitos desclassificatórios.

Inicialmente, não há que se falar em exercício arbitrário das próprias razões (tese de **Dario**), posto que não houve qualquer demonstração da legitimidade

da pretensão. Outrossim, impossível a desclassificação para a contravenção penal prevista no artigo 61, da LCP, que se revela de todo dissociado dos fatos narrados. Ante a certa subsunção da conduta dos réus ao tipo penal pelo qual foram condenados, impossível a desclassificação pela isolada equidade defendida pelo apelante.

Assim, certo não somente o emprego de símbolos e sinais identificadores, mas também o dolo necessário à espécie. A condenação era mesmo de rigor.

A pena, por outro lado, foi fixada no mínimo legal e seguiu inalterada (cabível mencionar a disposição da súmula 231, do E. STJ, quanto a **Raimundo** e sua confissão) pelas três fases de cálculo. O regime imposto foi o mais brando, aberto, e a pena privativa de liberdade foi criteriosamente substituída por duas restritivas de direitos, contra as quais não se insurgiram os apelantes.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos interpostos. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004340-35.2017.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ JOAQUIM DE MIRANDA FILHO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do recurso e Deram provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.840)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 7 de março de 2018.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tribunal do Júri – Absolvição – Negativa de autoria – Recurso ministerial – Procedência – Situação peculiar – Única testemunha presencial – Reconhecimento por voz e porte físico do apelado – Apelado com mais de dois metros de altura – Testemunha ausente em plenário de julgamento – Prudência de se proceder a novo

Acesso ao Sumário

julgamento, providenciando-se a condução coercitiva da testemunha ausente – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público, em face de **JOSÉ JOAQUIM DE MIRANDA FILHO**, contra a sentença de fls. 689/690, por meio da qual, acolhendo a decisão do Conselho de Sentença, absolveu-o da imputação que lhe fora feita de infração ao art. 121, § 2º, I e IV, do CP.

Razões às fls. 696/698. Alega que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto certa a autoria delitiva, pugnando por nova submissão do apelado a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Devidamente processado e contrarrazoado por **JOSÉ** às fls. 701/703. Manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer às fls. 716/719, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

JOSÉ JOAQUIM DE MIRANDA FILHO foi denunciado porque, juntamente com MANOEL MESSIAS TEIXEIRA e outros indivíduos não identificados, matou Júlio César Virginio.

Dispõe o art. 593, III, "d", do CPP, que cabe recurso de apelação quando "*for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*".

Manifestamente contrária é aquela decisão que não poderia ser dada em hipótese alguma, porquanto sem respaldo probatório.

Neste sentido:

> "Os jurados têm inteira liberdade de julgar, e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões. **Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo**" (Código de Processo Penal comentado, Fernando da Costa Tourinho Filho, ed. Saraiva, 1999, vol.2, pág. 319).

Significa dizer, havendo o mínimo de respaldo probatório para a decisão do Conselho de Sentença, não há que se falar em nova submissão do réu a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Com a devida vênia, de rigor nova submissão de **JOSÉ** a novo julgamento pelo Tribunal do Júri diante da prova apresentada aos autos.

Ivani Regina da Silva, testemunha ouvida em primeira fase do procedimento especial do júri às fls. 510/512, mostrando-se bem temerosa e não querendo se manifestar sobre os fatos, esclareceu que ouviu os disparos de arma de fogo que vitimaram Júlio e passou em frente a um grupo de rapazes. Estes indivíduos estavam todos de toucas do tipo ninja e falaram "*agora já foi,*

Acesso ao Sumário

matamos ele". Reconheceu **JOSÉ** dentre aqueles que estavam no grupo, seja pela sua voz, seja por sua altura, pois é muito alto. Ressaltou, ademais, que a vítima Júlio integrava a quadrilha de **JOSÉ** e acreditava se tratar de "*acerto de contas entre os próprios assaltantes do grupo*". Por fim, acrescentou que se sentiu ameaçada por dizeres de familiares de **JOSÉ**, pois disseram para não incriminá-lo.

Contudo, pronunciado e submetido a julgamento, referida testemunha, justamente a única que reconheceu **JOSÉ**, não compareceu ao julgamento, conforme ata de fls. 691/vº.

JOSÉ, pois, foi absolvido por negativa de autoria.

Com a devida vênia, não há qualquer prova nos autos a fundamentar, com a firmeza necessária, a inexistência de autoria. Isso, ressalte-se, não conduz à certeza de autoria.

Aliás, como sabido, o ônus da prova da alegação incumbe a quem a fizer. No caso, portanto, trata-se de incumbência do Ministério Público.

Ocorre que, no caso dos autos, há situação peculiar. **JOSÉ** foi reconhecido por sua voz por testemunha presencial e, fosse tal somente um indício, verifica-se que esta também esclareceu em juízo que também o reconheceu por ser extremamente alto.

Com efeito, **JOSÉ** possui dois metros de altura ou mais, o que é muito incomum.

Mais incomum ainda seria um indivíduo com dois metros de altura, com voz muito parecida com a de **JOSÉ**, que conhecia a vítima Júlio, aparentemente integrantes da mesma quadrilha (segundo palavras da mesma testemunha), teria matado Júlio.

A prudência recomenda que **JOSÉ** seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri e, com os esforços necessários, providencie-se a condução coercitiva da testemunha para depor em plenário.

Se por acaso o Conselho de Sentença reafirmar a inocência, nenhuma solução caberá ao Ministério Público e firmar-se-á a inexistência da autoria.

Ante o exposto, por meu voto, conheço do recurso e a ele dou provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006069-98.2012.8.26.0108, da Comarca de Cajamar, em que é apelante LEONARDO DOS SANTOS COUTINHO, 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: "Rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 15 de março de 2018.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Falsidade ideológica. Prevaricação. Decreto condenatório com relação ao delito de falsidade ideológica. Reconhecida a prescrição com relação ao crime de prevaricação. A defesa requer, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição. No mérito, pretende a absolvição, ante a insuficiência probatória ou por atipicidade de sua conduta. Subsidiariamente, almeja a desclassificação do crime de falsidade ideológica para aquele previsto no artigo 319 do Código Penal, o reconhecimento da tentativa em relação ao delito previsto no artigo 299 do Código Penal e o afastamento da causa de aumento prevista no parágrafo único do artigo 299, do mesmo diploma legal. Preliminar afastada. Não ocorrência da prescrição. Não transcorrido o interstício de quatro anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença. No mérito, autoria e materialidade induvidosas. Provas robustas. Réu que, na qualidade de funcionário público e prevalecendo-se de seu cargo de escrivão de polícia, inseriu declaração diversa em documento público (B.O.) da que deveria constar, consistente em omitir a presença dos Guardas Municipais e da vítima e inserindo o nome de policial militar que não participou da ocorrência. Inviável desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 319. Crime consumado. Delito caracterizado. Dolo evidenciado. Condenação mantida. Dosimetria que não merece reparo. Configurada a causa de aumento prevista no parágrafo único do artigo 299 do Código Penal. Regime inicial aberto. Pena corporal substituída por restritivas de direitos. Recurso

Acesso ao Sumário

improvido.

VOTO

Trata-se de Recurso de apelação interposto pela douta defesa de LEONARDO DOS SANTOS COUTINHO, contra r. sentença, cujo relatório acolho, publicada em 02 de fevereiro de 2017 pelo Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de Cajamar, que o condenou às penas de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto e 11 (onze) dias-multa, no piso, sendo sua reprimenda substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de um salário mínimo, por incurso no artigo 299, parágrafo único, do Código Penal, sendo-lhe deferido o direito de apelar em liberdade. (fls.)

Na mesma r. sentença, o Juízo julgou extinta a punibilidade de LEONARDO DOS SANTOS COUTINHO com relação à imputação do crime previsto no artigo 319 do Código Penal, com fundamento no artigo 107, inciso IV, c.c. artigo 109, inciso VI, artigo 114 e artigo 117, inciso I e IV, todos do Código Penal, reconhecendo a prescrição retroativa com base na pena possivelmente aplicada em concreto (fls. 351/359).

A defesa de LEONARDO requer, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição. No mérito, pretende a absolvição, ante a insuficiência probatória ou por atipicidade de sua conduta. Subsidiariamente, almeja a desclassificação do crime de falsidade ideológica para aquele previsto no artigo 319 do Código Penal, o reconhecimento da tentativa em relação ao delito previsto no artigo 299 do Código Penal e o afastamento da causa de aumento prevista no parágrafo único do artigo 299, do mesmo diploma legal (fls. 394/402).

Contrarrazões ofertadas a fls. 405/408, oportunidade em que as premissas retromencionadas foram rebatidas.

Regularmente processado o recurso, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls.412/422).

É o relatório, passo a decidir.

O recurso não merece provimento.

Antes de adentrar no mérito, cumpre analisar a questão preliminar suscitada pela defesa do acusado.

Rejeita-se a arguição preliminar de prescrição.

Ao contrário do alegado no apelo defensivo, a denúncia foi recebida em 24 de setembro de 2013 (fl. 154) e a publicação da r. sentença condenatória ocorreu em 02 de fevereiro de 2017 (fl. 360).

Como o apelante foi condenado à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, que prescreve em 04 (quatro) anos, conforme exposto no artigo 109,

Acesso ao Sumário

inciso V, do Código Penal, ficou comprovado que não transcorreram quatro anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da r. sentença, não operando a prescrição.

Anote-se, ademais, que o acusado não era menor na data dos fatos (fl. 141), o que denota não ter ocorrido a prescrição aventada, vez que se assim fosse a prescrição se daria pela metade do prazo previsto, isto é, 02 (dois) anos, o que não ocorre, frise-se novamente, *in casu*.

No mérito, constata-se que r. sentença bem analisou a prova.

Segundo narra a inicial, no dia 27 de julho de 2011, no interior da Delegacia de Polícia da cidade de Cajamar, LEONARDO DOS SANTOS COUTINHO retardou, indevidamente, ato de ofício, a fim de satisfazer interesse pessoal.

Consta, ainda, que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, LEONARDO DOS SANTOS COUTINHO, na qualidade de funcionário público e prevalecendo-se de seu cargo, inseriu declaração diversa da que deveria constar, em documento público, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Ainda segundo a peça acusatória, no dia dos fatos, guardas civis municipais abordaram *Marcos Vieira Santiago*, o qual empurrava o veículo VW/Fusca, placas CXH-0695, estando na posse, ainda, de ferramentas e do "miolo" do veículo, que não lhe pertencia.

Indagado, *Marcos* negou que estivesse furtando o veículo, porém verificou-se que ele estava com as mãos machucadas e que o vidro do carro estava quebrado.

Após a identificação do proprietário do veículo supracitado e diante do flagrante do crime de furto, os guardas civis conduziram *Marcos* até a delegacia de polícia para lavrar a ocorrência do delito.

Ao chegarem ao local, constatou-se que o acusado LEONARDO era a pessoa responsável pelo atendimento inicial. Contudo, LEONARDO não se encontrava na delegacia, mesmo tendo sido contatada duas vezes pela atendente da unidade.

Em seguida, o réu retornou ao distrito policial, contudo, sem qualquer justificativa, saiu novamente, demorando aproximadamente 04 (quatro) horas para retornar, mesmo já estando inteirado sobre o furto ocorrido.

Assim, segundo a inicial, o acusado retardou, indevidamente, a lavratura da ocorrência policial, a fim de satisfazer interesse pessoal.

Após, o acusado, então policial civil, prevalecendo-se do cargo, inseriu declaração diversa da que deveria constar, em documento público, consistente em omitir a presença de guardas civis municipais e da vítima do furto, cadastrando no Boletim de Ocorrência, no lugar dos primeiros, um policial militar que sequer

estava no local.

Consta, ainda, que o réu apreendeu o veículo VW/Fusca, porém não o devolveu à vítima, deixou de apreender os objetos encontrados em poder do furtador, não os encaminhando à perícia.

Por fim, consta que o acusado não ouviu os presentes na delegacia e liberou o furtador *Marcos*, assim como não descreveu os fatos narrados pelos guardas municipais e não expediu as requisições devidas.

Após os fatos, a vítima do furto do veículo procurou o Distrito Policial em dia útil, narrando o ocorrido à autoridade policial, a qual instaurou inquérito policial para apuração dos fatos.

Pois bem.

Após a regular instrução do feito, foi julgada extinta a punibilidade do acusado com relação à imputação do crime previsto no artigo 319 do Código Penal, com fundamento no artigo 107, inciso IV, c.c. artigo 109, inciso VI, artigo 114 e artigo 117, inciso I e IV, todos do Código Penal, reconhecendo o Juízo de piso a prescrição retroativa com base na pena possivelmente aplicada em concreto. Na mesma decisão, o réu foi condenado pelo delito de falsidade ideológica.

Daí sua irresignação.

Sem razão, contudo.

A materialidade e autoria foram devidamente comprovadas por meio da portaria da corregedoria (fls.02/03), boletim de ocorrência falso (fls.07/08), boletim de ocorrência da Guarda Municipal (fls.45/45v°), auto de reconhecimento fotográfico (fls. 76), auto de exibição e apreensão (fls. 85/86), auto de entrega (fls. 101) e pela prova produzida em juízo.

A vítima do furto do veículo e testemunha, *Gabriel Aguiar da Silva*, disse que é proprietário do veículo furtado e que foi apreendido pelos guardas municipais no dia dos fatos. Os agentes da lei se depararam com o furtador já machucado, mexendo no veículo e com chave mixa. Chegando ao plantão policial, estava o guarda que presta serviços na Delegacia, de nome "*Salviano*". Pelo que se recorda, só estava ele, mas não lembra muito bem. Acompanhou os Guardas ao distrito policial. Contou que pensa que foi o guincho que recolheu o carro. O suposto furtador tinha escoriações na mão, cotovelo e também estava com chave mixa e chave de fenda. O acusado não estava na Delegacia, ele demorou, aproximadamente, 03 (três) horas para chegar ao local, sendo que ficou aguardando para fazer a ocorrência. Em um primeiro momento, não houve registro de ocorrência, mesmo ele tendo se identificado como vítima, apresentado os documentos, os Guardas tendo apresentado o furtador, não houve elaboração do boletim. A única coisa feita foi a apreensão de seu veículo. Questionou o réu o porquê, então ele respondeu que seria procedimento padrão

Acesso ao Sumário

da Polícia Civil. O declarante contou que, na época, ainda era Policial Militar e disse que iria verificar com o chefe dos investigadores, se aquele realmente era o procedimento a ser feito. Neste momento LEONARDO mudou o tratamento e lhe pediu calma. Disse que no outro dia pela manhã iria dar um jeito e que ele não pagaria diária, guincho ou qualquer outra coisa. Já com relação ao furtador, o acusado disse para deixar. Não foi colhido seu depoimento, dos Guardas e nem do suposto furtador, este foi apenas qualificado no boletim da Guarda Municipal. Não se recorda qual a natureza que foi lavrado o boletim de ocorrência. Para a sua surpresa, recorda-se que apareceram dois Policiais Militares conduzindo a ocorrência, sendo que, em momento algum solicitou a presença da Polícia Militar, pois nem compareceram ao plantão. Narrou que não conhecia o acusado antes dos fatos. Não sabe dizer se os Guardas que atenderam a ocorrência conheciam o réu ou teriam algo contra ele. Acredita que o suposto furtador foi liberado. Asseverou que chegou à Delegacia por volta das 22hs ou 23hs, talvez. O réu chegou entre 02hs ou 03hs da manhã. Verificou qual seria o procedimento com escrivão. Durante o dia, voltou à delegacia e foi falar com o chefe dos investigadores; em seguida, foi encaminhado para Franco da Rocha e também para uma Central em São Paulo (mídia).

A testemunha e Delegado de Polícia, *Dr. Celio Roberto de* Freitas, declarou que foi apresentada uma ocorrência pela Guarda Municipal para o acusado, porém ele não procedeu ao registro. Em momento posterior, o acusado entrou em contato com o Delegado de Franco da Rocha e distorceu os fatos. Por conta disso, foi aberto um procedimento contra ele. Afirma que ficou sabendo desse fato por meio da instauração do procedimento, da comunicação do Dr. *Rafael* e da comunicação do núcleo corregedor. Pelo que sabe, o acusado demorou a retornar para a Delegacia, aproximadamente três ou cinco horas. Não sabe dizer se o réu omitiu declaração diversa do que deveria constar no documento público. Contou que o réu trabalhou na Delegacia como escrivão, por vários anos, e sempre foi um bom funcionário. LEONARDO teve um problema cardíaco sério em que realizou cirurgia. Informaram que a cirurgia não foi bem sucedida e que ele teria pouco tempo de vida, então ele mudou o comportamento. O acusado voltou a trabalhar, mas parece que ficou "revoltado". Houve outros problemas de ordem administrativa, até que ele pediu exoneração do cargo (fls. 222/223).

A testemunha e Guarda Municipal *Francisco Leite Salviano* narrou que a ocorrência apresentada na delegacia foi que um veículo havia sido roubado, ou alguém estava roubando ou furtando um veículo. Segundo a informação dada por seus colegas, encontraram o indivíduo em uma distância de alguns metros do carro; fizeram a consulta e o rapaz não constava como procurado, porém, havia passagens. Parece que estava com marca de sangue na mão. Chegou a ver essa pessoa na delegacia, mas o veículo não foi apresentado fisicamente, apenas verbalmente. O automóvel não apresentava queixa de roubo ou de furto. Foi

Acesso ao Sumário

passado para o acusado que o veículo havia sido furtado ou roubado, mas no momento não constava queixa do mesmo. Após isso, não sabe o que aconteceu porque recebeu a ocorrência e passou para LEONARDO. Não sabe se foram ouvidos os colegas, se o possível furtador foi ouvido e em que termos ele foi liberado. Na época, o réu lhe falou que a esposa não estava bem e que havia comunicado alguém da delegacia, talvez o chefe, mas não se recorda muito bem. Ele saiu, então ele o chamou e o réu voltou, mas o acusado saiu pela segunda vez, e acha que desta vez ele não foi chamado. Não soube dizer se dessa segunda vez os guardas municipais e a vítima, estavam na delegacia para registrar a ocorrência. Não se recorda de ver a vítima na delegacia, durante a noite, apenas no dia seguinte, mas eles acabaram indo para outro lugar registrar a ocorrência. Não sabe dizer se foi registrada no boletim de ocorrência a situação de flagrante ou não. Nunca teve problemas com LEONARDO, também nunca o viu ter problemas com outros colegas. Acredita que os guardas não teriam motivos para inventarem alguma estória contra o acusado. O carro não constava como roubado ou furtado e nem o rapaz era procurado (mídia).

A testemunha e Delegado de Polícia, *Fábio de Souza Nishiyama*, disse que tomou conhecimento sobre os fatos através de um procedimento administrativo da corregedoria. Não se recorda de ter sido acionado no dia dos fatos (mídia).

A testemunha e Guarda Municipal *Jeimes Ulisses Campos Felisbin* afirmou que a viatura foi solicitada por moradores do Portal II, em razão de um veículo que estava em estado de abandono e um rapaz pelas proximidades. Chegando ao local, o homem estava próximo ao veículo, foi feita a revista pessoal e encontrado em seu bolso a chave mixa e um miolo compatível com o veículo. O fusca se encontrava com o vidro quebrado e revirado internamente. Solicitaram o guincho e levaram até a Delegacia. O guarda *Salviano* fez a recepção, realizando contato com o acusado e após alguns minutos, aproximadamente 40 ou 50 minutos, o réu compareceu, então passaram os fatos a ele, dando ciência da ocorrência. LEONARDO disse que a Delegacia estava sem sistema e que não seria redigido o Boletim de Ocorrências civil e que era para liberar a parte representada, tendo sido feito somente o Boletim de Ocorrências da Guarda Municipal. O acusado disse que estava sem sistema e que não haveria necessidade de fazer o B.O. civil por não ter a parte vitimada. Disse que ficou aguardando o guincho, preservando o veículo. A pesquisa realizada foi feita apenas para identificar o endereço do proprietário, e depois foram até sua residência para avisá-lo, momento em que o proprietário contou que veículo havia sido furtado. A vítima o acompanhou até a Delegacia. Não havia Policial Militar algum no local. Conhece o Policial Militar *Marcio Alexandre dos Santos*, mas ele não atendeu a ocorrência. A justificativa do acusado para liberar, sem colher a declaração dos Guardas e do averiguado, foi que "não havia necessidade de apresentar porque não existia queixa", porém, neste momento, a vítima não estava presente, apenas foi passado ao réu

Acesso ao Sumário

as circunstâncias em que encontraram o veículo. Em um segundo momento, a vítima estava presente e foi dito que o veículo havia sido furtado. Assim que o acusado saiu, contou que foi buscar a vítima. O boletim foi registrado pela própria vítima em outro local. O suposto furtador não foi apresentado à vítima, porque foi liberado na primeira oportunidade pelo acusado (mídia).

A testemunha e Guarda Municipal *Marcos Roberto Ramos* contou que apresentaram os fatos na Delegacia e que naquele momento não havia escrivão. Ligaram da delegacia para o acusado e ele compareceu. LEONARDO disse que estava sem sistema e não lavrou a ocorrência naquele momento. Fizeram o Boletim de Ocorrências da Guarda Municipal. Como estava sem sistema, o suposto furtador foi liberado. Posteriormente, encontraram a vítima *Gabriel*, que é ex Guarda Municipal. Voltaram à Delegacia com a vítima e o acusado foi chamado novamente. O réu não fez a ocorrência, mas não se recorda o que ele alegou na segunda vez. LEONARDO dispensou a vítima e não colheu seu depoimento dos seus colegas, da vítima e liberou o suposto autor do furto sem ter colhido o depoimento dele também. Não teve acesso ao boletim lavrado pelo acusado. Foi à Corregedoria de Franco da Rocha para depor sobre os fatos. Foram apresentados os objetos apreendidos e também o suposto furtador, o qual estava sangrando. O carro foi levado para a Delegacia. Presenciou o acusado liberando o possível furtador (mídia).

A testemunha e Guarda Municipal *Tiago Miguel de Araújo* afirmou que efetuaram a abordagem do indivíduo próximo ao fusca e em revista pessoal encontraram, dentro do bolso, o miolo e uma mixa. O fusca estava com o vidro quebrado e a mão do suposto furtador machucada. Diante dos fatos, conduziram-se à Delegacia e até o presente momento, não havia vítima. O escrivão do plantão não estava no momento e o Carcereiro fez contato com ele, que chegou após, aproximadamente 40 minutos. O réu disse que não havia sistema, e que não faria o B.O. LEONARDO liberou o indivíduo, e em seguida se retirou também. Conseguiram localizar a vítima, que compareceu à Delegacia e o acusado retornou depois de, aproximadamente, 03 ou 04 horas, fazendo somente a apreensão do veículo. O réu, no momento, somente alegou que não havia sistema e não ouviu os Guardas, não ouviu a vítima e não ouviu o averiguado porque já estava dispensado. Conhece o Policial *Marcio Alexandre dos Santos*, mas ele não estava presente na ocorrência e também não sabe dizer como apareceu o nome dele. (mídia).

A testemunha de Defesa *Willian Cunha de Souza*, afirmou que não sabe nada sobre os fatos e nem se recorda de ter sido ouvido anteriormente sobre os fatos (fls. 223v°/224).

O réu não compareceu em Juízo para ser interrogado, razão pela qual foi decretada sua revelia (fls. 277).

Acesso ao Sumário

Ouvido na fase inquisitiva, negou os fatos. Disse que o veículo foi apresentado pelos guardas municipais durante seu plantão, automóvel esse que fora encontrado abandonado e danificado. Os agentes apresentaram um indivíduo que estava há duzentos metros do carro, mas o acusado entendeu que não havia flagrante, já que segundo os guardas municipais, não havia indícios de que tal indivíduo seria autor de furto, mesmo porque não havia "queixa" de furto. Realmente não comunicou os fatos ao plantão permanente de Franco da Rocha porque entendeu que era uma ocorrência de averiguação de tentativa de furto e não prisão em flagrante. Não percebeu qualquer ferimento nas mãos do averiguado e tampouco foi informado que ele tinha ferimentos. Lembra-se de ter conversado com a vítima do suposto furto do veículo, mas apenas com relação às taxas que seriam pagas ao guincho para remoção do veículo. Indagado sobre o motivo de ter colocado no registro o nome do policial militar *Marcio Alexandre*, narrou que tal agente havia apresentado uma ocorrência horas antes e seu número de RG ainda estava sobre a mesa. Disse que pelo nervosismo que apresentava, acabou colocando o nome do policial *Marcio* e não do guarda municipal que apresentou a ocorrência. Asseverou que precisou se ausentar da delegacia para atender a um chamado de sua esposa, por isso demorou para voltar ao distrito policial e lavrar a ocorrência. Aduziu que sua esposa estava em período final de gestação e lhe ligou dizendo que estava tendo contrações. Contou que tentou contato com seus superiores, mas não conseguiu. Por fim, disse que sua filha nasceu dias depois, prematura, justificando a preocupação em atender sua esposa no dia do ocorrido (fls. 116/118).

Em que pese a negativa do réu, ficou devidamente comprovado que LEONARDO praticou os crimes de falsidade ideológica e prevaricação, sendo que, com relação a este último, foi julgada extinta sua punibilidade pela prescrição.

Restou devidamente comprovado que o acusado, na qualidade de funcionário público e prevalecendo-se de seu cargo de escrivão de polícia, inseriu declaração diversa, em documento público (B.O.), da que deveria constar, consistente em omitir a presença dos Guardas Municipais e da vítima e inserindo o nome de policial militar que não participou da ocorrência. Tais fatos consubstanciam-se o delito de falsidade ideológica.

Os depoimentos das testemunhas de acusação e da vítima comprovam que, ao contrário do alegado pelo réu, LEONARDO sabia que o veículo havia sido furtado, que o furtador estava com as mãos machucadas, que os guardas municipais haviam o prendido em flagrante e que deveria lavrar a ocorrência tal como aconteceu.

Contudo, alterou a verdade sobre fato relevante, já que lavrou a ocorrência deixando de constar diversos dados, assim como liberou indevidamente o furtador do automóvel.

Acesso ao Sumário

Verificando o boletim de ocorrências de fls. 07/08, constata-se que o nome da vítima *Marcos Vieira Santiago* não estava presente no plantão, o que não é verdade, pois foi devidamente apresentado pelos guardas municipais.

Da mesma forma, conforme já exposto, não constou no documento a presença dos guardas municipais, que apresentaram a ocorrência, fazendo constar a presença do policial militar *Márcio Alexandre dos Santos*, que não participou da ocorrência.

Por fim, as justificativas apresentadas pelo acusado quando ouvido na fase inquisitiva não ilidem sua responsabilidade. Ora, se realmente estava com problemas familiares, deveria ter comunicado aos seus superiores. Além disso, não se mostra crível que possíveis problemas na família influenciassem para que o réu alterasse sobremaneira a verdade sobre os fatos.

Assim, incabível a absolvição como pretendido pela combativa defesa, pois comprovados os fatos narrados na exordial, fatos estes típicos.

Da mesma forma, não há que se falar em desclassificação de sua conduta para aquela prevista como crime de prevaricação.

Isto porque LEONARDO foi denunciado por ambos os crimes (falsidade ideológica e prevaricação), sendo que com relação a este último foi julgada extinta sua punibilidade pela prescrição. Assim, não há que se falar em desclassificação, uma vez que foram dois os delitos que constam na denúncia, cada qual previsto em tipo específico.

Também não merece prosperar o pedido de reconhecimento da tentativa do crime de falsidade ideológica.

Isto porque o acusado lavrou o boletim de ocorrências contendo informações falsas, bem como deixou de fazer constar informações relevantes, consumando o delito. Somente no outro dia, a vítima foi novamente até o distrito policial e, após conversar com a autoridade policial, conseguiu fazer novo boletim de ocorrências, desta vez com os dados corretos.

Devidamente comprovada a prática do crime de falsidade ideológica pelo acusado, passa-se à análise da dosimetria da pena e das teses que lhes são correlatas.

Na primeira fase, por não vislumbrar a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, nos termos do artigo 59 do Código Penal, s, o MMº Juízo *a quo* fixou a pena no mínimo legal, em 01 (um) ano de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, no piso.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes, a pena manteve-se no piso.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição e presente a causa de aumento prevista no parágrafo único do artigo 299, a pena foi acrescida na

fração de 1/6 (um sexto), atingindo o montante final de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, no piso.

Aqui, o acusado pede o afastamento de referida causa de aumento.

Sem razão.

Estabelece o artigo 299 do Código Penal

"Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

*Parágrafo único - **Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo**, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, **aumenta-se a pena de sexta parte**."*

Conforme se infere dos autos, *in casu*, LEONARDO, funcionário público, cometeu o crime de falsidade ideológica prevalecendo-se do cargo.

Inexorável, assim, a incidência da causa de aumento, não havendo como afastá-la.

Considerando a primariedade do acusado, foi-lhe fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Preenchidos os requisitos do artigo 44, a pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena privativa e prestação pecuniária, consistente no pagamento de um salário mínimo à entidade pública ou privada com destinação social.

Nada há a reparar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito** a preliminar e, no mérito, **nego provimento apelo**, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001156-30.2016.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante I.A.F.S., 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: "POR MAIORIA DE VOTOS,

Acesso ao Sumário

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER I.A.F.S., COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, VENCIDO O E. RELATOR SORTEADO, EXMO. DES. ANDRADE DE CASTRO, QUE TAMBÉM ABSOLVIA, MAS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO III E QUE DECLARARÁ. ACÓRDÃO COM O E. REVISOR, EXMO. DES. GRASSI NETO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.331)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), GRASSI NETO, vencedor, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, vencido e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 8 de março de 2018.

ROBERTO GRASSI NETO, Relator designado

Ementa: Falsidade ideológica – Determinação de entrega de CNH em audiência admonitória – Agente que declara no termo da audiência que sua habilitação está "retida" – Circunstância que não pode corresponde ao tipo de falso pela incidência do princípio da não autoincriminação – Inexistência de elemento indicativos da presença do dolo de desobedecer inviabilizando o reconhecimento de prática do tipo penal de desobediência mediante aplicação da *emendatio libelli* – Absolvição com fundamento no art. 386, VII, CPP.

Não se ignora ser a Jurisprudência pacífica no sentido de ser o termo de audiência documento público.

Interpretar-se, contudo, a lei no sentido de que o apelante estaria realizando o tipo penal concernente à falsidade ideológica pelo fornecimento de informação supostamente inverídica ao Juiz de Direito na audiência admonitória iria, salvo melhor juízo, contra o princípio da não autoincriminação previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88 (*nemo tenetur se detegere*), que não se limita ao ato do interrogatório, e que deve evidentemente igualmente incidir sobre afirmações do sentenciado que tenham sido proferidas por ocasião da audiência admonitória.

Doutrina e Jurisprudência maciçamente inclinam-se no sentido de que a não autoincriminação abrangeria: a) direito ao silêncio; b) direito de não colaborar com a

Acesso ao Sumário

investigação ou a instrução criminal; c) direito de não declarar contra si mesmo; d) direito de não confessar; e) Atipicidade da conduta consistente em declarar fato inverídico, desde que não prejudique terceiros; f) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica; g) direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, o que abrange a não participação ativa em procedimentos probatórios que possam incriminá-lo, tal como a cessão de seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova.

Poder-se-ia, quando muito, asseverar que o apelante teria desobedecido à determinação judicial para entrega da CNH em Juízo e que a conduta poderia ser reenquadrada pela aplicação da *emendatio libelli*. Não caberá, contudo, nem mesmo essa solução se não constatados elementos mínimos indicativos da existência do dolo de desobedecer.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 130/134, prolatada pelo MM. Juiz Gilson Miguel Gomes da Silva, cujo relatório ora se adota, I.A.F.S. foi condenado como incurso no art. 299, *caput,* do CP, às penas de 01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 12 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de seis meses.

Inconformado, apelou o réu em busca de sua absolvição, sob a alegação de ausência de dolo.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso merece prosperar, ainda que por fundamento diverso daquele exposto no r. voto vencido do eminente Juiz Relator sorteado.

Segundo o que restou apurado, o réu foi intimado a comparecer à audiência admonitória, quando deveria estar munido de sua Carteira Nacional de Habilitação. Consta, contudo, que, na data da audiência, ele teria afirmado falsamente que seu documento teria sido apreendido na ocasião do flagrante do crime de trânsito, e que se encontrava retido na CIRETRAN.

Oficiado ao órgão de trânsito, sobreveio a informação de que o documento

Acesso ao Sumário

não se encontrava naquela repartição, razão pela qual o Juízo de primeiro grau houve por bem condená-lo pelo crime de falsidade ideológica.

Diante do conjunto probatório carreado aos autos, parece, todavia, não ter restado configurada aludida falsidade ideológica; quando muito, estar-se-ia diante de um crime de desobediência.

A prática do crime de falsidade ideológica exigiria que o indivíduo tivesse feito inserir em documento verdadeiro, informação que sabia ser falsa. Não se ignora ser a Jurisprudência pacífica no sentido de ser o termo de audiência documento público.

Interpretar-se, contudo, a lei no sentido de que o apelante estaria realizando o tipo penal concernente à falsidade ideológica pelo fornecimento de informação supostamente inverídica ao Juiz de Direito na audiência admonitória iria, salvo melhor juízo, contra o princípio da não autoincriminação previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88 (*nemo tenetur se detegere*), que não se limita ao ato do interrogatório, e que deve evidentemente igualmente incidir sobre afirmações do sentenciado que tenham sido proferidas por ocasião da audiência admonitória.

Doutrina e Jurisprudência maciçamente inclinam-se no sentido de que a não autoincriminação abrangeria:

I. direito ao silêncio;

II. direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal;

III. direito de não declarar contra si mesmo;

IV. direito de não confessar;

V. Atipicidade da conduta consistente em declarar fato inverídico, desde que não prejudique terceiros;

VI. direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica

VII. direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, o que abrange a não participação ativa em procedimentos probatórios que possam incriminá-lo, tal como a cessão de seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova.

Poder-se-ia, quando muito, asseverar que o apelante teria desobedecido à determinação judicial para entrega da CNH em Juízo. No caso concreto, contudo, parece que nem mesmo isso teria ocorrido.

Depreende-se do interrogatório do acusado (fls. 108/112) tratar-se de pessoa simples, que se confundiu evidentemente quando lhe foi solicitado que apresentasse fisicamente a CNH na audiência admonitória, ao asseverar que o documento estava "retido".

O réu, em explicações bastante confusas, procurou justificar-se que seu intuito não foi asseverar que teria havido uma apreensão formal da CNH pelo órgão de trânsito competente, mas apenas que ele tinha ciência de que estava

com a CNH suspensa em decorrência da prática do crime de trânsito. Exatamente por isso, ao ser questionado a respeito, ele teria dito que o documento estava "retido", "preso". Como ele não teria entendido que lhe estava sendo determinada a entrega formal da cédula física da CNH, ele simplesmente acabou não sendo necessário mencionar que não poderia fazê-lo em razão de tê-la perdido.

Observe-se que, se o apelante quisesse simplesmente arranjar uma justificativa para não entregar a cédula, e com ela permanecer, bastaria simplesmente que ele afirmasse ao Juiz de Direito que a havia perdido.

É inegável que eventual inverdade dessa afirmação seria de comprovação muito difícil, senão impossível, a não ser que o ardil viesse a ser descoberto em levantamento efetuado por policial ao qual ele tivesse eventualmente apresentado a CNH em abordagem de rotina que viesse a ocorrer na condução de veículo automotor.

Não será demais lembrar que, mesmo diante da existência de prova, em quantidade e qualidade razoável, pode haver decisão absolutória, por insuficiência daquela a permitir o juízo de certeza.

Evidente que em casos como o dos autos, obter pronunciamento condenatório apoiado, exclusivamente, na insuficiente e controversa prova é, *data venia*, querer que se faça "tabula rasa" dos mais comezinhos princípios constitucionais garantidores da cidadania.

À mingua de prova segura a respeito da realidade dos fatos, a melhor solução, favorecido que está o réu pelo benefício da dúvida, é o reconhecimento da ausência de provas para embasar decreto condenatório.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo Defensivo interposto em favor de I.A.F.S., para absolvê-lo das imputações lançadas nos presentes autos, fazendo-o com supedâneo no art. 386, VII, do CPP.

Tendo havido modificação no julgamento, comunique- se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 6.588)

"Concessa vênia", divirjo da Douta maioria quanto ao fundamento para a absolvição do réu I.A.F.S., por entender que seria o caso de absolvê-lo por atipicidade da conduta.

Consta da denúncia que no dia 29 de janeiro de 2016, às 14,00 horas, na sala de audiência da 3ª Vara Judicial da comarca de Monte Alto, I.A.F.S. fez

inserir declaração falsa em documento público, correspondente a um termo de audiência de advertência, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Segundo o apurado, o réu foi condenado nos autos de nº 000624-32.2011.8.26.0368 ao cumprimento de pena de 06 meses e 20 dias de detenção, em regime aberto, além do pagamento do valor correspondente a 10 dias-multa em seu mínimo unitário. Além disso, foi imposta a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de seis meses.

I., então, foi intimado a comparecer à audiência admonitória, quando deveria estar munido de sua Carteira Nacional de Habilitação, entretanto, na data da audiência ele afirmou que seu documento havia sido apreendido na ocasião do flagrante do crime de trânsito, e que se encontrava retido na CIRETRAN.

Oficiado o órgão de trânsito, sobreveio a informação de que o documento não se encontrava naquela repartição.

Os fatos são incontroversos, mesmo porque, documentados na ata de audiência, entretanto, a meu sentir, a condenação não se sustenta.

A veracidade da declaração feita pelo acusado seria forçosa e inevitavelmente verificada, como assim o foi, mediante a expedição de ofício ao órgão de trânsito para informar o destino da CNH, o que acabou por desmascarar a tentativa do acusado de ludibriar as autoridades.

A despeito de não haver dúvidas quanto à natureza da ata de audiência, de documento público, ela não deve ser considerada como tal para fins de crime de falsidade ideológica, na medida em que não apresentava eficácia a produzir prova de um determinado fato, vale dizer, não valia como documento público por si mesma.

A respeito da validade do documento público para configurar a elementar do crime de falsidade ideológica, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "*o documento para fins de falsidade ideológica deve ser uma peça que tenha possibilidade de produzir prova de um determinado fato, sem necessidade de outras verificações, valendo como tal por si mesma*" (RHC 19710/SP, 6ª T, Rel. Min Jane Silva, j. 28/08/2008).

Além disso, tal como ocorre na falsidade material praticada grosseiramente, que deixa de configurar crime em virtude da ausência de potencialidade de dano, quando a falsidade ideológica for de nítida constatação, restará o afastamento do delito.

Não tenho dúvida de que existiu a intenção do apelante em manter consigo a carteira de habilitação, mesmo após condenação por crime de trânsito, entretanto, a sua afirmação mendaz em Juízo, em si, não seria eficaz a obstruir a execução daquela condenação penal, não havendo qualquer potencialidade de dano.

Acesso ao Sumário

Enfim, a conduta descrita na denúncia, ressalvado o entendimento contrário e mais lúcido da Douta maioria, me parece atípica – embora moralmente reprovável – e não justifica a condenação penal.

ASSIM, PELO MEU VOTO, DAVA PROVIMENTO AO RECURSO PARA ABSOLVER I.A.F.S., COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, FICANDO VENCIDO.

ANDRADE DE CASTRO, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000006-15.2016.8.26.0594, da Comarca de Agudos, em que é apelante G.S.P., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. COMPARECEU NA SESSÃO DE JULGAMENTO O DR. EVANDRO DIAS JOAQUIM, ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e FRANCISCO BRUNO.

São Paulo, 15 de março de 2018.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO – APELO DEFENSIVO – SOLUÇÃO CONDENATÓRIA ENCONTRA RESSONÂNCIA EM RAZOÁVEL VERTENTE PROBATÓRIA – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE MOTIVADA – REGIME PRISIONAL COMPATÍVEL COM O PRESENTE CASO – APELO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por G.S.P. contra a r. sentença monocrática de fl. 529, que, em função da solução do julgamento em plenário, condenou-o

como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, combinado como art. 14, II, ambos do Cód. Penal, a 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade.

Pugna a defesa, em suma, pela anulação do julgamento em plenário, sob o fundamento de que a solução adotada é, manifestamente, contrária à prova dos autos (fls. 547/551).

Pede, subsidiariamente, a redução das penas, por entender que devem incidir presente caso circunstâncias atenuantes, bem como que a redução relativa à tentativa deve se dar no máximo legal.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 569/572), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 594/600).

É, em síntese, o relatório.

O apelo não procede.

Importa anotar, de início, que a análise e valoração aprofundada da prova, em vista do princípio da soberania dos veredictos, é cabível, tão somente, no julgamento em plenário.

Em sede recursal, portanto, a análise da prova é limitada à verificação de eventual contrariedade entre a solução do julgamento em plenário com os elementos de prova colhidos ao longo da persecução penal.

Fixados estes parâmetros e considerados os elementos de prova colhidos durante a persecução penal, sob o foco da convicção íntima, princípio norteador da análise da prova no julgamento em plenário, constata-se, no caso em tela, a inocorrência de contraste entre a solução condenatória e a prova dos autos.

A materialidade delitiva, demonstrada pelos laudos de exame de corpo de delito de fls. 251/252 e 253/254, e a autoria restaram incontroversas.

O não acolhimento da tese de legítima defesa e o reconhecimento das qualificadoras articuladas na inicial não se apresentam como, manifestamente, incompatíveis com as circunstâncias da prática ilícita em tela.

Reconheceu-se, no julgamento em plenário, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, em 01 de janeiro de 2016, o recorrente, com *animus necandi*, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiu golpes de facão contra C.J.E., que sofreu lesão corporal de natureza grave (fotografias de fls. 100 e seguintes e laudos de fls. 251/252 e 253/254).

O crime só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do recorrente.

O apelante discutia com sua então namorada S.P.N., oportunidade em que a vítima C.J.E., que passava pelo local, interveio.

O réu e a vítima discutiram.

Instantes depois, o réu dirigiu-se ao seu veículo que estava estacionado

na via pública, muniu-se com um facão, próprio para corte de mato, e partiu em direção à vítima.

O ofendido, então, tentou correr, mas escorregou e caiu ao chão, ocasião em que foi atingido por, pelo menos, três golpes de facão desferidos pelo réu (fls. 251/252 e 253/254).

Testemunhas intercederam, fazendo com que o réu cessasse as agressões e providenciaram socorro à vítima.

Há, inclusive, testemunhas presenciais.

Nesse sentido, são as declarações da vítima (fls. 108/110 e 318/CD), corroboradas pelos depoimentos de L.B.C.J. (fls. 46/47 e 319/CD), R.A.M. (fls. 94 e 321/CD), J.B.S. (fl. 48), I.G.S. (fls. 92 e 336/CD) e S.P.N. (fls. 90/91 e 320/CD), bem como pelos testemunhos dos policiais Vagner Dias (fls. 41 e 322/CD) e Fábio Alves Ferreira (fls. 44 e 323/CD).

O não acolhimento da versão do réu apresentada em juízo, após sugestivo silêncio da fase extrajudicial, no sentido de que agiu em legítima defesa, portanto, não pode ser tido como, manifestamente, contrário à prova dos autos (fls. 14/15 e 324/CD 516).

O reconhecimento das qualificadoras articuladas na inicial também encontra apoio na dinâmica do fato gerador do presente feito acolhida em plenário.

O réu, segundo a versão acolhida em plenário, tentou matar a vítima em razão desta ter ajudado a evitar que aquele continuasse a agredir S. (então namorada do réu) e utilizou-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, que foi surpreendido pela ação do réu (fl. 518).

Como se vê, a solução condenatória adotada no julgamento em plenário, não pode ser tida como, manifestamente, contrária à prova dos autos, pois foi acolhida versão razoável sobre o fato gerador do presente feito.

No que concerne à dosimetria da pena, a r. sentença recorrida também não comporta reparo.

A pena-base foi, motivadamente, exasperada em 1/3 (um terço), dadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, como bem considerado na r. decisão recorrida: "*Verifico culpabilidade exacerbada, em razão do número de golpes praticados contra a vítima, a personalidade violenta do acusado e principalmente as graves consequências do crime praticado, que extrapolam em muito os elementos comuns do tipo penal de homicídio, eis que a conduta do réu ocasionou graves danos físicos e psicológicos na vitima, atingindo sua capacidade profissional para o resto de sua vida, considerando a atividade que exercia. Além do que, a vítima ficou impossibilitada de se locomover por quatro meses e quase teve seu braço amputado. Portanto, a extrema gravidade das lesões e as inúmeras consequências graves impedem que o aumento fique*

Acesso ao Sumário

limitado apenas 1/6, motivo pelo qual fixo a pena base em 16 anos de reclusão.".

O ofendido, não é demais anotar, é educador físico e professor de natação.

Não incidem no presente caso circunstâncias atenuantes.

A versão apresentada pelo recorrente, no sentido de que agiu em legítima defesa, não pode ser recebida como confissão.

A redução decorrente da tentativa, operada do mínimo legal, apresenta-se como compatível com o avançado *iter criminis* percorrido, considerada a sede das lesões suportadas pela vítima.

Por derradeiro, o regime fechado, estabelecido como inicial para a execução da pena privativa de liberdade, é o legal, em conformidade com o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, e o compatível com o *quantum* da pena aplicada e com as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso em tela.

Face ao exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002181-46.2009.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante/querelante JUNJI ABE, são apelados/querelados ANTONIO ADRIANO EROLES e ANTONIO ALEXANDRE EROLES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo do querelante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.962)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 15 de março de 2018.

CARLOS MONNERAT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Calúnia com duas causas de aumento. Artigo 138 c.c. artigo 141, incisos II e III ambos do Código Penal. Sentença absolutória. Objetiva o querelante a condenação nos termos dispostos na inicial. Sem razão. Conjunto probatório que apresenta fragilidades. Não há certeza sobre a falsidade da imputação. Dúvida relevante que emerge

dos autos. Falta de provas. Nega-se provimento ao apelo do querelante.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que se acolhe, acrescenta-se que ANTÔNIO ALEXANDRE EROLES e ANTÔNIO ADRIANO EROLES foram absolvidos pelo *Dr. Freddy Lourenço Ruiz Costa,* da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mogi das Cruzes, da imputação pelos delitos previstos no artigo 138 c.c. artigo 141, incisos II e III, ambos do Código Penal, descrita na queixa-crime oferecida por Junji Abe, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 569/583).

O querelante, irresignado, por meio de seus advogados *Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira* e *Dr. Rodrigo Senzi Ribeiro de Mendonça*, objetivam a reforma da r. sentença para que os querelados sejam condenados nos exatos termos da inicial (fls. 627/645).

Regularmente processado o recurso, a douta Procuradoria- Geral de Justiça, em parecer da lavra do *Dr. Walter Tebet Filho*, manifestou-se pelo seu não provimento.

RELATADOS, passo a decidir.

A r. sentença deve permanecer incólume.

Consta na inicial, em suma, que em publicações dos jornais "MOGI NEWS", em 24 e 25 de janeiro de 2009, e "O Diário", em 25 de janeiro de 2009, ANTÔNIO ALEXANDRE EROLES e ANTÔNIO ADRIANO EROLES, em entrevistas, realizaram comentários sobre o ora querelante, Junji Abe, atribuindo-lhe fato definido como crime.

Noticia, ainda, que os querelados, em entrevista dada em 23 de janeiro de 2009, informaram que o querelante, ex-prefeito de Mogi das Cruzes, no dia 13 de maio de 2004, teria solicitado deles a quantia de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), para garantir que a empresa dos querelados fosse a vencedora da concorrência pública relativa aos transportes coletivos da cidade (fl. 05).

Transcreve-se trechos dispostos na inicial com o conteúdo das matérias jornalísticas:

> *"A gravação original tem algumas disposições e ruídos ao longo de pouco mais de 35 minutos de conversa. No entanto, o trecho acima atribuído ao tucano é claro.* ***Segundo os irmãos Alexandre e Adriano, trata-se do pedido de R$ 3 milhões para garantir favorecimento no processo de licitação do transporte público ocorrido em 2004****" (fls. 04).*
>
> *"****Os empresários tentaram comprovar a tentativa de extorsão que teria sido feita pelo ex-prefeito Junji Abe (PSDB), em 13 de maio de 2004****. Por quase três horas, eles exibiram trechos e uma transcrição da fita contendo conversas com o então chefe do Executivo, a poucas*

semanas do encerramento do processo licitatório para a concessão de 150 tabelas horárias no transporte municipal (...) ***Em relação ao processo licitatório do transporte coletivo municipal, os irmãos Eroles contam que a proposta de Junji, na época, era que tanto a Mito quanto a Julio Simões dispusessem de R$ 3 milhões. 'A justificativa era de que cada lote (tabelas horárias) custaria R$ 3 milhões'****, reforçou Alexandre, apresentando como prova o trecho da conversa publicada com exclusividade pelo Mogi News na edição de ontem, em que um dos interlocutores (cuja voz é semelhante a do ex-prefeito) afirma: 'Agora aquela parte, aquele ajuste tirando os três (milhões) que é a minha parte, aquele ajuste vocês concordam na hora, com o negócio" (fls. 04/05).*

*"**Segundo os empresários, a base da negociação que originou a conversa gravada seriam um pedido do tucano de R$ 6 milhões – 3 milhões para a Mito e R$ 3 milhões para outra empresa – para definir os vencedores da concorrência**. Na fita, no entanto, nos trechos cuja voz é atribuída ao ex-prefeito, como no qual em que se fala 'Agora aquela parte, aquele ajuste, tirando os três que é a minha parte, aquele ajuste vocês concordaram na hora, com o negócio....' nada se diz com referência a reais ou qualquer outra coisa que indique claramente do que se trata"* (fls. 05).

Narra, ainda, que "*os querelados apresentaram à imprensa fita contendo mais de 35 minutos de conversa, repleta de "chiados e palavras desconexas" (doc. 3), além de algumas distorções e ruídos" (doc. 2), e dela extraíram um único trecho, aparentemente isolado e sem contexto, no qual uma voz que seria do querelante teria dito "tirando os três que é minha parte". Segundo a matéria do jornal "O DIÁRIO", neste trecho "**nada se diz com referência a reais ou qualquer outra coisa que indique claramente do que se trata**"* (fls. 06).

Pois bem.

Compulsando os autos, verifica-se que os querelados aceitaram proposta de suspensão condicional do processo e desistiram da exceção da verdade, mediante concordância do Ministério Público e do querelante (fls. 168/169).

Posteriormente, em que pese o *Parquet* tenha requerido a revogação da suspensão condicional do processo, ao analisar que os querelados respondiam por outros processos, sobreveio sentença em que se declarou extinta a punibilidade dos querelados (fls. 249).

O Ministério Público, interpôs recurso em sentido estrito, objetivou o afastamento da extinção da punibilidade e a decretação da revogação do benefício de suspensão condicional do processo (fls. 253/266).

Em decisão prolatada pelo Desembargador Dr. Otávio Henrique desta Colenda Câmara, foi dado provimento ao recurso, para cassar a decisão que extinguiu a punibilidade dos querelados e determinar o seguimento da ação (fls. 303/309).

Acesso ao Sumário

Encerrada a instrução, os querelados foram absolvidos por insuficiência de provas para a condenação.

Daí a insurgência.

O querelante pretende a condenação dos querelados pelo crime de calúnia com duas causas de aumento, pois praticado contra funcionário público, em razão de suas funções, e por meio que facilitou a divulgação da calúnia.

A configuração do crime de calúnia, realmente, não restou seguramente demonstrada.

O querelante, em Juízo, corroborou os fatos dispostos na inicial. Contou que foi surpreendido com notícias de que teria cometido irregularidades na licitação (fls. 479/480).

Carlos José da Mota Gomes, segurança pessoal dos querelados, em Juízo, disse que não presenciou os fatos descritos na inicial. Contou que, no mês de maio de 2004, ocorreu reunião entre os querelados, o pai destes, o querelante e duas outras pessoas (fls. 178/179).

Nobuo Aoki Xiol, Secretário de Transporte de Mogi das Cruzes no período de 2002 até 2008, em Juízo, informou sobre o procedimento licitatório (fls. 409/416).

Elen Maria de Oliveira Valente Carvalho, funcionária da Prefeitura, em Juízo, assegurou a lisura e a ampla publicidade do procedimento licitatório referido nos autos (fl. 476).

Felício Fumiaki Kamiyama, que trabalhou na Prefeitura, em Juízo, contou que tomou conhecimento das expressões ofensivas proferidas pelos querelados, por meio do jornal. Acrescentou que não fez qualquer tipo de intervenção na licitação para auxiliar pedido de qualquer dos concorrentes, tampouco houve intervenção de qualquer pessoa para favorecer ou prejudicar os participantes (fls. 478).

Jose Carlos Pavanelli, em Juízo, contou que os querelados são seus primos, e os fatos dispostos na inicial não são verdadeiros. Ocorreram reuniões. Em uma delas, os querelados sugeriram que ocorresse a gravação, razão pela qual o depoente levou a caneta gravadora. Acrescentou que "*na época conforme ficou gravado, o querelante teria pedido três milhões para participar da concorrência em que teria a empresa do depoente grandes chances de ganhar. Nesta concorrência a empresa Mito "ganhou em primeiro lugar". Realça que dinheiro nenhum foi pago ou dado ao querelante porque a empresa não tinha dinheiro*" (fls. 500/502).

Interrogado, ANTÔNIO ALEXANDRE, em Juízo, contou, em suma, que foi marcada reunião com *Fernando Simões*, com o querelante, com o co-querelado e seu irmão, ANTÔNIO ADRIANO, e com ele próprio, oportunidade em que *Junji Abe*, o querelante, falou sobre a necessidade de abrir licitação

Acesso ao Sumário

para a concessão do transporte. Decorrido lapso temporal, *Fernando Simões* entrou em contato com os querelados e realizaram outra reunião, oportunidade em que especificou as particularidades do edital e disse que o *"(...) querelante havia dito que em razão de um período tão longo ele querelante achava justo que cada empresa pagasse para ele três milhões de reais".* Asseverou que ele e seu irmão informaram que não precisavam realizar acordo. Foi marcada nova reunião e resolveram gravá-la. Deixaram claro que não iriam atender à exigência financeira. O querelante confirmou que *"a parte dele era os três"* e *Fernando Simões* já tinha dito antes que eram três milhões. A empresa *"Mito" ganhou a licitação. Durante a execução dos serviços, realizaram acordo com a Prefeitura e também TAC. Foi solicitada a presença da imprensa para dar notícia do conteúdo das gravações, após a cassação da concessão para a empresa "Mito*" (fls. 505/507).

Também interrogado, ANTÔNIO ADRIANO, em Juízo, ratificou em sua integralidade o interrogatório de seu irmão ANTÔNIO ALEXANDRE. Destacou que a gravação com o dispositivo da caneta, na reunião, foi realizada porque a empresa "Eroles" é composta de três famílias e uma delas não estava presente. Admitiu que a apresentação do conteúdo da gravação para a imprensa partiu dele também (fls. 503/504).

Reitera-se que nestes autos não se discute eventual crime de corrupção passiva ou qualquer outro supostamente praticado contra a Administração Pública, tampouco versa sobre questões cíveis relacionadas aos fatos, mas sim sobre a ocorrência ou não do crime de calúnia.

Para configuração deste crime contra a honra, necessária a presença do dolo e o fim específico de imputar ou atribuir **falsamente** a alguém fato definido como crime.

É imprescindível que o agente tenha consciência de que a imputação é falsa. Do contrário, não se tem alicerce para condenação.

Indispensável a seriedade na conduta do agente, não tipificando o crime se a conduta foi praticada com *animus jocandi, animus narrandi, animus corrigendi, animus defendendi, animus criticandi*, diante da ausência do dolo específico de atingir a honra da vítima.

As provas colhidas nos autos não ensejam, com segurança, o decreto condenatório.

Tem-se duas versões conflitantes. A ocorrência de procedimento licitatório com respeito à legalidade versus a solicitação ou exigência de vantagem durante a licitação.

In casu, inexistem elementos aptos a comprovar se o fato imputado ao querelante é falso ou verdadeiro.

Sendo a falsidade da imputação elemento constitutivo da calúnia, mostra-

se duvidosa a tipificação deste delito.

Certo que os querelados admitiram que a conversa com o querelante foi gravada. Presumível que não iriam divulgar o conteúdo da gravação se não acreditassem que a publicação demonstrasse fato ilegal.

De outra banda, isso sequer insinua que o querelante praticou referida conduta.

Em suma, o querelante não conseguiu desvencilhar-se do ônus que lhe incumbia de demonstrar com segurança a tipificação do crime.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL – DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – Sentença absolutória – Recurso interposto pelo assistente da acusação – Pretendida condenação das rés nos exatos termos da denúncia – Impossibilidade – Inexistência de provas seguras acerca do dolo específico das acusadas em imputar falsamente crimes ao apelante, sabendo-o inocente – Instauração de segundo inquérito policial em face do recorrente que incluía outros fatos diversos a serem investigados em razão de herança – Alegação das acusadas que não pode ser de todo desconsiderada – Dúvida instransponível que milita em favor das recorridas – Absolvição mantida. Recurso desprovido."

(TJSP; Apelação 0050483-69.2009.8.26.0050; 4ª Câmara de Direito Criminal; Relator: Dr. Camilo Léllis; Data do Julgamento: 10/11/2015).

"CALÚNIA COMETIDA CONTRA FUNCIONÁRIO PÚBLICO, EM RAZÃO DE SUAS FUNÇÕES. RECURSO DEFENSIVO. Absolvição. Possibilidade. Provas frágeis a ensejar um decreto condenatório. Adoção do Princípio 'in dubio pro reo', afastando-se, como corolário, a indenização a título de reparação de danos. Recurso provido."

(TJSP – APL 00005864692012826031 8; Orgão Julgador: 2ª Câmara Criminal Extraordinária; Relator Dr. Eduardo Abdalla; Data de julgamento: 12/12/2014; Data da Publicação: 12/12/2014).

Outrossim, sendo os elementos carreados nos autos insuficientes a demonstrar à prática criminosa imputada aos querelados, deve ser observado o princípio do *in dubio pro reo.*

Anoto, de outro lado, que a prova indiciária pode ser suficiente a embasar o decreto condenatório.

Nos termos do artigo 239 do Código de Processo Penal, o indício possui valor probatório, vez que possibilita, através do processo indutivo, a reunião de elementos necessários tanto para a condenação como para a absolvição no processo penal.

Em outras palavras, pode haver indícios que levem ao convencimento da prática delitiva, assim como indícios que levem à fundada dúvida quanto ao seu não cometimento.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162)."

(STF, HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012).

Sabe-se que o conceito de verdade e de certeza são inalcançáveis, sendo o processo criminal o meio para se aproximar o quanto possível do ocorrido.

O Juízo busca a verdade dos autos (função persuasiva das provas).

Nesse contexto, os indícios podem, perfeitamente, apontar para uma conclusão segura e correta, coadunando-se com o sistema do livre convencimento motivado, previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal e no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios, desde que demonstre suas razões de decidir.

Ante a persuasão motivada do juiz, não há como se excluir o valor da prova indiciária.

Desse modo, se o magistrado, após a instrução, observando os elementos produzidos e tudo o que foi debatido, estiver convencido de que houve o cometimento do delito, deverá condenar. Caso contrário, deverá absolver.

Em outras palavras, indícios sólidos são suficientes para o decreto condenatório.

O que não se admite é a condenação baseada em meras conjecturas e ilações, como é o caso dos autos.

Por isso, o melhor desate é a absolvição.

No campo penal, assume-se a possibilidade de absolvição de um culpado face ao interesse maior de evitar a condenação de um inocente.

Diante da fragilidade probatória do caso em tela, onde ausente a demonstração concreta do crime de calúnia, mais prudente é a absolvição.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo do querelante, mantendo-se a r. sentença absolutória, por seus fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0002649-11.2014.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante/a.m.p WAGNER FRANCO MANDUCA e Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados VAGNER MORENO SANCHES e EDGARD MORENO SANCHES.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.395)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 27 de março de 2018.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Crime ambiental. Poluição (art. 54, §2.º, V, da Lei nº 9.605/98). Lançamento de resíduos em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou regulamento. Absolvição na origem. Prova acerca do fato duvidosa. Versões das testemunhas insuficientes a embasar condenação. Laudos técnicos que demonstram a adoção de medidas preventivas pelos acusados, bem como a utilização de material que não oferece risco à saúde humana. Insuficiência probatória. Prudência a recomendar o "non liquet". Absolvição necessária. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Vagner Moreno Sanches** e **Edgard Moreno Sanches** saíram **absolvidos**, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da prática da infração penal capitulada no art. 54, §2.º, V da Lei nº 9.605/98 (*poluição*).

O apelo do Assistente do Ministério Público – *f. 683/687* – pretende, essencialmente, a condenação dos acusados, nos termos da denúncia, ou a conversão do julgamento em diligência, para a realização de perícia técnica.

Anota-se manifestação do Ministério Público, assim como contrarrazões ministeriais – *f. 695/697* e *702/718* – que defendem a mantença do decisório de

Acesso ao Sumário

origem.

Autos distribuídos (*f. 721*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal (*f. 722/727*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **30.nov.2017** – *f. 728.*

É o relatório.

Denunciados pela prática da infração prevista pelo art. 54, § 2.º, V, da L. 9.605/98 (*causar poluição de qualquer natureza, em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, mediante lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou regulamentos*), foram os acusados absolvidos, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Consta da denúncia que os acusados, no exercício de atividade empresarial, teriam emitido névoa com partículas de verniz automotivo para a atmosfera, provocando reclamações dos vizinhos do local por conta da expansão dos fortes odores dos gases.

Estes os fatos.

Absolvição de prudência.

Isto porque a descrição dos fatos, tal como consta dos autos, demonstra a atipicidade da conduta imputada aos acusados, exatamente como decidiu o d. Juízo de origem.

Os acusados, em seus depoimentos em Juízo (*f. 621/625 e 625v°/628*), negaram a emissão de gases tóxicos no exercício de sua atividade empresarial, esclarecendo que a empresa possui cabine de pintura equipada filtros especificados, e que todos os gases produzidos são tratados.

Acrescentam que utilizam tinta à base de água, sem solvente e inofensiva à saúde, e que sua oficina possui ao todo seis filtros, algo que afirma ser único no Estado.

Acesso ao Sumário

Esclarecem, ainda, que a fabricante americana das tintas utilizadas na oficina forneceu um equipamento especial, utilizado durante um dia inteiro pelo funcionário que trabalha no **interior da cabine de pintura**, e, após, o aparelho foi remetido a um laboratório nos Estados Unidos, que analisou os dados coletados e concluiu que os níveis tóxicos que poderiam ser nocivos à saúde do funcionário que tem **contato direto** com o produto, por atuar no interior da cabine de pintura, estavam abaixo do que poderia ser prejudicial à saúde humana.

As testemunhas **(i) Wagner, (ii) José Aparecido, (iii) Gilson,** e **(iv) Rosângela** afirmam que são vizinhos da empresa dos acusados e que sentem um

forte odor de verniz no ar, sendo certo que algumas dessas testemunhas relatam ainda a existência de sintomas, que atribuem à atividade ali desenvolvida – *f. 291/298.*

Porém, as testemunhas ***(i) Luciano*** e ***(ii) Maria de Fátima***, também vizinhos da empresa dos acusados, afirmam que não sentiram o odor de verniz reportado pelas testemunhas de acusação – (f. 299/303).

A testemunha ***Antônio*** informa que prestou serviços para a empresa dos acusados, que providenciaram a instalação de sistema de filtros a fim de evitar a emissão de gases tóxicos na atmosfera *(f. 304/306)*.

Já a testemunha ***Allan*** (*f. 425*), representante da empresa fabricante de tintas PPG, informa que fornece o material, à base de água, utilizado na empresa dos acusados.

Esclarece ainda que atende a diversos clientes na região e que apenas a empresa dos acusados possui um sistema de filtros além daqueles padronizados, normalmente utilizados por empresas que prestam serviços semelhantes.

Finalmente, a testemunha **Gerson**, que trabalha no ramo de perícia de sinistros automotivos, atesta que a empresa dos acusados possui cabine de pintura com sistema de exaustão e ventilação, e que a filtragem de resíduos por eles realizada é única na região *(f. 450, CD)*.

Pois bem.

À prova oral produzida, constam mídias com gravações produzidas pela Assistente de acusação demonstrando a emissão de uma fumaça branca pela chaminé da empresa dos acusados, além de documentos no sentido de que os produtos ali utilizados são potencialmente danosos à saúde humana.

Por outro lado, minucioso laudo técnico elaborado por engenheiro ambiental (*f. 109/248*) demonstra que a atividade econômica desenvolvida pelos acusados não provocou danos ao meio ambiente, assim como os atestados de saúde ocupacional dos funcionários da empresa *(f. 277/283*) comprova que mesmo a **exposição direta aos produtos químicos utilizados no local não provocou alterações na sua saúde.**

Por fim, laudo técnico elaborado com o emprego de tecnologia importada (*Sistema de Monitoramento de Vapor Orgânico Air 3M-3500*) aponta a inexistência de danos ao meio ambiente e às pessoas que trabalham no local ou residem no entorno – *f. 284/290.*

Assim, apesar de não restarem dúvidas acerca da atividade desempenhada pelos acusados, a qual se apega a Assistente do Ministério Público, são inexistentes elementos indicativos que comprovem, extreme de dúvidas, a nocividade dos gases emitidos.

Inviável e **desnecessária** a conversão do julgamento em diligência, a

Acesso ao Sumário

esta altura, a fim de se realizar a perícia técnica reclamada pela Assistente de acusação.

Afinal, a situação fática hoje é realmente diversa daquela verificada no período narrado pela denúncia, uma vez que desde então os acusados instalaram um complexo sistema de filtragem de resíduos na sua empresa.

Ademais, a prova pericial acostada aos autos é suficiente para demonstrar a adequação da atividade desempenhada pelos acusados às normas ambientais.

E, ao contrário do que sustenta a **A.M.P.**, tal perícia não constitui prova unilateral e que não se sujeitou ao crivo do contraditório, pois a parte teve inúmeras possibilidades de se manifestar acerca do seu conteúdo.

Finalmente, ofício emitido pela **CETESB** esclarece que a atividade desempenhada pela empresa dos acusados não é passível de fiscalização por aquela agência ambiental – *o que, de certa forma, demonstra o seu reduzido potencial de dano* (*f. 435*).

Ou seja.

De prudência a absolvição, exatamente como se fez na origem, dês que as provas, como se disse, não concluem pela prática da conduta tipificada pela legislação ambiental, favorecendo sua versão, que negou a prática delitiva.

Enfim.

O conjunto probatório é incerto, vez que prova produzida, testemunhal e pericial, como acima se viu, não aponta no sentido da responsabilização dos acusados.

Donde outra solução não haver, senão a manutenção da ***absolvição*** decretada pela origem.

Nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000626-41.2015.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado WILSDINEI RAMOS DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial para majorar a pena aplicada para 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e impor o regime inicial semiaberto, expedindo-se mandado de prisão em desfavor do sentenciado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 27 de março de 2018.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE COMETIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – "PARQUET" RECORRE EM BUSCA DA MAJORAÇÃO DA SANÇÃO E IMPOSIÇÃO DE REGIME SEMIABERTO – NECESSIDADE – O RÉU POSSUI ANTECEDENTE CRIMINAL QUE NÃO FOI LEVADO EM CONTA NA DOSIMETRIA, JUSTIFICANDO A EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO E A IMPOSIÇÃO DE REGIME SEMIABERTO – QUANTO AO "SURSIS", NÃO PREENCHE O RÉU OS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

WILSDINEI RAMOS DE OLIVEIRA foi condenado pelo r. Juízo da 2ª Vara Judicial da Comarca de PEREIRA BARRETO, nos autos do Processo nº 304/2015, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Luciano Correa Ortega*, como incurso no artigo 129, § 1º, c.c. o seu § 10, do Código Penal, às penas de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto (fls. 154/156).

O apelado foi processado porque ofendeu a integridade corporal de sua companheira Yasmin Karen Moreira, causando-lhe lesão de natureza grave.

Apela o representante do Ministério Público, pleiteando a majoração da sanção, a imposição do regime semiaberto e a concessão do sursis (fls. 161/168).

Contrariado o recurso (fls. 171/174), o douto Procurador de Justiça Dr. Luiz Gustavo Jóia de Melo opina pelo seu parcial provimento a fim de que seja majorada a pena e fixado o regime intermediário para o resgate inicial da reprimenda (fls. 180/183).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Não há dúvida da materialidade do crime nem da autoria do sentenciado,

Acesso ao Sumário

tanto que a Defesa não interpôs recurso da decisão.

Apenas o *Parquet* recorre, a fim de que seja revista a pena imposta.

Nada obstante os fundamentos da r. sentença, a pena merece majoração.

A r. sentença elevou a pena-base em 1/6 (um sexto), por conta de o crime ter sido praticado "*na presença do filho do casal, além de outras agressões alegadamente suportadas pela vítima*" (fls. 157vº). Ocorre que, além de tais circunstâncias, deve ser levada em conta ainda, tal como sustentado pelo ilustre recorrente, o antecedente criminal do réu. Efetivamente, ele possui condenação definitiva por crime semelhante anterior praticado contra a mesma vítima (fls. 150), denotando isso recalcitrância e obstinação no erro.

Eleva-se, assim, a pena-base em 1/3 (um terço), *quantum* considerado razoável e condizente com as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

A seguir, reduz-se a reprimenda em 1/6 (um sexto), por conta da atenuante da confissão espontânea, ficando estabelecida, nesta fase, em 01 (um) ano, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

Incidente, em seguida, o aumento de 1/3 (um terço) previsto no § 10, do artigo 129, do Código Penal, fica a sanção tornada definitiva em 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão.

Nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, considerando a personalidade violenta do agressor e também que ele não se emendou após praticar o crime anterior (fls. 150 – já tinha sido condenado em primeira instância, quando tornou a agredir a companheira), impõe-se o regime inicial semiaberto.

Pelas mesmas razões, o réu não satisfaz os requisitos do *sursis* (Código Penal, artigo 77, inciso II), benefício que não reprovaria a contento o grave crime cometido; pelo contrário, representaria verdadeira impunidade.

Finalmente, a pena de prisão será cumprida após o esgotamento do julgamento de eventuais impugnações ordinárias nesta Câmara, sem a necessidade de esperar a certidão de trânsito em julgado ou aguardar recursos para Tribunais Superiores, na forma decidida pelo Pretório Excelso nas ADC's nº 43 e 44, em 05 de outubro de 2016, consagrando uma orientação originária deste Colegiado (STF, HC nº 126.292/SP), sem que tal ofenda ao princípio constitucional da presunção da inocência. Tal decisão da Corte Maior, por sinal, ratificou v. acórdão desta Câmara, sufragando a orientação de que a manutenção da sentença penal pela Segunda Instância encerra a análise de fatos e de provas que assentaram a culpa dos condenados, o que autoriza o início da execução da pena.

Em linha de coerência com esse entendimento, veja-se julgado recentemente proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrito:

Acesso ao Sumário

"(...)

II - Os recursos às instâncias superiores carecem de efeito suspensivo e a execução provisória da pena é consectário lógico do esgotamento da jurisdição das instâncias ordinárias, não necessitando de fundamentação a determinação do cumprimento provisório da pena fixada.

III - No presente caso, contudo, nota-se das informações prestadas pelo Tribunal de origem e do andamento processual que ainda não houve a intimação da Defensoria Pública Estadual acerca do v. acórdão de apelação, razão pela qual se mostra ilegal a imediata expedição de mandado de prisão sem o esgotamento da instância ordinária (precedentes).

Ordem concedida apenas para que o paciente aguarde em liberdade o exaurimento da jurisdição perante o eg. Tribunal de origem." (HC 371.870/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017). Nesse mesmo sentido: STJ, HC 366.907/PR.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para majorar a pena aplicada para 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão e impor o regime inicial semiaberto, expedindo-se mandado de prisão em desfavor do sentenciado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002244-87.2012.8.26.0257, da Comarca de Ipuã, em que é apelante GETÚLIO TEIXEIRA ALVES, 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: "CONHECERAM e DERAM PROVIMENTO ao apelo para absolver Getulio Teixeira Alves de todas as imputações, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, comunicando-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 21 de março de 2018.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação criminal. Crime de calúnia praticado por advogado contra Juiz de Direito, Delegado de Polícia e Promotor de Justiça no exercício da advocacia. Ausência de elementos mínimos para identificar as vítimas, bem como do crime em si, considerando tratar-se de mera crítica à atuação no bojo de processo cível. Atipicidade reconhecida. Recurso provido para absolver o réu.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 667/683 e 693/696 (embargos de declaração), o MM. Juiz de Direito da Vara Única de Ipuã condenou **GETÚLIO TEIXEIRA ALVES**, transcrevo, "... *como incurso no artigo 138, caput, c/c artigo 141, inciso II, por três vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal (FATO 1), artigo 138, caput, c/c artigo 141, inciso II, por três vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal (FATO 2) e artigo 138, § 1º, c/c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal (FATO 5), tudo nos termos do artigo 69, também do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, no regime inicial ABERTO, bem como ao pagamento de 91(noventa e um) dias-multa no valor unitário de 1/10 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Substituo a pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, a critério do Juízo das Execuções, pelo período de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses, e por 01 (uma) pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 05 (cinco) salários mínimos, a uma entidade pública ou privada com destinação social... Em cumprimento ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, arbitro o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração no equivalente a 10 (dez) salários mínimos, para cada um dos ofendidos*".

Apela a Defesa pleiteando, em preliminar, a extinção da punibilidade pela decadência do direito de representação. No mérito, reclama a absolvição por atipicidade da conduta ou por erro de tipo ou por inexistência de dolo, sustentando que o réu agiu sempre nos limites de suas prerrogativas como advogado (fls. 731/746).

Apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 748/752) e pelo Assistente de Acusação, que levanta preliminar de não conhecimento diante da intempestividade da juntada das razões de apelação (fls. 765/774), a Procuradoria de Justiça propôs a rejeição da preliminar do Assistente de Acusação, o acolhimento parcial da preliminar da Defesa, para se declarar extinta a punibilidade do Fato 1 relativamente a duas das vítimas, e, no mérito,

Acesso ao Sumário

opinou pelo provimento parcial do apelo para se reconhecer os Fatos 2 e 5 como crime único, em concurso formal (fls. 778/789).

É o relatório.

1. Conheço do apelo, porque tempestiva a interposição do recurso (v. fls. 715/716, 719 e 721/722). A apresentação das razões um dia fora do prazo (v. fls. 729 e 731) constitui mera irregularidade, superada tanto pelo teor do artigo 601, *caput*, do Código de Processo Penal ("*findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas*") como pela aplicação do princípio da ampla defesa, sempre lembrado pela doutrina e jurisprudência em casos que tais, valendo observar que o conhecimento da insurgência defensória permitiu ao Ministério Público e ao Assistente de Acusação exercer plenamente o contraditório quando da apresentação de suas contrarrazões.

2. Em que pese sua natureza prejudicial, deixo de analisar a questão preliminar levantada pela Defesa, à conta da solução absolutória que se seguirá, notadamente porque circunscrita ao campo da tipicidade. Decisão judicial é ato intelectivo uno. Significa dizer que, antes de lançar as razões de seu convencimento, o julgador já sabe, pelo necessário estudo da prova e de todas as questões suscitadas no processo, o resultado final. Assim, nenhuma finalidade prática há em enfrentar questões de natureza prejudicial que, a final, restarão superadas pela decisão de mérito benéfica o mais possível ao acusado. Não se pode deixar de mencionar, contudo, o acerto da análise contida no parecer da lavra do d. Procurador de Justiça Walter Tabet Filho, que seria acolhida se se avançasse na questão.

3. Consta da denúncia:

"Segundo se apurou, o denunciado e advogado GETÚLIO foi contratado pela denunciada Maria do Carmo para representá-la em diversas ações, quais sejam, (i) ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com alimentos e partilha de bens, proposta em face de Júlio Ávila, que tramitou sob o n.º 257.01.2007.000480-4 (controle 271/2007), perante a Vara Única da Comarca de Ipuã - fls. 41-54; (ii) ação de reintegração de posse, proposta por Júlio Ávila em face de Maria do Carmo, que tramitou sob o n.º 251.01.2007.000127-8 (controle 58/2007), perante a Vara Única da Comarca de Ipuã - fls. 56-76 e (iii) ação de manutenção de posse, proposta por Júlio Ávila em face de Maria do Carmo, que tramitou sob o n.º 257.01.2011.002204-0 (controle 777/2011), perante a Vara Única da Comarca de Ipuã - fls. 78/161."

Vale registrar que a denunciada Maria do Carmo faleceu no curso do processo, conforme certidão de óbito de fl. 557, e por isso, pela decisão de fl. 570, teve julgada extinta a punibilidade.

Relativamente ao apelante **Getulio Teixeira Alves**, apresento na sequência

Acesso ao Sumário

os fatos imputados na denúncia que resultaram em condenação, bem como os motivos da absolvição:

3.1 - FATO 1:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 04 de novembro de 2011, no bojo dos autos n.º 257.01.2011.002204-0 (controle 777/2011), que tramitou perante a Vara Única da Comarca de Ipuã SP, ***GETÚLIO TEIXEIRA ALVES****, qualificado nos autos a fls. 328, caluniou os funcionários públicos Marcos de Jesus Gomes, André Donizete Zanutim e Márcio Barbosa Macedo, respectivamente, Juiz de Direito e Promotor de Justiça da Vara Única da Comarca de Ipuã SP, e Delegado de Polícia de Ipuã SP, em razão de suas funções, imputando-lhes falsamente fato definido como crime.*

(...) Na contestação dos autos n.º 777/2011 (fls. 107/111), o advogado e denunciado Getúlio imputou, falsamente, aos funcionários públicos Marcos de Jesus Gomes (Juiz de Direito), André Donizeti Zanutim (Promotor de Justiça) e Márcio Barbosa Macedo (Delegado de Polícia), em razão de suas funções, fato definido como crime de prevaricação, afirmando que ***'É notório ainda as dificuldades que a ré Maria do Carmo enfrenta para fazer suas reclamações, ou até lavrar um Boletim de Ocorrência, através da Delegacia de Polícia, da Promotoria local ou mesmo para contato com esse Juízo, com a finalidade de denunciar os maus tratos, as ameaças e as truculências perpetradas pelo autor contra si e seus filhos (...)'*** *e, mais adiante, dizendo que tais atos* ***'não são apurados ou, se o são, ficam impunes por falta de acurada diligência pelos agentes promotores da paz e da justiça, nesta cidade'.*** *Afirmou, ainda, existir* ***'desinteresse dos agentes policiais e judiciários locais em garantir a paz e tranquilidade'*** *da autora Maria do Carmo"* – negrito e sublinhado originais.

Com a devida vênia do MM. Juiz sentenciante, que analisou a imputação sob respeitável ótica, tenho que a manifestação do réu lançada enquanto advogado de Maria do Carmo em ação de natureza civil nada mas expressa que insatisfação. Insatisfação que, por si só, não atrai o tipo penal da calúnia, notadamente porque não direcionada a pessoa determinada, mas às instituições públicas de Ipuã.

Acesso ao Sumário

Não há negar que eventual ineficiência das instituições públicas pode levar à impressão de que crimes *ou não são apurados ou, se o são, ficam impunes por falta de acurada diligência ou desinteresse*. Com tais palavras, indaga-se, que fez o acusado além de estampar impressão marcada no consciente ou inconsciente coletivo desta nação?

No ponto, o réu simplesmente canalizou para os autos do processo as queixas de sua então representada no sentido de – e aqui destaco palavras outras, não aquelas sublinhadas na denúncia – encontrar dificuldades ao pretender lavrar um boletim de ocorrência na delegacia de polícia ou fazer suas reclamações

junto à Promotoria de Justiça ou entrar em contato com o Juízo, transcrevo, "*com a finalidade de denunciar os maus tratos, as ameaças e as truculências perpetradas pelo autor contra si e seus filhos*".

Ora, onde a imputação de crime a este ou aquele delegado de polícia, a este ou aquele promotor de justiça, a este ou aquele juiz de direito? Não se tem notícia se a parte adversa levou a cabo alguma providência mas, ao que se infere, somente ela teria algo mais palpável para perseguir na seara penal, uma vez que increpada de maus tratos, ameaças e truculências.

Assim, relativamente ao FATO 1, impõe-se absolver o réu com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

3.2 - FATO 2:

"Consta ainda que, no dia 25 de abril de 2012, no bojo dos autos n.º 257.01.2011.002204-0 (controle 777/2011), que tramitou perante a Vara Única da Comarca de Ipuã SP, ***GETÚLIO TEIXEIRA ALVES****, qualificado a fls. 328, caluniou os funcionários públicos Marcos de Jesus Gomes, André Donizete Zanutim e Márcio Barbosa Macedo, respectivamente, Juiz de Direito e Promotor de Justiça da Vara Única da Comarca de Ipuã SP, e Delegado de Polícia de Ipuã SP, em razão de suas funções, imputando-lhes falsamente fato definido como crime.*

(...) Inconformada com o teor da decisão proferida nos autos n.º 777/2011 pelo ofendido Marcos de Jesus Gomes, a denunciada Maria do Carmo apelou. Nas razões de apelação juntadas às fls. 146-161, o denunciado Getúlio, na condição de advogado, imputou, falsamente, aos funcionários públicos Marcos de Jesus Gomes (Juiz de Direito), André Donizete Zanutim (Promotor de Justiça) e Márcio Barbosa Macedo (Delegado de Polícia), em razão de suas funções, fato definido como crime de prevaricação, afirmando que 'sua Exa. foi induzido a erro, e lamentavelmente, por isso relatou e ***fundamentou a r. sentença com parcialidade (...)'*** *e, ainda, 'que* ***o juízo*** *não decidiu com acerto jurídico, pelo contrário, ao que nos parece, 'concessa venia',* ***decidiu com parcialidade, em evidente favorecimento à parte contrária****, quando deveria se conformar com sua posição equidistante das partes (...)'. Adiante, o denunciado continua, dizendo que 'no presente caso,* ***é notório as dificuldades que a apelante Maria do Carmo enfrenta para fazer suas reclamações, ou até lavrar um Boletim de Ocorrência, através da Delegacia de Polícia local, ou para buscar apoio da Promotoria local, ou ainda para fazer-se ouvir pelo Juízo do feito, sempre com a finalidade de denunciar os maus tratos, as ameaças e as truculências perpetrados pelo apelado contra si e seu filho', afirmando, ainda, que tais atos 'não são apurados ou, se o são, ficam impunes por falta de acurada diligência dos agentes e autoridades locais, que deveriam zelar pela promoção da paz e da justiça, naquela cidade'*** *(fls. 148-149).*

Prossegue o denunciado, ao afirmar que Maria do Carmo e seu filho 'correram e correm o risco de morte, porque foram envenenados os poços de água que lhes abasteciam, ***inclusive com o conhecimento do juízo prolator da presente sentença, e de outras autoridades de Ipuã (Prefeito, Delegado, Promotor), que nada fizeram para apurar integralmente os fatos (...)'*** *(fls. 150). Aduz, também, que 'lavrado Boletim de Ocorrências na Delegacia de Polícia local prestando queixas sobre alguns atos de perturbação contra sua vida,* ***mas que não foram apuradas (...)'*** *– fls. 160"* – negrito e sublinhado originais.

Também aqui as palavras lançadas pelo acusado não atraem o tipo penal imputado. A rigor, o que se tem é conclusão (parcialidade do juiz) nitidamente divorciada da premissa lançada (indução a erro pela parte adversa).

Afirmar a premissa de que o juiz, ao relatar e decidir a demanda, foi "*induzido a erro*" não autoriza a conclusão de que decidiu com "parcialidade" mas, isso sim, que o erro a que foi induzido importou em decisão amparada em fundamentação equivocada, maculada, contrária ao direito, de forma a favorecer os interesses da parte adversa. Ora, decidir com parcialidade pressupõe plena consciência no agir, o que por óbvio não ocorre se o caso é de ação decorrente indução em erro provocada por outrem. O que se tem aqui é simples confusão no pensar, na tentativa de exprimir ideias em um plano lógico. Onde o crime?

A denúncia volta à questão relativa às dificuldades em lavrar boletim de ocorrência na delegacia de polícia, reclamar junto à Promotoria e contatar o Juízo, bem como à questão da atribuição de inoperância às instituições públicas de Ipuã. Volta a tais colocações porque o réu usou do expediente de replicar os mesmos argumentos nas peças apresentadas nos autos da ação civil. Argumentos que ampararam o FATO 1 da denúncia foram renovados pelo acusado nas razões de apelação da ação civil e também amparam o FATO 2. Por isso, no ponto, reporto-me à fundamentação apresentada no tópico anterior.

De resto, afirmar, no mesmo contexto, que as autoridades constituídas de Ipuã "*nada fizeram para apurar integralmente os fatos*" quando informadas do alegado risco de morte de Maria do Carmo e seu filho, em decorrência de envenenamento de poços de água que os abasteciam, tal afirmação, dizia, descortina mais uma vez a já detectada impressão de descaso e ineficiência do aparato público.

Cuida ver que, no ponto, o acusado referiu- se expressamente ao "*juízo prolator da presente sentença*", o que, sim, viabilizou identificar pessoa certa. Referiu-se também ao Prefeito, que é só um, de forma a também viabilizar sua identificação. Pois bem, o Prefeito não figura como vítima nos autos, o que dispensa considerações. E, quanto ao Juiz de Direito identificado na denúncia, há que ponderar não ser sua a atribuição de "*apurar integralmente os fatos*", é

Acesso ao Sumário

dizer, investigá-los. Destarte, as palavras do acusado nada mais podem significar que atribuição de insensibilidade àquele Magistrado em relação ao alegado risco de morte de Maria do Carmo e seu filho. Também aqui inexiste crime.

Relativamente ao FATO 2, impõe-se absolver o réu com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

3.3 - FATO 5:

"Por fim, no dia 25 de abril de 2012, no bojo dos autos n.º 257.01.2011.002204-0 (Controle 777/2011), que tramitou perante a Vara Única da Comarca de Ipuã SP, ***GETÚLIO TEIXEIRA ALVES****, qualificado nos autos, mesmo sabendo ser falsa, propalou e divulgou a imputação de crime de prevaricação pela denunciada Maria do Carmo contra os funcionários públicos M. de J. G. e A. D. Z. (respectivamente, Juiz de Direito e Promotor de Justiça da Vara Única da Comarca de Ipuã SP), em razão de suas funções.*

(...) no dia 25/04/2012, o denunciado Getúlio, atuando como advogado em defesa de Maria do Carmo, juntou às razões de apelação (fls. 162/164) dos autos nº 257.01.2011.002204-0 (controle 777/2011), cópia do pedido de providência formulado pela denunciada Maria do Carmo perante a Corregedoria Nacional de Justiça. Assim agindo, o denunciado Getúlio, sabendo falsa a imputação de crime de prevaricação contra os funcionários públicos Marcos de Jesus Gomes e André Donizete Zanutim, em razão de suas funções, a propalou e divulgou" – negrito e sublinhado originais.

No que concerne ao FATO 5, a denúncia, sem extrair uma linha do conteúdo, reporta-se a documento anexado pelo réu às razões de apelação apresentadas nos autos da ação civil.

Trata-se do pedido de providências que Maria do Carmo, de próprio punho, apresentou ao Ministro Corregedor do Conselho Nacional de Justiça (fls. 162/163). Em compulsar referido documento, vê-se que ela renova as queixas de inoperância do Poder Judiciário e do Ministério Público em relação ao risco de morte que, alega, sofria. No mesmo documento, Maria do Carmo acresce de forma genérica que não vem sendo tratada de forma respeitosa por servidores. Nenhum outro servidor público figura como vítima, diga-se desde logo.

Ainda no mesmo documento, Maria do Carmo insiste que o juiz que presidiu a ação civil tem decidido de forma parcial, com a diferença de que a parcialidade decorria de sua amizade com a parte reclamada na ação civil. Pelo mesmo motivo, atribui parcialidade ao Promotor de Justiça que oficiou na ação civil.

No ponto, em que pese ser possível identificar o Magistrado e o Promotor e de figurarem ambos na denúncia como vítimas, o que o acusado estampou, ao fazer juntar o documento, nada mais representa do que um dos fundamentos legais que, a teor dos artigos 145, inciso I, e artigo 148, inciso I, ambos do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Civil, poderia ensejar a suspeição de um e outro.

O que se tem aqui é apenas questão técnica tratada de forma inadequada, isto é, como fundamento de razões de apelação, não como fundamento de procedimento de arguição de suspeição.

Ora, não se pode ver crime onde só há equívoco no manejo da técnica processual.

Mas não é só. O teor do documento juntado pelo réu não tem mesmo maior significado. O Deputado Federal Vicentinho (PT-SP) reproduziu-o em documento oficial da Câmara dos Deputados, documento este direcionado e, portanto, propagado ao Coordenador da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (v. fls. 165/166). Trata-se a toda evidência de conduta, em seu cerne, idêntica à que se imputa ao réu na inicial acusatória. Contudo, não se tem notícia de representação das vítimas contra sua Excelência o Deputado.

É sabido que, na praxe forense, vicejam lisonjas e mercês de parte a parte, amiúde imerecidas ou desnecessárias. Nesse mesmo cenário, travam-se combates ferrenhos na disputa do direito que cada qual julga possuir. No cerne da paridade de armas assegurada constitucionalmente está a palavra. E, no trato com a palavra lançada na peculiar busca de concretizar justiça, não há espaço para arroubos de contentamento pelo elogio imerecido ou desnecessário, tampouco há espaço para melindres, mormente quando o caso é de simples falta de técnica ou requinte.

Também relativamente ao FATO 5, impõe- se absolver o réu com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

4. Apenas para registro, as três vítimas jamais foram ouvidas. Delas desistiu o Ministério Público no momento imediatamente posterior à determinação de oitiva pelo Juízo (fl. 436).

Prova oral produzida em Juízo, só mesmo o interrogatório do acusado, ocasião em que clamou inocência afirmando haver agido nos limites de seu ofício (fl. 605-CD), e os depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa, a saber, Marcelo Muller (fl. 533-CD), Antonio Figueiredo e Antonio Souza (fl. 554-CD), que o aquinhoaram com boas notas de conduta pregressa.

Apenas isso, há que reforçar, e nada mais.

5. Diante do exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao apelo para absolver **Getulio Teixeira Alves** de todas as imputações, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, comunicando-se.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000015-57.2016.8.26.0244, da Comarca de Iguape, em que é apelante THIAGO LOPES DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, tão somente para absolver THIAGO LOPES DOS SANTOS quanto ao delito previsto no art. 330, do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, mantida no mais a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.252)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – DESOBEDIÊNCIA E AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – Crime de desobediência que não restou caracterizado – Descumprimento de medida protetiva no âmbito doméstico-familiar que reclama consequência específica (decretação da prisão preventiva) – Fato atípico – Precedentes desta Corte e do STJ – Absolvição de rigor – AMEAÇA – Pleito de absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Materialidade e autoria suficientemente comprovadas por prova oral e documental colhidas durante a instrução – Palavra da vítima – Relevância – Elemento subjetivo da conduta (dolo) caracterizado – Dizeres que incutiram efetivo temor na ofendida, afrontando sua liberdade pessoal – Condenação mantida – Pena do delito remanescente e regime corretamente fixados – Descabimento da substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos e concessão de 'sursis' – Acusado portador de maus antecedentes – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 187/201, **Thiago Loes dos Santos** foi condenado à pena 09 meses e 15 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, mais ao pagamento de 60 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 330, *caput* e art. 147, ambos c.c. o art. 61, II, *'a'* e *'f'*, todos do Código Penal.

Inconformado, apela o acusado em busca da absolvição, pautada no argumento de insuficiência probatória, notadamente porque há, tão somente, as declarações da vítima (fls. 231/237).

Contrariado o recurso (fls. 241/245), subiram os autos, tendo Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo parcial provimento do apelo (fls. 251/255).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento, nos termos doravante delineados.

A imputação é a de que, no dia 07 de janeiro de 2016, por volta das 15h40, na Rua Vereador Benedito de Aquino Veiga, defronte ao imóvel de nº 68, Rocio, em Iguape, o acusado, em violência doméstica e familiar contra a mulher, ameaçou, por palavras, a vítima Aolibama Suelen Domingues, sua ex-companheira, de lhe causar mal injusto e grave.

Consta, também, que nas mesmas condições, o acusado exerceu direito de que foi suspenso ou privado por decisão judicial.

Segundo narra a denúncia, **Thiago** viveu em união estável com a vítima, mas à época dos fatos já estavam separados.

Ainda, em razão de histórico de violência, o Juízo da 1ª Vara Judicial local concedeu à vítima, em 14 de setembro de 2015, medida protetiva, determinando ao denunciado que dela e de seus familiares não se aproximasse.

A despeito da ordem de afastamento, nas circunstâncias de tempo e de espaço descritas no segundo parágrafo, o acusado se dirigiu à residência da vítima sob o pretexto de levar alguns mantimentos, exercendo direito de ir e vir suspenso por decisão judicial.

Após breve conversa com a vítima, o denunciado perguntou sobre a gravidez desta, ao que recebeu como resposta a negativa de que o filho fosse seu.

Diante disso, o acusado disse "*agora você sabe o que vai acontecer com você, né?" e "eu vou te matar*".

A mãe da vítima então pediu para o denunciado parar de ameaçar sua filha e, poucos minutos depois, policias militares chegaram ao local e prenderam em flagrante o denunciado.

Pois bem.

De proêmio, convém assinalar a insubsistência da condenação pelo crime

Acesso ao Sumário

de desobediência.

Isso porque, havendo consequência legal específica para o descumprimento da ordem emanada de funcionário público, no caso, a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, III, do Código de Processo Penal, conforme fls. 50/51, não há que se falar em crime de desobediência em razão do desatendimento à medida protetiva.

Nesse sentido, já lecionava o mestre Nelson Hungria:

"Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, saldo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (...)" (in Comentários ao código penal, vol. IX, Forense, Rio de Janeiro: 1958, p. 417).

Não por outra razão, têm decidido reiteradamente a 5.ª e a 6.ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI MARIA DA PENHA E CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE SANÇÃO ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O crime de desobediência previsto no art. 330, do CP, somente se perfaz quando inexistir cumulação de sanção específica de outra natureza em caso de descumprimento de ordem judicial. 2. Na Lei Maria da Penha, lex speciallis, existe previsão de prisão preventiva para aquele que descumprir a medida protetiva acauteladora da integridade da vítima (art. 313, III, do CPP). Por isso não há ensejo para a incidência do crime de desobediência. 3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1445446/MS, Rel. Min. Moura Ribeiro, 5.ª Turma, DJe 06.06.2014).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. 1. O descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei da Violência Doméstica contra a Mulher não caracteriza crime de desobediência, uma vez que há previsão de consequência jurídica específica, como a prisão preventiva. Precedentes. 2. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a sentença que absolveu sumariamente o paciente em razão da atipicidade. Decisão agravada em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Precedente. 3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 292.730/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6.ª Turma, DJe 05.06.2014).

Traz-se à colação, ademais, precedentes deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Acesso ao Sumário

"Apelação Criminal – AMEAÇA, DESOBEDIÊNCIA e RESISTÊNCIA – Materialidade e autoria incontroversas. Testemunhas e vítima – Desobediência. Atipicidade. Medida protetiva que já acarreta consequência específica – Pena bem aplicada em relação aos crimes de ameaça e resistência. Reprovabilidade da conduta. Embriaguez – Regime prisional semiaberto – Apelo parcialmente provido" (Apelação n.º 0000737- 92.2013.8.26.0698, Rel. Rachid Vaz de Almeida, 10.ª Câm. Crim., j. em 26.05.2014).

"Crime de desobediência – Descumprimento de medida protetiva determinada no âmbito da Lei Maria da Penha – Atipicidade da conduta – Subsidiariedade do tipo penal – Possibilidade legal de substituição da medida protetiva por outras cautelares mais graves. Absolvição com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Pena – Possibilidade – Apelação do réu provida" (Apelação n.º 0034236-19.2010.8.26.0554, Rel. Pedro Menin, 16.ª Câm. Crim., j. em 28.01.2014).

De rigor, portanto, a absolvição em relação a este delito.

No mais, a manutenção quanto ao crime de ameaça é medida que se impõe.

É que, tanto a materialidade, quanto a autoria restaram sobejamente demonstradas nos autos.

Em solo policial, o acusado negou a imputação, alegando que conviveu com a ofendida por dois anos e meio, sendo que tem uma filha com ela de 1 ano e 8 meses. Relatou que estão separados, em razão de discussões. Asseverou que, no dia dos fatos, a ofendida foi ao seu trabalho requerer coisas para a filha. Assim, à tarde, dirigiu-se à residência dela para entregar as compras e, enquanto conversavam, a genitora da vítima apareceu e pediu para que não discutissem porque a vítima estava grávida. Logo em seguida, policiais militares chegaram ao local. Tem ciência da existência de medidas protetivas de urgência para que não se aproximasse da ofendida. Nega tê-la ameaçado e asseverou que nunca fez isso (fls. 27/28).

Acesso ao Sumário

E, em juízo, admitiu que, na data dos fatos, desobedeceu a medida protetiva, da qual foi cientificado, acreditando que ela não tinha mais validade por levar mantimentos, roupas e dinheiro à vítima. No entanto, negou tê-la ameaçado, bem como afirmou que o Policial que efetuou sua prisão viu que não estava ocorrendo discussão. Afirmou que, após receber a medida protetiva, encontrou-se com a vítima cerca de três vezes. Declarou, ainda, que, após procurar advogado para ingressar com ação visando obter direito de visitar sua filha, a vítima disse que acabaria com sua vida, motivo pelo qual acredita que seja essa a razão das ameaças mentirosas. Afirmou que a vítima é quem lhe persegue, já tendo lhe ofendido e agredido em certa ocasião. Disse que,

na data dos fatos, assim como em diversas vezes, foi até o imóvel da mãe da vítima saber de sua filha, bem como entregar produtos alimentícios em razão da facilidade por ser feirante, atendendo ao pedido da ofendida por ela afirmar não ter condições de trabalhar por estar grávida. Asseverou que enviou cartas à vítima após ser preso pedindo ajuda, pois não estuprou o filho dela, e nunca a ameaçou por meio delas. Por fim, disse que já foi condenado por uso de drogas e responde pelo crime de estupro de vulnerável (conf. *mídia digital*).

No entanto, a negativa de autoria não se sustenta, pois não encontra nenhum respaldo no conjunto probatório amealhado durante a instrução.

Lado outro, a prova acusatória é segura e demonstra, com a segurança necessária que a condenação exige, a responsabilidade penal do acusado.

Vejamos.

Nas duas oportunidades em que foi ouvida, a vítima narrou, de forma bastante convincente, a maneira como os fatos ocorreram. Esclareceu que, mesmo após o réu, seu ex-companheiro, ser cientificado da medida protetiva de afastamento, obtida cerca de três meses antes da data dos fatos em razão de ameaças por ele proferidas, continuava perseguindo-a. Disse que, na data dos fatos, encontrava-se na casa de seu tio quando o réu ali apareceu no portão e ordenou que viesse conversar com ele, senão ele ingressaria à força no imóvel. Diante disso, afirmou que, antes de ir falar com ele, sua mãe solicitou por telefone a vinda de Policiais Militares e, enquanto pedia a ele que a deixasse em paz e não mais a procurasse, pois o relacionamento havia acabado, **Thiago** lhe disse "*você sabe o que vai acontecer com você, né*?" , "*se não vai ficar comigo não vai ficar com ninguém*" e "*vou te matar*". Relatou que, nesse momento, Policiais Militares ali apareceram e o prenderam em flagrante delito, ocasião em que ele disse "vou ser preso, mas uma hora eu vou sair". Disse que, mesmo preso, o réu lhe enviou cartas contendo ameaças de morte. Lembrou de ter ido à Delegacia e feito cerca de quatorze boletins de ocorrência contra o acusado. Por fim, disse que um desses boletins era referente ao estupro de seu filho, menor de idade (mídia digital).

E sobre o valor probatório da palavra da vítima no âmbito familiar, convém trazer à colação trecho de julgado emanado desta Colenda Câmara Criminal:

> *"Vale ressaltar que em delitos que ocorrem ordinariamente no âmbito familiar, presentes apenas o sujeito passivo e o ativo, são importantíssimas as declarações dos que com eles convivem, pois são relatos fidedignos, prestados por aqueles que presenciaram a infração, sendo a palavra da vítima de suma importância para a elucidação dos fatos; sob pena de estarmos chancelando a impunidade sobre tais crimes."* (Ap. n.º 0008455-37.2010.8.26.0637, Rel. Edison Brandão, 4.ª Câm. Crim., j. em 21.08.2012).

Acesso ao Sumário

Não bastasse, a testemunha Maria Aparecida Justo Domingues, mãe da vítima, afirmou que, por diversas vezes, presenciou o réu indo até a residência da ofendida conversar com ela, mesmo ciente da medida protetiva de afastamento, ameaçando-a constantemente de morte caso não retomasse o relacionamento. Disse que, na data dos fatos, a vítima lhe chamou em razão de o réu estar próximo ao portão dela, motivo pelo qual para lá se dirigiu, onde, após ouvir as ameaças descritas na inicial, sua filha lhe deu um "*sinal*", dizendo que era para ela voltar para casa, quando, em verdade, era para ela retornar para solicitar a vinda de policiais, o que fez. Disse que, pouco tempo depois, Policiais Militares ali apareceram e prenderam o réu em flagrante. Afirmou, ainda, que, mesmo preso, o réu enviou cartas à vítima ameaçando-a de morte. Por fim, disse que o acusado sempre foi agressivo com sua filha quando conviviam, restringindo a liberdade dela e dos filhos em comum (*mídia digital*).

Mas não é só.

Mark D´artagnan Lisboa dos Santos, Policial Militar, esclareceu que na data dos fatos, encontrava-se em serviço quando foi acionado em razão de o réu se encontrar em frente à residência da vítima, sob contexto de violência contra a mulher. Assim, para lá se dirigiu e constatou que o réu ali estava, próximo ao portão da residência, ocasião em que ele lhe disse que sabia que descumpria medida judicial, mas apenas foi lá entregar mantimentos à sua filha em comum com a vítima. Por sua vez, a vítima lhe disse que o acusado, além de entregar os mantimentos, quis reatar a relação e, com a negativa dela, aliado ao fato de ela dizer que ele não era o pai do filho que esperava, ele ficou enfurecido e a ameaçou de morte. Disse que não presenciou a ameaça, bem como o réu, na ocasião, negou proferir ameaças contra a vítima. Aduziu que tomou ciência de relatos da vítima de que o réu, frequentemente, passava em frente à residência dela, ameaçando-a. Acrescentou que a vítima relatou ter sido agredida pelo réu, bem como ele ter abusado sexualmente do filho dela e de não poder sair de casa sem que fosse importunada por ele. Por fim, afirmou que os atos do réu abalaram psicologicamente a vítima e todos os familiares dela (mídia digital).

Acesso ao Sumário

De fato, as ameaças proferidas pelo acusado tiveram o inconteste condão de amedrontar e intimidar a vítima, tanto que acionou a polícia e procurou as autoridades para representar contra ele.

Acerca do tema, aliás, esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

> *"A ameaça é a violência moral (vis compulsiva), que tem a finalidade de perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade do ofendido através da intimidação".* (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, 3ª ed. Ed. Saraiva, p. 442).

Ademais, o acusado não fez qualquer prova da alegada inocência e as declarações apresentadas pela ofendida e pelas testemunhas, coerentes e

harmônicas entre si, não foram infirmadas por quaisquer elementos de convicção.

Oportuno registrar que a ira, por si só, ou, *in casu*, a exaltação do apelante pelo simples fato de não aceitar o fim do relacionamento com a ofendida; não retira da sua conduta a vontade séria e idônea de intimidar, de infundir temor na vítima, sendo irrelevante o seu momentâneo estado emocional desequilibrado.

Com efeito, sendo o delito de ameaça crime formal e instantâneo, que se consuma independentemente do resultado lesivo objetivado pelo agente, basta, para a sua caracterização, que a ameaça, proferida com vontade livre e consciente, seja idônea, séria e capaz de incutir temor em um homem médio.

Destarte, vislumbram-se presentes todos os elementos constitutivos do crime de ameaça, inclusive o elemento subjetivo do dolo, sendo certo ainda que, no caso concreto, além de proferida a ameaça com vontade livre e consciente, restou demonstrado o temor experimentado pela vítima.

Assim, plenamente demonstradas a materialidade e autorias delitivas, não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória.

Condenação, portanto, irreparável.

As penas sequer foram questionadas pela defesa, e sequer poderiam, pois dosadas de maneira razoável, à luz do sistema trifásico, de modo que não reclamam qualquer alteração.

Inviável a substituição das penas corporais por restritivas de direitos, pois marcadas as condutas por violência e grave ameaça.

Também não socialmente recomendado o sursis, ante os motivos e circunstâncias dos fatos, nos termos do art. 77, II, do Código Penal, como muito bem decidido na origem.

O regime inicial (semiaberto) também se revela consentâneo aos fins da pena, nos termos do art. 33. §3º, do Código Penal, já que o acusado é portador de maus antecedentes (fls. 137/138), além de lhe serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais, e deve ser mantido.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso, tão somente para absolver THIAGO LOPES DOS SANTOS quanto ao delito previsto no art. 330, do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, mantida no mais a r. sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003268-85.2015.8.26.0471, da Comarca de Porto Feliz, em que é apelante/apelado

Acesso ao Sumário

LUIS ANTONIO JESUINO, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da acusação, para condenar-se LUIS ANTONIO JESUINO também pelo crime do art. 12, "caput", da Lei 10.826/90, aumentada a pena física final para 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença, desprovido o apelo defensório. v.u..", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.816)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelações da acusação e defensória. Arguição de nulidades – Prejudicial de cerceamento de defesa afastada – Prejuízo efetivo não demonstrado, inclusive – Violação de domicílio – Inocorrência – Crime permanente – Permissivo constitucional. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e posse ilegal de munição (arts. 12 e 14 da Lei nº 10.826/03) – Condenação somente pelo delito de porte, aplicado o princípio da consunção – Autoria e materialidade bem comprovadas – Palavras firmes e coerentes dos agentes públicos – Crime de perigo abstrato – Potencialidade lesiva presumida – Decorrência de peculiar política criminal – Precedentes – Eficácia do armamento suficientemente demonstrada pela prova pericial, ainda que dispensável à tipificação – Desclassificação para posse de arma – Impossibilidade – Artefato que estava em local público – Erro de proibição inocorrente – Recurso ministerial com vistas à condenação também pelo delito de posse – Resultado que se impõe – Crime do art. 12 da Lei 10.826/03 também caracterizado – Princípio da consunção inaplicável – Delitos ocorridos em contextos diversos – Precedentes – Desígnios autônomos evidentes – Hipótese de cúmulo material – Bases no mínimo – Concurso material de rigor, dada a peculiaridade do caso – Regime aberto

Acesso ao Sumário

e substituição da corporal inalterados – Recurso ministerial provido, desacolhido o defensório.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu nos arts. 12 "caput" e 14, "caput", ambos da Lei 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal.

A r. sentença, aclarada à fl. 203, é de parcial procedência, decretada a absolvição do delito do art. 12, com espeque no princípio da consunção, mas impostas as penas de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, diária no piso, pelo porte ilegal de arma de fogo. A corporal foi substituída por restritiva de direito consistente em prestação pecuniária equivalente a um salário mínimo, mais 10 dias- multa. Foi estabelecida, ainda, a taxa judiciária de 100 UFESP's.

Recorrem as partes.

O "Parquet" quer a condenação do sentenciado também pelo delito do art. 12 da Lei 10.826/03, fixando-se a pena no mínimo, em regime aberto e com substituição da corporal por restritivas de direitos (fls. 187/93).

Já a defesa levanta, em preliminar: a) cerceamento de defesa, porque não apreciados, pela r. sentença, os pleitos de atipicidade material, desclassificação da conduta e erro de proibição; e b) nulidade da prova, dês que ausente mandado de busca e apreensão para a residência da mãe do réu. No mérito, defende a absolvição plena, quer por ausência de dolo, quer pela atipicidade ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para o tipo penal do art. 12 da Lei 10.826/03. Além disso, pede pena aquém do mínimo (fls. 207/17).

Contrarrazões às fls. 219/26 e 235/40.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Waléria Garcelan Loma Garcia, é pelo provimento do recurso da acusação e desprovimento do defensório (fls. 260/71).

Recursos bem processados.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Por primeiro, arreda-se a matéria prejudicial.

É que não se vê cerceamento de defesa, eis que a r. sentença apreciou a temática controvertida com amplitude, bem externando os motivos determinantes do resultado.

Por isso que nela não se vislumbram as falhas apontadas pelo apelante, mesmo porque a matéria posta à análise foi bem esmiuçada.

E prescindível o exame integral de todas as teses da defesa, quando adotado entendimento que, por incompatibilidade lógica, sobrepõe-se aos demais argumentos defensórios (RHC 31.328/MT, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 05.03.2013, v.u.; AgRg no AREsp 167.888/DF, Rel. Min.

Acesso ao Sumário

Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 11.03.2014, v.u.).

Não se cogita também da nulidade por violação a direito fundamental.

É que, encontrada a munição na residência da mãe do ora sentenciado, local em que ele estaria residindo, tem-se que ocorrente crime permanente, a justificar a diligência domiciliar empreendida, por força de permissivo constitucional (STF, RE com efeito de repercussão geral nº 603.616, Pleno, DJe 10.05.16).

Nesse contexto, nenhuma falha se constata, até porque não demonstrado prejuízo efetivo, como exigido pelo art. 563 do CPP.

Vai-se ao cerne.

A teor do flagrante de fls. 09/14, b.o.s de fls. 06/8, 54/6 e 109/10, auto de exibição/apreensão de fl. 57, laudos periciais de fls. 87/8, 94/6 e 102/4, foi o réu pilhado por agentes públicos porque portava uma arma de fogo calibre 32 de uso permitido, além de 10 cartuchos do mesmo calibre.

É do caderno processual que policiais militares e civis, em cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido em desfavor do acusado, compareceram na residência dele, situada a Rua Silvio Pelegrini, nº 227, com a finalidade de localizar armas de fogo. Em lá chegando, apuraram que Luis Antonio havia mudado de domicílio, encontrando-se, agora, na Rua Benedito Aparecido Manfrinatti, n° 114. Então, para lá se dirigiram, ocasião em que foram recebidos pela mãe dele, que lhes franqueou a entrada. Em revista no imóvel, os milicianos encontraram uma caixa de sapatos no quarto de Luis, a qual continha dez munições íntegras calibre 32. Ato contínuo, os policiais partiram para a delegacia, momento em que, no trajeto, avistaram o réu conduzindo uma ambulância municipal, com a qual trabalhava, e procederam à abordagem. Em revista no veículo, os agentes públicos encontraram uma arma de fogo calibre 32, municiada com cinco cartuchos íntegros. Diante dos fatos, foi ele preso em flagrante.

Na delegacia, o detido preferiu o silencio (fl. 52).

Acesso ao Sumário

Em juízo, confirmou que a arma apreendida pelos policiais estava no veículo de trabalho, mas não era de sua propriedade. O artefato foi localizado embaixo do banco do motorista, do que o depoente não tinha ciência. As munições apreendidas em sua casa também não lhe pertenciam. Realmente, a residência onde elas foram localizadas era do depoente, mas as munições não eram suas. A ambulância ficava no estacionamento e era de livre acesso a inúmeras pessoas em seu trabalho. Desconhece se algum colega de trabalho possui arma de fogo (mídia arquivada na serventia - juízo).

A testemunha de defesa Aparecido Nobrega Ferrari relatou que trabalha com o réu como motorista, ocorrendo que inúmeros outros motoristas tem acesso aos veículos na empresa. Nunca ouviu dizer que o acusado possuía arma

de fogo (mídia arquivada na serventia - juízo).

A testemunha de defesa Joice Jesuino, filha do réu, disse que morava havia pouco tempo com o pai e nunca viu arma de fogo na casa. Também nunca tinha visto munição na residência. Estava presente no imóvel no momento em que os policiais ali chegaram. Como os agentes públicos disseram que tinham ordem para revistar a casa, acabou permitindo que eles ali adentrassem. Não viu nenhum papel com os policiais. Na casa onde as munições foram localizadas moram a depoente, seu pai e a avó. As munições apreendidas não eram de propriedade da depoente (mídia arquivada na serventia – juízo).

Mas, os servidores públicos oficiantes foram firmes em seus testemunhos ao azo do flagrante, ratificando, em juízo, a prova administrativa e em todos os seus termos, consoante relatado na peça matriz. Acrescentaram que encontraram as munições no quarto do réu, sucedendo que, no momento em que retornavam para a delegacia, se depararam com Luis conduzindo uma ambulância. Então, procederam à abordagem e, em revista no veículo, acharam uma arma de fogo debaixo do banco do motorista. Indagado, o acusado não confirmou a propriedade dos artefatos. Para a revista no automóvel, não havia mandado de busca, mas o réu lhes franqueou a possibilidade (fls. 10 e 12 – delegacia; mídia arquivada na serventia – juízo).

Portanto, os testigos dos agentes públicos, aliados às condições em que se deu o flagrante, não deixam dúvidas quanto à prática delitiva.

E não é de suspeitar-se das narrativas dos agentes da lei, em inexistindo fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha. Nessa linha: STJ – HC 372.072, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 22.02.2017; STJ – HC 314.454/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17.02.2017; STJ – AREsp 1.013.235/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.02.2017; Apelação nº 0000225-90.2015.8.26.0617, 4ª Câmara Criminal, Rel. Camilo Léllis, j. 14.02.2017.

Outrossim, não se pode cogitar de atipicidade da conduta, porque aqui se trata de crime de perigo abstrato, que tem como objeto jurídico a segurança pública e a paz social.

No respeitante, a jurisprudência do Pretório Excelso, a exemplo dos arestos que seguem:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma municiada*

Acesso ao Sumário

ou apta a efetuar disparos. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido." (RHC 106.346, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 02.10.2012);

"(...) 2. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é crime de mera conduta e de perigo abstrato. O objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante estar a arma de fogo desmuniciada. 3. Ordem denegada." (HC 117206/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 19.11.2013).

Também da Instância Especial:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. TIPICIDADE. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. QUANTIDADE DE MUNIÇÃO APREENDIDA E AUSÊNCIA DA ARMA DE FOGO. IRRELEVÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1.'O crime de porte ilegal de munição de uso permitido, tipificado no artigo 14 da Lei n. 10.826/03, é de perigo abstrato - ou de mera conduta - e visa proteger a segurança jurídica e a paz social. Sendo assim, é irrelevante a apreensão conjunta de arma de fogo para que o delito seja caracterizado' (HC n. 326.868/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Dje 6/11/2015); 2. '(...) inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo, por reconhecer-lhes a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade da munição apreendida e se esta encontrava-se ou não acompanhada da arma' (AgRg no AREsp 644.499/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015). 3. Recurso Ordinário em habeas corpus improvido." (RHC 73.868/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 17.11.16);

"(...). PORTE DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIO OU MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. POSSIBILIDADE DE LESÃO REAL. AFERIÇÃO. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. Nos termos do entendimento majoritário das duas Turmas componentes da Terceira Seção, o crime previsto no tipo do art. 16 da Lei n.º 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desinfluente aferir se a arma de fogo, o acessório ou a munição de uso permitido sejam capazes de produzir lesão real a alguém. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ressalva do ponto de vista desta Relatora. 3. Writ não conhecido." (HC 213.078, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 05.09.2013);

Idêntica orientação é perfilhada por esta Casa de Justiça:

"APELAÇÃO PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO

Acesso ao Sumário

RASPADA. Insurgência Ministerial - Sentença que absolveu o acusado com fulcro no art. 386, III do Código de Processo Penal, reconhecendo a atipicidade da conduta por ineficácia do objeto. Laudo pericial atestou a inaptidão da arma de fogo Irrelevância. Crime de perigo abstrato - Tipicidade da conduta - Crime configurado - Autoria e materialidade delitivas devidamente comprovadas. Condenação que se impõe. Recurso ministerial provido, com determinação." (Apelação nº 0000394-29.2015.8.26.0536, Rel. Des. Edison Brandão, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 07.02.2017, v.u.);

"APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO - Autoria e materialidade delitiva comprovadas - Alegação de atipicidade da conduta afastada - Tipo penal que equipara a posse da munição à posse da arma de fogo - Crime de mera conduta e de perigo abstrato - Condenação mantida - Pena e regime prisional fixados com critério e corretamente - Recurso desprovido (...) Note-se, ainda, por oportuno, que para a configuração dos delitos previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/03 não se exige resultado naturalístico, já que se tratam de crimes de perigo abstrato e de mera conduta, que se aperfeiçoam com a conduta típica, independentemente de qualquer resultado..." (Apelação nº 0000072-07.2015.8.26.0569, Rel. Nelson Fonseca Júnior, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 10.08.2016, v.u.);

Além do que, os artefatos foram periciados, apurando-se que se encontravam aptos a realizar disparos. As munições, inclusive, poderiam ser utilizadas (fls. 88 e 95/6).

Não há falar, ainda, na desclassificação da conduta mais grave para a do art. 12 do Estatuto do Desarmamento, dês que o acusado foi encontrado portando a arma de fogo em local público, enquadrando-se a ação, por qualquer ângulo que se olhe, no art. 14, "caput", da Lei nº 10.826/03.

Também não se pode cogitar de erro de proibição, como pretende o acusado, porque a ignorância da lei é inescusável (arts. 21 do CP e 3º da LINDB, antes nominada LICC).

Imperiosa, pois, a condenação pelo crime de porte de arma, diante desse quadro probante.

Outrossim, também caracterizado o delito de posse de munição, como quer o órgão acusador, eis que não se demonstrou liame entre o porte da arma e a posse das munições, tratando-se de condutas decorrentes de desígnios autônomos e completamente distintas.

Realmente, os delitos não foram cometidos num mesmo contexto, porquanto as munições foram localizadas escondidas na casa do réu, enquanto o artefato era por ele portado em local público.

Acesso ao Sumário

Com efeito, os policiais oficiantes, como visto, afirmaram, de forma uníssona, terem encontrado as munições de calibre 32 no quarto do acusado.

Essa a razão pela qual não se invoca o princípio da consunção, mantendo-se o cúmulo material.

No particular, confiram-se arestos da Instância Especial: HC 387901/RS, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 10.04.2017; HC 148819/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, DJe 23.08.2010. Cite-se, ainda, precedente desta Corte: Apelação nº 0043194-14.2014.8.26.0114, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, rel. Des. Camilo Léllis, j. 18.04.2017.

Desse modo, respeitado o entendimento do douto magistrado, altera-se o veredito no tocante ao delito do art. 12 do Estatuto do Desarmamento, como quer o *Parquet.*

Passa-se à dosimetria.

As reprimendas ficaram nos lindes inferiores, em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, pelo porte de arma de fogo.

Também, para a posse de munição, devem ser as iniciais fixadas no mínimo, ficando em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, restando definitivas nesses termos, à mingua de circunstâncias modificadoras.

Por fim, presente o concurso material entre os dois delitos, impõe-se a somatória das sanções, obtendo-se 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, diária mínima.

Elegeu-se o regime aberto, com substituição da corporal por uma restritiva de direito, mais 10 dias-multa, como suso mencionado, nada havendo a alterar no respeitante.

Destarte, dá-se provimento ao recurso da acusação, para condenar-se LUIS ANTONIO JESUINO também pelo crime do art. 12, "caput", da Lei 10.826/90, aumentada a pena física final para 03 anos de reclusão e 20 dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença, desprovido o apelo defensório.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000130-79.2017.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que são apelantes DOUGLAS ALMEIDA ZANCHINI e RICARDO HENRIQUE BALDIVIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos apelos dos réus, para reformar em parte a r. sentença, a

fim de reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores e ajustar as penas, ficando os réus Ricardo Henrique Baldivia e Douglas Almeida Zanchini condenados definitivamente, como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e art. 244-B da Lei n. 8.069/90, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal, respectivamente, às penas de 08 (oito) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso (réu Ricardo) e 07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso (réu Douglas), mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. Decorrido o prazo para recurso ordinário, expeçam-se mandados de prisão em nome dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Roubo qualificado e corrupção de menores – Recursos defensivos pleiteando a absolvição e, subsidiariamente, o reconhecimento da participação de menor importância, a redução das penas e o abrandamento do regime prisional – Provas francamente incriminadoras – Certeza do prévio ajuste e mútua cooperação entre os agentes – Emprego de arma confirmado pelas vítimas – Crime de corrupção de menores comprovado – Demonstração da prática do crime em concurso de agentes com o adolescente – Crime formal, não dependendo a sua consumação da efetiva corrupção do menor – Inocorrência de *bis in idem* entre a qualificadora do concurso de agentes e a condenação pelo crime de corrupção de menores – Institutos jurídicos distintos, com diferentes bens jurídicos tutelados – Afastamento do concurso material – Aplicação do concurso formal entre as infrações, por terem sido atingidos os dois bens jurídicos tutelados penalmente numa só ação – Penas dos crimes de roubo e corrupção de menores alteradas – Necessidade de exacerbação das penas bases bem justificada – Redução dos aumentos operados – Agravante prevista no art.

Acesso ao Sumário

61, inciso II, "h", do CP, em relação ao crime de roubo, corretamente reconhecida – Atenuante da menoridade relativa corretamente reconhecida para o réu Douglas – Ajuste do acréscimo em decorrência das qualificadoras do crime de roubo, de ½ para 3/8 – Aumento da pena pela aplicação do concurso formal – Resultado de pena superior àquela que seria cabível pela regra do art. 69 do Código Penal – Penas somadas – Inteligência do art. 70, parágrafo único, do Código Penal – Regime prisional fixado com critério – Personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública, de quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade – Necessidade de maior reprovabilidade de modo a prevalecer o parâmetro da suficiência – Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita – Não acolhimento – Hipossuficiência não comprovada – Parcial provimento.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 512/520, acrescenta-se que os réus **RICARDO HENRIQUE BALDIVIA** e **DOUGLAS ALMEIDA ZANCHINI** foram condenados, como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, cc. art. 29, ambos do Código Penal, e art. 244-B, da Lei n. 8.069/90, na forma do art. 69 do Código Penal, respectivamente, às penas de 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa (réu Ricardo) e 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, no mínimo legal, não tendo sido concedido o direito de recorrerem em liberdade.

Inconformados, apelam os réus, pleiteando a absolvição e, subsidiariamente, o reconhecimento da participação de menor importância, a redução das penas e o abrandamento do regime prisional. O réu Douglas busca, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo parcial provimento dos apelos (fls. 685/698).

É o relatório.

A r. sentença recorrida deu correta solução à ação penal, bem analisando as provas dos autos.

Os réus foram presos em flagrante delito. Existe a certeza visual do crime, emergindo certa a autoria delitiva, enquanto a materialidade decorre do boletim de ocorrência de fls. 30/35, do auto de exibição e apreensão de fls. 36/38, do

Acesso ao Sumário

auto de entrega de fls. 39, dos laudos periciais de fls. 211/215 e 246/248 e da prova oral colhida.

Aliás, a prova oral produzida sob o crivo do contraditório é incriminadora, emergindo absoluta certeza de que os réus praticaram os delitos, exatamente como narrado na peça incoativa.

Com efeito, a vítima Domingos, proprietário do supermercado, descreveu detalhadamente como se deram os fatos, confirmando a ocorrência do roubo mediante comparsaria e emprego de arma de fogo. Disse que estava em seu estabelecimento comercial, quando notou um agente apontando uma arma de fogo para sua funcionária que trabalhava no caixa. Como percebeu que ela não conseguia abrir a gaveta, foi até o caixa ao lado, abriu a gaveta e entregou ao assaltante o dinheiro que ali estava. Sua funcionária acabou conseguindo abrir a gaveta e também entregou o dinheiro para o agente armado. Não conseguiu identifica-lo, porque ele usava capacete. Sua filha percebeu que se tratava de um assalto e acionou a polícia, que conseguiu deter dois suspeitos. Recuperou o dinheiro subtraído. Um de seus funcionários que presenciou a ação criminosa identificou o assaltante, seu conhecido. Ele fugiu na garupa de uma motocicleta, apontando a arma para trás, em direção ao supermercado.

A vítima Sônia, por sua vez, contou que um agente armado, usando capacete, anunciou o assalto e lhe entregou uma sacola, ordenando que ali colocasse o dinheiro. Seu patrão aproximou-se e o assaltante, então, passou a apontar a arma para ele. Quando esse agente voltou a atenção para sua pessoa, irritou-se ao perder de vista a sacola com o dinheiro, razão pela qual lhe desferiu uma coronhada na cabeça, provocando sangramento. De posse do dinheiro, o assaltante fugiu. Não conseguiu identificar o agente, recordando-se apenas que ele trajava uma calça jeans e era moreno.

A testemunha Deivisson, outro funcionário do supermercado, narrou ter visto uma pessoa usando capacete ingressar no local e anunciar o assalto à operadora do caixa. Também disse ter presenciado o agente desferir uma coronhada na cabeça dela. Afirmou que identificou o assaltante como sendo o adolescente Vitor. Conhecia- o de vista como “Vitinho”.

Em complemento, os policiais Leidi e Márcio relataram que, após receberem comunicação de um roubo andamento, dirigiam-se ao local dos fatos, quando se depararam com uma motocicleta com placa de identificação pendurada, ocupada por duas pessoas que vestiam moletom escuro e capacetes, a qual passou a empreender fuga ao visualizar a viatura. Houve perseguição e os suspeitos caíram da motocicleta ao passar por uma poça d’água, nas proximidades da linha férrea, oportunidade em que perderam seus capacetes e continuaram fugindo a pé. O condutor da motocicleta passou por debaixo do trem que estava parado na linha, mas foi abordado por outra guarnição que veio

Acesso ao Sumário

por aquele lado da ferrovia, sendo identificado como sendo o réu Ricardo. A pessoa que estava na garupa foi identificada como sendo o adolescente Vitor. Ele dispensou uma sacola com o dinheiro subtraído e correu em direção aos "predinhos" da rua Rubião Meira, vindo a ser abordado por outros policiais naquele local, na companhia do réu Douglas.

O policial Rondon relatou que realizou a abordagem do réu Douglas e do adolescente Vitor, que estavam juntos na área dos "predinhos" da rua Rubião Meira. Ao dar ordem de parada, eles esboçaram tentativa de fuga, mas, após nova advertência, deitaram-se no chão. Disse que havia visto o réu Douglas entregar um objeto de cor escura ao adolescente, que depois veio a constatar que se tratava de uma peça de roupa. Eles alegaram que estavam apenas conversando e que se assustaram com a abordagem policial, pelo que tentaram fugir.

Nada existe para subtrair a credibilidade da prova oral colhida. Sabidamente, em sede de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, quando coerente, como é o caso dos autos, merece credibilidade, considerando que ninguém tem interesse em acusar, injustamente, pessoa inocente.

A doutrina afirma que *"(...) há oportunidades em que a palavra do ofendido alcança extremo valor probante, principalmente nos delitos praticados na clandestinidade, quando estão ausentes testemunhas presenciais da cena criminosa. Tal situação é comum nos crimes contra a dignidade sexual (p. ex.: estupro etc.) e, ainda no crime de roubo, delitos estes que, por sua natureza, em regra, só participam o agente e a vítima (TJSP, Ap. nº 139.718-3, Rel. Des. Celso Limongi, j. em 03.03.94; TJSP, Ap. nº 110.070-3, Rel. Des. Denser de Sá, j. 09.09.91; RT 737/624: RJDTACRIM 2/135)."* (Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Curso de Processo Penal, Editora Forense, 6ª edição, p. 343).

Veja-se, aliás, posicionamento jurisprudencial:

"As declarações da vítima são suficientes para configuração do crime contra o patrimônio quando seguras e em sintonia com os demais elementos probatórios" (TJSP – AC 990080935682/SP – 12ª Câm. Criminal – Rel: Des. Paulo Rossi – j. em 09.09.2009).

E, quanto à palavra dos policiais, importante frisar que eles exercem função pública relevante e presumidamente cumprem a lei.

A propósito, assim já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal,

Acesso ao Sumário

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" (H.C. nº 74.608-0/SP Rel. Min. Celso de Mello).

De outra banda, as negativas judiciais dos apelantes, além de isoladas, não convenceram.

Nítida a intenção dos réus de se eximirem da responsabilidade que sobre eles recai, apresentando em suas defesas pouco críveis e desprovidas de amparo probatório. Aliás, as versões por eles apresentadas sequer guardaram harmonia.

Também não lhes socorrem os depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas por eles arroladas, mesmo porque elas nada presenciaram acerca dos fatos.

Fato é que o adolescente Vitor foi reconhecido por um dos funcionários do supermercado como um dos autores do delito. Foi ele quem entrou armado e subtraiu o dinheiro dos caixas.

Já o réu Ricardo ficou do lado de fora do supermercado com sua motocicleta e deu fuga ao adolescente após o roubo. Como já dito anteriormente, nenhuma prova foi por ele produzida para comprovar que estava no supermercado e foi coagido pelo assaltante (adolescente Vitor) a lhe dar fuga. Estranhamente, ainda, continuou a fuga a pé, mesmo depois de ter caído da motocicleta.

O réu Douglas, por sua vez, foi visto entregando uma peça de roupa para o adolescente Vitor, para evitar o reconhecimento. Ele foi visto na companhia do adolescente na área dos "predinhos", para onde este correu durante a fuga.

Veja-se, ainda, que o réu Douglas não deu explicação plausível para ter tentado fugir da abordagem policial juntamente com o adolescente. Aliás, a versão por ele apresentada - de que fumava um cigarro com seu amigo Natã, quando o adolescente surgiu correndo em sua direção, seguido pela polícia, tendo então decidido correr também foi contrariada pelo depoimento prestado pela própria testemunha Natã, que afirmou apenas ter "trombado" com o réu durante a manhã em que ocorreu o roubo, ocasião em que com ele fumou um cigarro, nada podendo esclarecer acerca dos fatos.

A prova referente ao crime de roubo, como se nota, é robusta quanto à participação de ambos os réus na empreitada criminosa, não havendo motivo justificável para se alterar o já decidido em primeiro grau, posto que devidamente comprovadas autoria e materialidade do delito, assim como o dolo com que agiram e, não havendo nenhuma causa excludente de ilicitude, a condenação era mesmo de rigor.

É certo que houve prévio ajuste e mútua cooperação entre os apelantes e o adolescente Vitor, mostrando-se inarredável a respectiva qualificadora. De fato, os agentes atuaram conjuntamente, com clara divisão de tarefas. Enquanto

Acesso ao Sumário

o adolescente Vitor entrou no supermercado e subtraiu o dinheiro dos caixas, os réus contribuíram ativamente para a tentativa de fuga do adolescente, tudo a demonstrar o conluio existente entre eles, não havendo se falar, portanto, em participação de menor importância dos apelantes.

A prova também é clara sobre o emprego de arma de fogo, que inclusive foi apreendida e periciada, ficando constatada a sua aptidão à realização de disparos (fls. 246/248).

Ressalte-se, ademais, que, se a palavra da vítima vale para afirmar a autoria do delito, com mais razão vale para comprovar particularidades dele, como o concurso de agentes e o emprego de arma.

Veja-se, aliás, maciça jurisprudência, sobretudo deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> "Se a palavra da vítima vale para afirmar a autoria do delito, com mais razão vale para comprovar particularidades dele, como o concurso de agentes e o emprego de armas. Ressalte-se, outrossim, que a prova pericial não é indispensável para a proclamação do emprego de arma. O que importa é a realidade do uso de armas, afirmada pelas vítimas, e a potencialidade intimidativa delas, presente no caso" (AC nº 990.09.219942-0 – Comarca de Serra Negra – 5ª Câm. Criminal – Rel: Des. Pinheiro Franco – j. em 28.01.2010).

Comprovado está também o crime de corrupção de menores, porquanto inequivocadamente demonstrado que os apelantes cometeram o delito em concurso de agentes com o menor inimputável Vitor.

Nesse passo, irrelevante questionar sobre os aspectos morais das crianças ou adolescentes, bem como das consequências advindas da influência desfavorável quanto ao aspecto moral, de caráter e de personalidade. É que o crime de corrupção de menores é formal, portanto, de consumação imediata, não dependendo do resultado, bastando que o agente imputável pratique o crime na companhia de agente menor inimputável.

Sobre a configuração do crime de corrupção de menores, a jurisprudência nos ensina que:

> "ROUBO QUALIFICADO e CORRUPÇÃO DE MENORES. Prova robusta da autoria e da materialidade delitiva. Condenações mantidas. Concurso de agentes e emprego de arma. Apreensão da arma utilizada no roubo. Desnecessidade. Qualificadoras caracterizadas. Dois roubos cometidos contra vítimas diversas. Concurso formal e continuidade delitiva configurados. **Corrupção de menores. Delito formal, cuja consumação independe da efetiva corrupção do menor. Precedentes do STJ**. Penas redimensionadas, afastando-se a reincidência de um dos réus. Regime fechado necessário. Apelos ministerial e de um dos réus parcialmente acolhidos, improvido o do outro acusado." (TJ, AP nº 990.10.324797-3, Rel. Tristão Ribeiro, j 10/02/2011). (**grifo do relator**).

Acesso ao Sumário

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento:

Súmula 500, STJ: *"A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal"*.

E nem há se falar, como argumenta a douta defesa do réu Douglas, que configura *bis in idem* a condenação do réu pelo crime de corrupção de menores e o aumento da sua pena pelo crime de roubo em razão da qualificadora do concurso de agentes.

Trata-se de institutos jurídicos distintos, com diferentes bens jurídicos tutelados.

No delito de roubo, o bem protegido é o patrimônio e o aumento de pena pelo concurso de pessoas se justifica pela maior gravidade que representa a prática do delito com pluralidade de agentes. No crime de corrupção de menores, por sua vez, visa-se a proteção dos menores, na medida em que se coíbe a prática de infrações penais na companhia de crianças e adolescentes, considerados mais vulneráveis, por se encontrarem ainda em processo de desenvolvimento.

A r. sentença merece reparo, todavia, para que seja reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores. Numa só ação foram atingidos os dois bens jurídicos tutelados penalmente. Afasta-se, portanto, o concurso material de crimes, com a consequente adaptação da pena, sempre atendendo aos parâmetros da suficiência e reprovabilidade das condutas criminosas.

As penas aplicadas pelo crime de roubo e de corrupção de menores também comportam reparo.

Corrupção de menores

A exacerbação da pena base foi bem justificada diante da acentuada culpabilidade dos apelantes, que, como bem ressaltado pela douta magistrada sentenciante*, "procuraram se expor em menor grau na execução do crime, certamente visando escapar da responsabilidade penal na hipótese de fracasso da subtração violenta"* (fls. 518).

No entanto, apesar de bem justificado, exagerado o aumento operado, em dobro, mostrando-se suficiente o acréscimo de 1/6 (um sexto), para ficar mais próximo de atender aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção da conduta atribuída aos recorrentes.

Na segunda fase, para o réu Douglas, incide a atenuante da menoridade relativa.

Assim, para o réu Ricardo, fixa-se, agora, a pena base acima do mínimo legal, em 1/6 (um sexto), ou seja, 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, a

Acesso ao Sumário

qual resulta definitiva a míngua de outras circunstâncias modificadoras.

Já para o réu Douglas, fixa-se, agora, a pena base acima do mínimo legal, em 1/6 (um sexto), ou seja, 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, reduzindo-a de 1/6 (um sexto) em razão da atenuante da menoridade relativa, resultando definitiva a condenação do réu à pena de 01 (um) ano de reclusão, frisando que é vedada a fixação da pena aquém do mínimo legal em razão de circunstância atenuante.

Roubo

De igual forma, a necessidade de exacerbação da pena base foi bem justificada pela douta magistrada a quo, que considerou graves as circunstâncias do delito: "*o adolescente executor empregou violência contra a vítima Sônia, que não resistiu à ação criminosa*" (fls. 518).

Todavia, também exagerado o aumento operado, de ½ (metade), já que os apelantes, como ressaltado pelo ilustre Procurador de Justiça, não realizaram diretamente o ato de agressão contra a vítima Sônia, mostrando-se suficiente, portanto, o acréscimo de 1/6 (um sexto).

Na segunda fase, corretamente reconhecida a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, "h", do Código Penal, porquanto a vítima Domingos é maior de 60 anos de idade.

Também bem reconhecida a atenuante da menoridade relativa quanto ao réu Douglas, tendo ocorrido a compensação entre as circunstâncias agravante e atenuante.

Na terceira fase, necessário ajustar o aumento operado em razão das qualificadoras, já que se adota o entendimento de que, em se tratando de duas qualificadoras, o acréscimo deve se der 3/8 (três oitavos) e não de ½ (metade), como operado na r. sentença.

Assim, para o réu Ricardo, fixa-se, agora, a pena base acima do mínimo legal, em 1/6 (um sexto), ou seja, 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, aumentando-a de 1/6 (um sexto) em razão da circunstância agravante e de mais de 3/8 (três oitavos) em decorrência das qualificadoras, somando a pena de 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

Já para o réu Douglas, fixa-se, agora, a pena base acima do mínimo legal, em 1/6 (um sexto), ou seja, 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, aumentando-a de 3/8 (três oitavos) em decorrência das qualificadoras, somando a pena de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Ainda, em razão do concurso formal, ora reconhecido, a pena do crime mais grave (roubo) deve ser aumentada de 1/6 (um sexto). Verifica-se, contudo que a pena excede a que seria cabível pela regra do art. 69 do Código Penal, pelo

Acesso ao Sumário

que se procede à soma das penas, nos termos do que dispõe o art. 70, parágrafo único, do Código Penal (concurso material benéfico), resultando definitiva a condenação do réu Ricardo à pena de **08 (oito) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão** e a condenação do réu Douglas à pena de **07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.**

As penas pecuniárias, por seu turno, resultam definitivas em **16 (dezesseis) dias-multa,** no piso, para o réu Ricardo, e em **15 (quinze) dias-multa**, no piso, para o réu Douglas, pois não há previsão de pena de multa para o crime de corrupção de menores e, nos termos do art. 72 do Código Penal, as penas de multa são aplicadas de forma distinta e integralmente para cada delito.

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena é o adequado, não comportando abrandamento. O crime de roubo é de extrema gravidade e quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública. Necessário, portanto, maior reprovabilidade àqueles que enveredam para a prática de tal conduta ilícita, de modo que prevaleça o parâmetro da suficiência, sob pena de indisfarçável impunidade, na contramão do anseio social voltado para a melhoria da segurança pública, frisando que o réu é reincidente.

A propósito, já se decidiu:

> "O agente do crime de roubo deve cumprir sua pena em regime fechado, uma vez que a fixação da modalidade prisional não é baseada, unicamente, na quantidade da reprimenda, mas também nas circunstâncias do art. 59 do C.P., exigindo a gravidade do delito e a periculosidade do agente, regime mais rígido" (TACRSP – RJDTACRIM 33/249).
>
> "Regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática do crime de roubo qualificado é o adequado à reprimenda, ainda que se trate de réu primário" (STF – H.C. nº 74.301-3 – Rel: Min. Maurício Correa – DJU 06.12.96).
>
> "Em sede de roubo, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, vez que a forma pela qual é perpetrado demonstra insensibilidade do agente, o qual, para sua reinserção à sociedade, deverá ser devidamente observado, em análises específicas que somente tal regime obriga" (RJDTACRIM 27.189).

Por fim, o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita efetuado pelo réu Douglas não pode ser acolhido, porquanto o apelante constituiu Advogada para a sua defesa, demonstrando que tem capacidade econômica para arcar com as custas do processo.

A almejada isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para se aferir a sua real situação financeira, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação, ficando refutada eventual alegação de ofensa ao artigo 5º, inciso

Acesso ao Sumário

LXXIV, da Constituição Federal.

Sobre o tema:

"No processo penal, assim como no processo civil, impera o princípio que proclama a obrigação do vencido arcar com as despesas do processo, com destaque para as custas processuais (C.P.P., art. 804). Em se tratando de réu miserável, beneficiário da garantia constitucional da assistência jurídica integral gratuita, não há exoneração do pagamento da obrigação, que, todavia não se exigirá na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando a mesma prescrita se no prazo de cinco anos, contados da sentença, não puder satisfazê-la (Lei nº 1.060/50, art. 12)" (STJ – REsp. nº 108.267/DF – Rel. Min. Vicente Leal – j. 12.05.97).

Destarte, a r. decisão monocrática merece reparo para que seja reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores e no tocante às penas.

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos apelos dos réus, para reformar em parte a r. sentença, a fim de reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores e ajustar as penas, ficando os réus *Ricardo Henrique Baldivia* e *Douglas Almeida Zanchini* condenados definitivamente, como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e art. 244-B da Lei n. 8.069/90, na forma do art. 70, *caput*, do Código Penal, respectivamente, às penas de 08 (oito) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso (réu Ricardo) e 07 (sete) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso (réu Douglas), mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. Decorrido o prazo para recurso ordinário, expeçam-se mandados de prisão em nome dos réus.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020426-87.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JEFFERSON ARAÚJO VASCONCELOS, 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 9.679)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 22 de março de 2018.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Roubo circunstanciado – Artigo 157, §2º, II do CP – Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal, tal como lançada pela MM Juíza *a quo* – Autoria e Materialidade comprovadas – Pena – Dosimetria – Reprimenda aplicada de forma apropriada – Tentativa – Reconhecimento – Impossibilidade – Inversão da posse mediante grave ameaça – Consumação ocorrida – Inteligência da Súmula 582 do STJ – Regime prisional inicial fechado – Adequado à espécie – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. decisão de fls. 180/189, que julgou procedente a ação penal e condenou o apelante como incurso no artigo 157, §2º, incisos II do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformado, pretende o apelante a reforma da r. decisão, a fim de que haja o reconhecimento da tentativa, com a consequente redução da pena. Por fim, requer a imposição de regime prisional semiaberto para início de desconto da reprimenda carcerária (fls. 180/189).

Ofertadas contrarrazões (fls. 218/227), a i. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 238/246).

É o relatório.

2. Em que pesem os argumentos colacionados pelo apelante, a r. sentença condenatória não merece qualquer reparo.

Consta nos autos que no dia 16 de março de 2017, por volta da 9h15min, na Rua Ministro Carvalho Mourão, 30, Vila Medeiros, nesta cidade e Comarca, o apelante, agindo em concurso e com unidade de desígnios com outro indivíduo não identificado, mediante grave ameaça exercida através da simulação do emprego de arma, subtraiu, em proveito comum, o telefone celular, a carteira e documentos pessoais pertencentes ao Sr. Ricardo Ribeiro de Matos.

É da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: o acusado

Acesso ao Sumário

e seu comparsa avistaram a vítima retornando ao veículo que utilizava, após fazer a entrega de mercadorias, e resolveram roubá-la. Assim, aproximaram-se do ofendido e, mediante grave ameaça exercida através da simulação do porte de arma de fogo, anunciaram o assalto e ingressaram no carro da vítima, determinando que ela fosse para o banco do passageiro e lhes entregasse os bens que ela trazia consigo. Ato contínuo, um dos suspeitos sentou-se no banco do motorista e tentou ligar o automóvel, contudo, em decorrência de bloqueio automático de segurança, não conseguiu dar a partida. Os agentes, então, determinaram que a vítima abrisse o baú de cargas, no entanto, ela justificou que, devido ao mencionado bloqueio, não conseguiria abri-lo. Desse modo, o ora acusado e seu comparsa tentaram arrombar o baú. Ocorreu que, no momento em que agentes estavam tentando arrombar o baú de cargas do veículo da vítima, policiais militares, em patrulhamento, aproximaram-se, fazendo com que os suspeitos saíssem correndo, levando consigo os bens da vítima. Após breve perseguição, o réu foi detido; contudo, o comparsa conseguiu fugir. Os bens da vítima foram deixados pelo caminho e recuperados por populares.

A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02), boletins de ocorrência (fls. 23/28 e 29/32), auto de exibição e apreensão (fls. 33) e demais provas carreadas aos autos.

A autoria também é induvidosa, comprovada pelas declarações do ofendido, o qual, além de confirmar a dinâmica fática, reconheceu o acusado em qualquer dúvida (mídia). Não bastasse, há o depoimento do Policial Militar que deteve o acusado em flagrante delito e presenciou a vítima reconhecê-lo prontamente (mídia).

Diante disto, a condenação do acusado era mesmo de rigor, tendo a d. defesa se adstrito a buscar o reconhecimento da tentativa e a imposição de regime prisional inicial semiaberto.

Sem razão, entretanto.

A MM Juíza *a quo*, considerando a ausência de circunstâncias desabonadoras, manteve a pena basilar no patamar mínimo legal, qual seja 04 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa. Após, na segunda etapa, consignou a ausência de agravantes ou atenuantes. Por fim, na terceira fase, a d. Magistrada elevou a reprimenda em 1/3, face à causa de aumento relativa ao concurso de agentes (art. 157, §2º, II do CP), totalizando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Por oportuno, anoto que a causa de aumento relativa ao concurso de pessoas restou devidamente comprovada ao longo da instrução criminal, mormente ante as declarações da vítima, seguras no sentido de que o roubo foi cometido pelo réu e por mais um indivíduo, em comparsaria (mídia).

Acesso ao Sumário

Quanto ao pleito defensivo de que seja reconhecida a tentativa, não há como ser atendido.

Com efeito, o crime de roubo consuma-se com a simples detenção da *res*, ainda que por restrito espaço de tempo, não se exigindo a posse mansa e pacífica do bem.

No caso em análise, o acusado e seu comparsa subjugaram o ofendido mediante a simulação do emprego de arma, obrigaram-no a ingressar no veículo utilizado para trabalho e também entraram no carro. Após, exigiram que a vítima entregasse seus pertences pessoais (carteira, celular e documentos) e que ligasse na empresa para desbloquear o carro. Como não conseguiram partir com o veículo e visualizaram a polícia, o réu e seu comparsa fugiram correndo, levando consigo os objetos pessoais subtraídos do ofendido, os quais apenas foram recuperados posteriormente porque populares avistaram o acusado abandonando os referidos objetos durante a fuga, recolheram-nos e entregaram na Delegacia de Polícia (mídia). Assim, considerando que houve a inversão da posse dos bens do ofendido, não há falar-se em tentativa.

Aliás, esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, enunciado na Súmula 582:

> *"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".*

Assim, as penas, porquanto fixadas de acordo com o princípio da legalidade e com critérios de razoabilidade, não merecem qualquer reparo.

Igualmente, impossível a fixação de regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, como pretende a d. defesa.

No caso em análise, não obstante eventual detração, deve-se considerar a gravidade *in concreto* do delito, vez que o acusado, agindo na companhia terceiro desconhecido e mediante grave ameaça exercida através da simulação do emprego de arma de fogo, subjugou o ofendido enquanto ele trabalhava e em plena luz do dia, subtraindo seus pertences pessoais, a demonstrar total desprezo pela norma penal e pelas regras de convívio em sociedade.

Neste sentido, aliás, já decidiu esta Egrégia Corte, confira-se:

> *"O regime prisional eleito é o adequado. Em casos de roubo qualificado, deve ser fixado regime inicial mais severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente. No caso, não se perca de vista, os agentes fizeram uso de armas de fogo, não se preocupando com as consequências do ato, o que denota falta de controle de impulsos e maior periculosidade. O réu praticou delito grave, que traz desassossego à sociedade, autorizando o encarceramento mais severo na fase inicial*

Acesso ao Sumário

do cumprimento da pena corporal"[1].

Não é outro o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.

1. Apesar da aplicação da pena no mínimo legal e da primariedade do agravante, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, extraída de elementos concretos da prática delitiva, em que houve ameaças às vítimas, por meio da utilização direta de arma de fogo.

2. Inexiste ilegalidade na imposição do regime fechado, tampouco desrespeito ao comando das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda.

4. Agravo regimental improvido" (grifo não original) [2].

Fica, portanto, mantido o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda carcerária, único suficiente à prevenção e reprovação do delito, conforme artigo 33, §3º do Código Penal.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000174-50.2015.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante HECTOR LUIS DE SOUZA NEVES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292 e, mais recentemente, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 , uma vez encerrado o julgamento

Acesso ao Sumário

1 13ª Câmara de Direito Criminal – Apelação nº 0075950-11.2013.8.26.0050 – rel. Desembargador Augusto de Siqueira, j. 22.01.2015.

2 AgRg no AREsp 169.855/SP 6ª T. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior j. 16.05.2013 DJU 29.05.2013.

e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, providencie-se de imediato as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, inclusive com a expedição de mandado de prisão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.304)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Apelação – Tráfico ilícito de entorpecentes – Recurso defensivo – Ausência de razões de apelação – Defensor que permaneceu inerte, mesmo após intimado por mais de uma vez, não apresentando as razões de seu inconformismo – Efeito devolutivo do recurso de apelação que possibilita o julgamento do feito no estado em que se encontra, sem que isso acarrete cerceamento de defesa ou nulidade – Autoria, dolo e materialidade sobejamente comprovados em relação ao delito de tráfico – Penas corretamente fixadas nos mínimos legais – Afastada a aplicação da causa especial de diminuição de penas prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas – Regimes diversos do fechado que não se coadunam com a gravidade do delito praticado, além de insuficientes para a reprovação do agente e prevenção contra a reiteração delitiva – Substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos que é inviável em razão do "quantum" de pena corporal aplicada – Recurso conhecido e desprovido.

VOTO

Inconformado com a decisão proferida pelo i. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Itapevi às fls. 140/143, por meio da qual foi julgada procedente a ação penal proposta pelo Ministério Público para condenar o sentenciado supramencionado às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime do artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06, contra ela se insurgiu o sentenciado supramencionado à fl. 157/158, não apresentando o seu i. Defensor as razões correspondentes.

Acesso ao Sumário

O i. Defensor constituído pelo réu às fls. 51/52, Dr. Fábio Henrique R. Leite, depois de atuar durante toda a fase instrutória, ofertou o presente recurso e pugnou pela apresentação das respectivas razões diretamente em Segunda Instância, nos termos do § 4º do artigo 600 do Código de Processo Penal (fl. 169). Contudo, devidamente intimado (fl. 182), o i. Defensor deixou decorrer *in albis* o prazo para o exercício da mencionada faculdade processual.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 202/2014), a E. Procuradoria de Justiça Criminal manifestou-se, preliminarmente, pela conversão do julgamento em diligência para a intimação do sentenciado a constituir um novo defensor, bem como, em persistindo a omissão, pela nomeação de defensor dativo a seu favor. No mérito, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Primeiramente, cumpre observar que o não oferecimento das razões do apelo não impede o seu conhecimento e julgamento.

Está assentado na jurisprudência paulista, e também na dos Tribunais Superiores do país, que a não apresentação das razões do recurso de apelação não caracteriza nulidade alguma, uma vez que, ao acionar o segundo grau de jurisdição por meio do apelo, o sentenciado enseja o reexame de toda a matéria objeto da decisão recorrida pelo órgão de jurisdição superior, que pode assim constatar e reparar qualquer equívoco, injustiça ou prejuízo ocorridos na fase de conhecimento da causa em primeiro grau, observando apenas, quando exclusivo o recurso da defesa, o limite estabelecido pelo artigo 617 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, v.g., os seguintes julgados [sem destaques nos originais]:

PROCESSO PENAL. CONSTITUCIONAL. ARTIGOS 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, E 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.503/1997 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. RAZÕES DE APELAÇÃO. MERA REPETIÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AMPLA DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1.(...) 3. ***O efeito devolutivo da apelação devolve ao tribunal o conhecimento amplo da matéria suscitada, permitindo ainda o exame das matérias de ofício que ainda não tenham sido resolvidas, o que fragiliza sobremaneira o argumento da deficiência da defesa técnica no caso sub judice. 4. É que "o efeito devolutivo, tomado em profundidade, permite ao tribunal examinar aspectos ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior: a profundidade do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão" (Ada Pellegrini Grinover et alii, Recursos no Processo Penal, São Paulo, RT, 1996, p. 52, nº 25; p. 156, nº 95).*** *5. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada. (*STF - HC:

Acesso ao Sumário

105897-SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, j.13/09/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011)

HABEAS CORPUS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA POR HAVER A DECISÃO SE BASEADO EM PROVAS CONTRADITÓRIAS. REVISÃO CRIMINAL. ***FALTA DE APRESENTAÇÃO DE RAZÕES PELA DEFENSORA NOMEADA****. A decisão impetrada se firmou em provas suficientes, descabendo, na via do habeas corpus, examiná-las com o intuito de avaliar se são aptas a embasar o decreto condenatório. Também improcede o pedido de nulidade em face de a defensora nomeada não haver arrazoado a revisão criminal, pois a omissão não impediu que o órgão julgador conhecesse do pedido abrangentemente, circunstância suficiente para afastar a possibilidade de prejuízo para a defesa. Habeas corpus indeferido.* (STF, HABEAS CORPUS n. 75691-SP, 1ª Turma, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 16/12/1997, v.u., DJ 27/02/98, pág. 001).

CRIMINAL. HC. NULIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DEFENSIVO. ***INÉRCIA DO DEFENSOR INDICADO NO INTERROGATÓRIO. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES PELA DEFENSORIA PÚBLICA****. NÃO CONHECIMENTO DO APELO PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO OBSTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO EVIDENCIADO. CONSTRANGIMENTO RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA.* ***I - Os precedentes desta Corte são no sentido de que a ausência das razões de recurso, especialmente quando o advogado é regularmente intimado para apresentá-las e não o faz, não constitui cerceamento de defesa.*** *II - Hipótese em que restou evidente o prejuízo à defesa do réu, pois o apelo, em que se buscava a absolvição do paciente, sequer foi conhecido, impedindo-se qualquer possibilidade de modificação do decreto condenatório. III - Se o patrono anteriormente indicado no interrogatório não apresenta as razões de apelação, e evidenciado que o defensor nomeado pelo Juiz apresentou as razões de recurso, que não foram conhecidas pelo Tribunal a quo, porque haveria advogado "constituído" pelo réu, causando evidente prejuízo ao mesmo, deve ser acolhida a tese de nulidade por cerceamento de defesa. III - Reconhece-se a nulidade do decisum, a fim de que outro seja proferido, desta vez, conhecendo-se das razões do apelo defensivo, para que se proceda à análise do mérito da irresignação. IV - Ordem concedida, nos termos do voto do relator.* (STJ, HC 23.442/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 328).

APELAÇÃO - Ausência de apresentação das razões pela Defesa - Conhecimento do Recurso - Possibilidade: - Inteligência: art. 72 do Código Penal. - ***Ainda que ausente as razões, conhece-se da Apelação interposta pela Defesa que, apesar de devidamente intimada não as apresenta, e, obedecendo-se ao princípio 'tantum devolutum quantum apelatum', devolve-se a Superior Instância o***

Acesso ao Sumário

conhecimento integral da matéria. (TACrimSP, Apelação nº 928.049/2, Julgado em 08/05/1.995, 11ª Câmara, Relator: - Wilson Barreira, RJDTACRIM 27/31).

RECURSO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES POR PARTE DO DEFENSOR QUE SE PROPÔS A OFERECÊ-LA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE: ***É POSSÍVEL O CONHECIMENTO DE RECURSO, INDEPENDENTE DA NÃO APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES POR PARTE DO DEFENSOR DO RÉU, QUE SE PROPÔS A FAZÊ-LO EM SEGUNDA INSTÂNCIA, VEZ QUE, DE ACORDO COM O PRINCÍPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELATUM", DESENVOLVE-SE A SUPERIOR INSTÂNCIA O CONHECIMENTO INTEGRAL DA MATÉRIA, INCORRENDO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.*** (TACrimSP, APELAÇÃO Nº 1.016.947 - DATA JULG.: 02/09/1.996 - RELATOR: JOÃO MORENGHI - 12ª CÂMARA,).

APELAÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE: ***A FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DE APELAÇÃO NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DA MESMA, A MEDIDA QUE TAL RECURSO, DE REGRA, DEVOLVE AO TRIBUNAL O CONHECIMENTO DE TODAS AS MATÉRIAS DECIDIDAS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.*** (TACrimSP, APELAÇÃO Nº 986.969 - DATA JULG.: 29/02/1.996 - RELATOR: UBIRATAN DE ARRUDA - 16ª CÂMARA).

APELAÇÃO. FALTA DE RAZÕES DO RECURSO. REEXAME PELA 2ª INSTÂNCIA DE TODO O PROCESSADO. NECESSIDADE: - ***A FALTA DE RAZÕES DE APELAÇÃO NÃO OBSTA O CONHECIMENTO DO RECURSO, DEVENDO O TRIBUNAL REEXAMINAR POR COMPLETO TODO O PROCESSADO, APLICANDO-SE O PRINCÍPIO DA "REFORMATIO IN MELLIUS"****.* (TACrimSP, APELAÇÃO Nº 1.074.055 - DATA JULG.: 25/11/1.997 - RELATOR: SAN JUAN FRANÇA - 14ª CÂMARA)

Assim, respeitado o entendimento do i. Procurador de Justiça Criminal, não há que se converter o julgamento em diligência para nova tentativa de obtenção da manifestação defensiva, o que seria inoportuno nesta altura, ante a inevitável demora no julgamento do presente feito, que afetaria o direito à razoável duração do processo previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Passa-se, pois, à análise do recurso.

Em que pese o inconformismo do sentenciado, é fácil afirmar- se, após o exame do processado, que a solução adotada na sentença recorrida era a única possível ante a abundância de elementos de convicção a ele desfavoráveis.

A materialidade do delito restou sobejamente provada pelo boletim de ocorrência de fls. 10/13, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 17/18,

Acesso ao Sumário

fotografias de fls. 20/22, pelo laudo de constatação preliminar de fl. 23, pelo exame químico-toxicológico de fl. 81, bem como pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório.

A autoria é igualmente induvidosa.

Ouvido na Delegacia de Polícia, HECTOR LUIS confessou ser "olheiro" do tráfico (fl. 7). Em Juízo, contudo, negou os fatos, afirmando que na ocasião se dirigiu ao local a fim de comprar entorpecentes para uso próprio e, com a chegada da polícia, os traficantes abandonaram uma sacola com as drogas descritas na denúncia, cuja propriedade foi obrigada pelos policiais a assumir (v. mídia que acompanha os autos).

O policial militar Fábio Henrique de Moraes informou que *"(...) estava em patrulhamento em local conhecido como ponto de tráfico, avistaram o réu que empreendeu fuga. Alcançando-o, com ele apreenderam uma sacola contendo os entorpecentes e o dinheiro. O réu confessou informalmente que exercia o tráfico de drogas durante o dia todo, recebendo o valor de R$ 150,00..."* (cf. r. sentença, fl. 140).

No mesmo sentido seguiu o depoimento de seu colega Ednaldo Silva.

Em que pese o inconformismo do apelante, não há nos autos qualquer elemento capaz de se contrapor às provas que o incriminam, em particular o elevado valor em dinheiro apreendido em seu poder (R$ 1.100,00), sendo certo, ainda, que nada emergiu dos autos que indicasse dos mencionados policiais ânimo de falsa incriminação, a cujos depoimentos, portanto, há que atribuir-se pleno valor probatório.

Nesse sentido, inclusive, o entendimento dos Tribunais Superiores do país:

> *"O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento"* (HC 76.557-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 04/08/1998).

> *"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos."* (HC 74.608-0, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 18.2.97, D.O.U. de

Acesso ao Sumário

11.04.97, p. 12.189; e, no mesmo sentido: HC 73518, Relator Min. Celso de Mello, j. 26/03/1996, p. 293).

"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido." (STJ, HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 12/06/2014).

"É válido como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no AREsp 234.674/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/05/2014, DJe 06/06/2014).

Além disso, considerando-se a farta quantidade de droga apreendida (85,86g de "cocaína" em 85 invólucros plásticos e 13,19g de "crack" em 47 papelotes) e, ainda, a ausência de qualquer indicação de que se destinava exclusivamente ao consumo próprio do sentenciado, era inevitável reconhecer que o entorpecente se destinava à comercialização ilícita com terceiros.

Este Egrégio Tribunal de Justiça já afirmou em inúmeras oportunidades que a quantidade de entorpecente e o modo de acondicionamento são dados suficientes para a conclusão quanto à finalidade de tráfico.

Nesse sentido, entre outras, as seguintes decisões:

Tráfico de drogas. Autoria e materialidade fartamente comprovadas. Exame pericial constatando que as substâncias apreendidas correspondem a maconha e crack. Apelante que confessa em parte a propriedade das drogas, negando o intuito de comercializá-las, no que é desmentido pelas evidências. Quantidade, variedade e modo de acondicionamento do entorpecente, assim como a ausência de prova de condições para arcar com o custo do consumo, que constituem sinais evidentes da traficância. Suficiência à procedência da ação penal. Condenação mantida. Penas. Necessidade de redução, porquanto excessivas. Apelo parcialmente provido. (APL 0015985-19.2011.8.26.0068, Rel. Des. Diniz Fernando, 2ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 05/10/2015, DJe 07/10/2015).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Desclassificação para delito de uso de droga. IMPOSSIBILIDADE. Autoria do tráfico reconhecida. Análise da versão apresentada que não encontra amparo nas provas trazidas aos autos. Quantidade e modo de acondicionamento das drogas que encaminham ao reconhecimento do crime. O ser usuário não espanca a condição de traficante. O Julgador não está vinculado ao resultado do laudo de dependência toxicológica na imposição da reprimenda. DOSIMETRIA DA PENA – Circunstâncias do delito que não permitem a redução da pena ou o reconhecimento de atenuantes.

Acesso ao Sumário

REGIME MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. (APL 0005857-96.2012.8.26.0619, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 3ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 15/09/2015, DJe 16/09/2015).

TRÁFICO. Conduta de ter em depósito e guardar, para fins de fornecimento a consumo de terceiros, 11,8 gramas de cocaína em pó. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Silêncio na polícia e confissão parcial em juízo, assumindo a posse do entorpecente para consumo próprio. Negativa isolada da traficância. Invocação da condição de mero usuário. Condenação fundada no depoimento de policiais que efetuaram a apreensão da droga. Validade. Pretendida desclassificação para a figura do referido artigo 28 da Lei 11.343/06. Inadmissibilidade. Natureza, quantidade e modo de acondicionamento. Reincidência específica. Sinais indicativos do comércio ilegal. Não comprovação, ademais, de atividade lícita remunerada que lhe rendesse condições financeiras para sustentar o consumo. Condenação mantida. PENA. Concretização em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 388 dias-multa. Regime prisional fechado. Apelo desprovido. (APL 0001253-57.2014.8.26.0123, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 28/07/2015, DJe 28/07/2015).

Ademais, não trouxe o sentenciado qualquer justificativa plausível para a grande quantidade de dinheiro encontrada em seu poder. É pouco provável que tivesse ido ao local da prisão para adquirir algumas porções de drogas de posse de tão significativa quantia em dinheiro, ou mesmo que os policiais tivessem "plantado" essa evidência em seu desfavor notadamente em se considerando que poderiam fazê-lo empregando quantia bastante inferior, mas composta por notas de pequeno valor.

Afastada a absolvição, resta a análise das reprimendas a ele impostas em Primeiro Grau.

Constata-se que as penas-base foram estabelecidas nos mínimos patamares legais, tornando-se definitivas nos respectivos montantes ante a ausência de causas modificativas.

Constata-se, também, que o benefício de redução das reprimendas previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 foi corretamente afastado pelo r. juízo *a quo*.

O sentenciado foi surpreendido na posse de 85,86g de "cocaína" e 13,19g de "crack", espécies de entorpecentes altamente lesivos à saúde – dado o seu altíssimo poder viciante, sendo a última a que mais rapidamente se expande no meio social. De se concluir, assim, que à quantidade e natureza das drogas apreendidas corresponde uma afetação especialmente grave da saúde pública, o bem jurídico tutelado pelos tipos penais da Lei nº 11.343/2006.

A norma do mencionado 4º do art. 33 não foi instituída pelo legislador para atuar como redutor automático das penas correspondentes ao tráfico de

Acesso ao Sumário

drogas, senão com o escopo de disponibilizar ao Juiz um espectro mais amplo de opções no momento de individualizar as penas correspondentes a esse delito.

E, ante a necessidade de *individualização* da pena criminal e sua aplicação de modo *proporcional*, é natural que a aplicação da norma redutora de penas fique reservada às situações de menor *ofensividade*, como são aquelas em que se verifica que o agente comercializa drogas não "pesadas", em pequena quantidade, apenas para sustentar o próprio vício ou de modo eventual, atuando de modo pouco incisivo na emancipação da toxicomania, o que não se vislumbra no caso em apreço.

Cumpre destacar, a propósito do tema, que o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando, repetidamente, que é legítimo afastar o benefício acima, mesmo em sendo o réu primário e presentes os demais requisitos, quando expressiva a quantidade ou natureza da droga apreendida [sem destaques nos originais]:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INAPLICABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.* ***Esta Corte de Justiça Superior tem asseverado que a expressiva quantidade e a natureza do entorpecente apreendido em poder do acusado constitui circunstância hábil a impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, a depender das peculiaridades da hipótese concreta.*** *In casu, trata-se de apreensão de 54 pedras de crack - "50 embaladas de dez em dez e quatro avulsas" -, circunstância esta que impede a aplicação do mencionado redutor de pena. 2. Agravo regimental a que se nega provimento*. (AgRg no REsp: 1302590 RS 2012/0016349-7, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 11/03/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2014).

> *AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. 130 PEDRAS DE CRACK. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO LEGAL RELATIVO À NÃO DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. 1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente inadmissível e improcedente. 2.* ***Esta Corte Superior de Justiça tem decidido que a expressiva quantidade de entorpecentes***

Acesso ao Sumário

apreendida em poder do acusado constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais. *3. Agravo regimental improvido.* (STJ - AgRg no Ag: 1295751 PR 2010/0061321-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 14/05/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PLEITO PELA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSTULAÇÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PREPONDERÂNCIA DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ELEITA. PRECEDENTES. 1. (...) 3. ***Existindo provas de que o paciente se dedica à traficância de substâncias ilícitas, não há como aplicar-se a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06****. 4. Diante da inalteração do quantum da condenação do paciente, a pretensão à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se encontra prejudicada, pois aquela restou superior a quatro anos de reclusão, não satisfazendo o requisito necessário previsto no art. 44, I, do CP, para a obtenção da pretendida benesse. (...) 7. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.* (HC: 256344 RJ 2012/0211511-0, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), j. 02/05/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2013).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. ART 42 DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. TRAFICÂNCIA. MEIO DE VIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. Inviável é a utilização do habeas corpus, ação de índole constitucional, marcado por cognição sumária e rito célere, para se analisar alegação de insuficiência do conjunto probatório apto a embasar a sentença condenatória. 2. ***Não há falar em constrangimento ilegal quando devidamente fundamentada a negativa de aplicação da minorante, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, diante da natureza e da quantidade da droga apreendida,***

Acesso ao Sumário

bem como da "conduta habitual e reiterada" na traficância, adotada como meio de vida. *3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.* (HC: 132275 SP 2009/0055863-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 06/10/2009, QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2009).

No que respeita ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, de rigor a manutenção do fechado.

É fato que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840, relatado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da "*obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado*"[1], enunciada no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (redação dada pela Lei nº 11.464/2007).

Sem embargo, como ficou expressamente ressalvado nessa decisão, a Suprema Corte brasileira não afastou – como, smj., não poderia mesmo afastar – a possibilidade de "*o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal*".

Tanto é assim que os insignes Ministros do STF (inclusive o Ministro DIAS TOFFOLI, como demonstrado abaixo) têm repetidamente afirmado que a inconstitucionalidade declarada apenas impede a fixação do regime inicial fechado como consequência exclusiva da equiparação do delito de tráfico de

1 *Ementa: Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).*

Acesso ao Sumário

entorpecentes aos crimes hediondos, não obstando a fixação desse regime quando decorrente da ponderação, pelo juiz, dos elementos dispostos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, por exemplo, os seguintes arestos do ano de 2015 [sem destaque nos originais]:

> *Habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de entorpecentes. Prisão em flagrante convertida em preventiva. 3. Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar (art. 312 do CPP). 4. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública. Real possibilidade de reiteração delitiva. Paciente anteriormente preso em flagrante, traficando em mesmos local e modus operandi. 5. Condenação superveniente. Ausência de prejuízo. Constrição cautelar mantida em idênticos fundamentos. (...) 8.* ***Fixação de regime inicial fechado apenas por se tratar de crime equiparado a hediondo. Concessão de habeas corpus de ofício tão somente para determinar ao Juízo das execuções que, mantida a condenação e seus efeitos, proceda a nova fixação do regime inicial de cumprimento de pena, segundo os critérios previstos no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.*** (HC 126385, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2015 PUBLIC 27-03-2015).

> *EMENTA: AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 287 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO AGRAVO INTERPOSTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. PRECEDENTES. 1.* ***A fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena, reportando-se somente à hediondez do delito, é contrária ao que decidido por este Supremo Tribunal no Habeas Corpus n. 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ. 27.6.2012. 2. Agravo ao qual se nega provimento. Ordem concedida de ofício apenas para determinar ao juízo de 1º grau que reexamine, afastada a vedação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a possibilidade de imposição ao Recorrente de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, atendo-se ao previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*** (ARE 844780, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015).

Mas também se observa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma tendência, a meu ver correta, de ponderação de aspectos de ordem objetiva na quantificação das penas e fixação do regime de cumprimento adequados ao condenado por tráfico, notadamente a quantidade e natureza da substância

Acesso ao Sumário

apreendida, porquanto uma vez que tais aspectos denotam uma maior afetação do bem jurídico tutelado: a saúde pública.

Os seguintes arestos exemplificam essa tendência [sem destaque nos originais]:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. (...)* ***É possível que o juiz fixe o regime inicial fechado e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido.*** *(HC 119515, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (RHC 125077 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015).
>
> *EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PATAMAR DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Fundamentação idônea para incidência da redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar mínimo. 2.* ***Circunstâncias específicas do caso podem conduzir o juiz a impor ao condenado regime mais severo que o autorizado pela quantidade de pena aplicada.*** *3. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pena superior a quatro anos (art. 44, inc. I, do CP). 4. Ordem denegada.* (HC 114221, Relator Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 08-11-2013 PUBLIC 11-11-2013)

Não cabe desconsiderar, ainda, que a sobredita decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, proclamada incidentalmente – e, portanto, sem efeito *erga omnes* –, cede espaço a que siga a jurisprudência dos demais tribunais brasileiros sustentando opinião diversa quanto à constitucionalidade do citado dispositivo.

Acesso ao Sumário

Destaco, para ilustrar esse posicionamento, pela clareza e recentidade, a decisão proferida nos autos da Apelação Criminal nº 0000738-25.2014.8.26.0510, da Eg. 6ª Câmara Extraordinária deste Sodalício (relator o i. Desembargador SOUZA NERY, j. em 23.10.2015, v.u.), de cujo acórdão extrai o seguinte trecho:

> *"No que se refere ao regime prisional imposto, deve ser fixado o fechado. Quanto ao crime de tráfico, tenho que deve ser atendido o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, disposição expressa que, a menos que se queira decidir 'contra legem', deve regular*

o caso. Referido dispositivo legal foi editado pelos Poderes Competentes, gozando, até prova em contrário, de presunção de constitucionalidade.

'Não é escusado dizer que, sob a minha ótica, tal dispositivo legal (art. 2º, § 1º) – assim como ocorria com o antigo, que impunha o regime integral fechado – não padece do vício da inconstitucionalidade, por justamente regular e prever o tratamento penal mais rigoroso que os autores de crimes hediondos ou a eles equiparados devem ter, por previsão constitucional (CF, art. 5º, XLIII). Quanto à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), ela será observada no curso da execução penal".

Outrossim, não podem ser aplicados na espécie os benefícios do artigo 44 do Código Penal em razão do *quantum* de pena corporal aplicada.

Por essas razões, e levando-se em conta, em suma, que as sanções foram estabelecidas mediante boa ponderação dos critérios da lei em vigor, sendo fixadas dentro dos patamares legais, há que se afastar o inconformismo do acusado, mantendo-se intocada a r. decisão recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292[2] e, mais recentemente, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43[3], recursos ordinários, providencie-se de imediato as comunicações necessárias para que uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos se dê início ao cumprimento das penas, inclusive com a expedição de mandado de prisão.

2 Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

3 Decisão: "O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016" (ADC nº 43, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO, j. em 05.10.2016 - ATA Nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em 07/10/2016). A página do STF na Internet noticiou no último dia 11.11.2016 o seguinte: "*Por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias*".

Acesso ao Sumário

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2195647-06.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é corrigente M. P. DO E. DE S. P., é corrigido J. DA C. e Indiciado L. O. DOS S.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso, confirmando a preliminar, anulando a decisão judicial impugnada para afastar a determinação da perícia e confirmar o recebimento da denúncia. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.510)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 12 de abril de 2018.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO MINISTERIAL.

Recurso alegando "*error in procedendo*", visando-se ao recebimento da denúncia, com anulação da decisão que determinou a perícia. *Cabimento*. Dados concretos amealhados do caso que indicariam, em tese, o reconhecimento de "*fumus comissi delicti*" ("fumaça" ou possibilidade de prática delitiva) para o recebimento da incoativa, inclusive quanto à componente da opressão de gênero, em vista do "*modus operandi*" eleito pelo agente (segundo a Acusação), afastando-se, de plano, a pertinência da decisão judicial de determinação da prova pericial, mitigando-se os efeitos da vitimização secundária, sobretudo por ser a vítima infante (doutrina da proteção integral).

Provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de "***CORREIÇÃO PARCIAL***", com pedido liminar, interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, representado pela zelosa Promotoria Oficiante, contra r. decisão do Juízo de Direito da Vara Especializada em Violência Familiar e Doméstica contra a Mulher da Comarca de Guarulhos, de lavra do Exmo. Juiz de Direito, Dr. **Leandro Jorge Bittencourt** (fls. 41).

Consta dos autos que L.O.S. (qualificado indiretamente a fls. 26) foi indiciado e acusado pela prática, em tese, do delito de *estupro de vulnerável*, em continuidade delitiva, porque, em datas variadas até a data de ***31/08/2015***, no interior da residência situada à Rua M.L.F., na cidade e Comarca de Guarulhos, praticou, de forma continuada, atos de conjunção carnal e atos libidinosos diversos contra a vítima N.A.S.S., que é sua enteada, à época com **seis anos de idade (**cf. denúncia, fls. 36/37).

Segundo apurado em inquérito, L. aproveitava-se dos momentos em que ficava sozinho com a enteada, ou ainda, quando a mãe desta, N.S.S., dormia, e dirigia-se até a cama da vítima. Após acordar a menor, L. desnudava-a, acariciava lascivamente o corpo da menina com o pênis e, por fim, penetrava-a. Em data incerta, no período acima indicado, ele segurou a vítima debaixo da escada da residência familiar e novamente a forçou à prática de conjunção carnal. Na noite de 31/08/2015, L., novamente repetindo o *modus operandi*, ao ver a companheira dormir, foi ao quarto de N.A.S.S., despiu-a e passou a acariciar o corpo da menina, deitando-se sobre ela. Ocorre que a vítima começou a chorar, o que fez com que N.A.S.S. despertasse e surpreendesse L. em comportamento inadequado com a filha. Lavrada a ocorrência pela mãe da vítima (fls. 21/22), deflagrou-se a persecução penal. Após a confecção do laudo pericial sexológico (fls. 23/25), oitivas da vítima N.A.S.S. (fls. 27/28) e de N.S.S. (fls. 29/31) e autorização de coleta de material biológico firmada por L. (fls. 26), o Ministério Público ofereceu denúncia, requerendo a decretação da prisão preventiva (fls. 38).

Insurge-se o Ministério Público no presente recurso, contra a decisão que considera ter sido proferida *in error procedendo* (fls. 41), na qual o Juízo Corrigido assim conduziu o feito: "***Solicite-se agendamento ao Imesc. Após, intimem-se a vítima e o investigado para comparecimento, sendo que este, caso assim deseje, poderá optar em não se submeter ao exame, o que já deverá ser certificado pelo oficial de justiça. Como quesito do Juízo, gostaria de saber se o suposto crime ostenta motivação de gênero, ou seja, traços culturais da opressão do homem contra a mulher, ou se impulsionado pela condição etária da vítima, cuja vulnerabilidade advém da falta de vivência e de experiência,***

Acesso ao Sumário

típicas de tão inocente fase da vida. Vista ao MP para formular quesitos, se assim desejar. Prazo de 48h".

Malgrado parecer da i. Promotoria oficiante quanto à **certeza** do caráter de delito cometido no âmbito da violência familiar e doméstica contra a mulher (fls. 42), o Juízo Corrigido reputou indispensável a realização de perícia multidisciplinar para análise da competência para julgamento da matéria (fls. 43), malgrado **já ter havido declínio de competência pelo Juízo de Direito da Vara Criminal Comum** (fls. 39/40).

Assim, visa a d. Promotoria Corrigente, em caráter liminar, a concessão de efeitos antecipatórios de tutela, nos termos do artigo 300, *caput*, c/c artigo 1.019, inciso I, ambos do Código de Processo Civil, para se sanar a inversão tumultuária do processo, e, ao mesmo tempo, para se evitar que a vítima ainda permaneça à mercê do potencial estuprador, em vista do liame de parentalidade socioafetiva, **PROVENDO-SE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO**. No mérito, pretende-se, caso não se produza o juízo de retratação, o provimento do recurso para que seja determinada a **nulidade da decisão que determinou a realização da perícia, COM recebimento da denúncia e incontinente apreciação do pedido de decretação da prisão preventiva** (fls. 03/18).

A liminar foi **DEFERIDA**, concedendo-se **efeito suspensivo** ao recurso, ora a ser processado segundo o rito do agravo de instrumento (artigo 211 e seguintes do Regimento Interno dessa E. Corte de Justiça, c/c artigo 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil), com imediata apreciação da denúncia e do pedido de prisão preventiva, sem prejuízo da medida pela realização da perícia (fls. 49/55).

Informações prestadas pela autoridade judicial corrigida a fls. 61/68, recebendo-se a denúncia no processo (Autos n° 0040398-74.2015.8.26.0224) em decisão datada de ***06/11/2017*** (fls. 62/63), **indeferindo-se** a prisão preventiva do acusado L.O.S., nos seguintes termos: "*A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CR, arts. 93, IX e 5°, XLVI). A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva. Fatos ocorridos nos idos de 2015. Não obstante a gravidade dos fatos narrados na denúncia, a falta da indispensável atualidade do perigo de liberdade não justifica a concessão da medida extrema. Entrementes, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, entendo como útil e necessária, no caso concreto, a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319, II e III, do CPP, eis que presentes o 'fumus comissi delicti' e o 'periculum libertatis', notadamente para evitar a prática reiterada de crimes. As medidas serão impostas 'inaudita altera pars', sob pena de perigo de ineficácia. O denunciado está proibido de se aproximar da vítima, por ao menos 300 metros, bem como de com ela manter qualquer comunicação, coibindo-o, ainda, de se dirigir à residência ou local de trabalho*

Acesso ao Sumário

dela, até o final do processo. Os envolvidos devem ser cientificados no prazo de 48h. Buscando dar efetividade à proteção que a Lei promete à mulher, fixo multa de R$ 5.000,00 para cada vez que seja descumprida a ordem imposta, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva.".

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral de Justiça alvitrou o **PROVIMENTO** do recurso (fls. 73/77).

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

Do conteúdo das informações encetadas, mormente, a fls. 62/63, depreende-se que *já se deu o adequado cumprimento à liminar*, **RECEBIDA** a denúncia contra o **acusado** L.S. no processo-crime respectivo, de modo que ora ficam convalidados os efeitos providos na etapa inicial. Da mesma forma, já analisada, a contento, a pertinência da prisão preventiva, *por enquanto*, bem afastada na espécie, porquanto as medidas cautelares de **afastamento do lar** e de **proibição de contato com a vítima e familiares** (artigo 319, II e III, do Código de Processo Penal, c/c artigo 22, II e III, "a" e "b", da Lei n° 11.340/2006) atenderiam, em princípio, ao resguardo da vítima, considerando-se, **como bem indicado na decisão judicial de fls. 62/63** (excerto reproduzido no relatório), o decurso do tempo em relação aos fatos assacados, **cometidos**, segundo consta, em **2015**.

Afrontado o conteúdo do mérito, nota-se que, no atual estágio processual, **somente se poderia dessumir pela verificação, *em tese*, de crime contra a dignidade sexual com o indelével traço de violência familiar e doméstica contra mulher**, tendo em conta que os supostos delitos, praticados em continuidade delitiva segundo a zelosa Promotoria oficiante, ocorreram *no bojo do núcleo familiar íntimo*, ao qual pertencem ambas as partes envolvidas, pelo sobredito liame de **parentalidade socioafetiva** entre o aludido algoz e a vítima. Presente, por certo, o "*fumus comissi delicti*" ("fumaça" ou possibilidade delitiva) que justificou (fls. 62/63) o afastamento do suposto algoz e a proibição de contato deste com a vítima, *ainda infante*, portanto, sujeito destinatário da **doutrina da proteção integral**, o que exige cuidado adicional, no sentido em se coibir a reiteração delitiva, prevenir os efeitos da vitimização secundária e, ainda, atender aos preceitos relativos à higidez e efetividade da instrução processual, salvaguardando-se a futura coleta das provas testemunhais e do relato judicializado da vítima. Mais ainda, ao contrário do quanto indicado no ofício prestado pela origem (fls. 64/68), há elementos concretos específicos a sugerir, ***em princípio***, a prática de delito com a conotação da opressão de gênero, considerando que o "***modus operandi***" eleito pelo (possível) algoz envolvia o consórcio carnal, ou seja, a penetração da cópula vaginal. Como bem pontuou o culto Promotor de Justiça designado em Segundo Grau: "***Obviamente, o fato de a vítima ser menor, vulnerável e estar sob o jugo do acusado, também***

Acesso ao Sumário

colaborou para a ocorrência. Porém, a questão da vulnerabilidade em razão da idade não pode ser usada como desculpa para afastar da Vara Especializada a análise do caso já que, independentemente disto, não há qualquer elemento de convencimento nos autos a indicar que o gênero da vítima, o fato dela uma menina, não teria sido primordial para a prática delitiva. (...) Ou seja, a conclusão lógica no caso é que a condição de menina (de mulher) da vítima foi fundamental para a prática delitiva, a violência por parte do acusado foi levada a efeito no ambiente doméstico, na intimidade do lar e, desse modo, correto está o entendimento do Juízo da 5ª Vara Criminal de Guarulhos" (fls. 76/77).

Sem prejuízo de ulterior apreciação do caso concreto em sede pericial, fato é que *não permitira, assim, determinar que o teor do laudo pericial solicitado junto ao IMESC ensejasse a descaracterização do delito como crime contra a dignidade sexual no contexto da opressão de gênero*, tomando-se, ainda, em consideração o teor de ambos os depoimentos extrajudiciais colhidos (fls. 27/31), cujo revolvimento aprofundado, incabível aqui, apenas vem corroborar – importa assinalar – a pertinência, ***em tese***, das acusações formuladas na exordial. Dessa forma, sem prejuízo das prerrogativas judiciais fixadas nos artigos 155 e 156, II, ambos do Código de Processo Penal, não se vislumbrou em que medida a determinação da perícia poderia alterar o entendimento inicial, *nada* se tendo justificado, tampouco, em contrário, que modificasse o entendimento inicial. Ainda que fosse esse o caso, não caberia deixar de deflagrar a persecução penal **por meio do recebimento da prefacial acusatória**, já que não há óbice legal a posterior análise, pelo Juiz processante, da necessidade e conveniência de eventuais provas que repute necessárias à apreciação do caso. Com efeito, em se tratando de vítima infante, como já sustentado, incide a lógica da **doutrina da proteção integral**, não se verificando, do caso, a pertinência, por ora, em se imporem ou, até, em se intensificarem os prováveis efeitos da vitimização secundária (*"strepitus fori"*) naturalmente derivados da persecução penal, para que se realize prova pericial, cujo escopo viria apenas confirmar que a dinâmica delitiva resultou, claramente, dentre outros fatores, do contexto, em tese, de instrumentalização da vítima, por sua condição do sexo feminino, além de se evidenciar a sua peculiar vulnerabilidade ínsita à condição etária, com maior acento pelo preexistente vínculo de **parentalidade socioafetiva** com o referido algoz.

Destarte, prospera o recurso formulado, nada obstando o efetivo recebimento da denúncia, ora corroborado, com indicação inicial de competência da Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, *mitigada* a decisão judicial de determinação da prova pericial acima referida.

Do exposto, por meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, confirmando a preliminar, anulando a decisão judicial impugnada para afastar a determinação da perícia e confirmar o recebimento da denúncia.

Acesso ao Sumário

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0003102-20.2014.8.26.0073/50000, da Comarca de Avaré, em que é embargante SARA CAROLINA FERREIRA, é embargado 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: "Rejeitaram os embargos infringentes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.736)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), AMARO THOMÉ, SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 22 de março de 2018.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Embargos Infringentes. Furto qualificado contra escola e corrupção de menor. Jovem igualmente envolvido que, por duas vezes, declinou ter participado dando cobertura para a embargante e o colega Rafael, enquanto estes ingressavam muro adentro em escola pública, dela furtando quatro câmeras de vídeo e doze lâmpadas. Suposta dúvida no tocante ao horário do desatino, eis que a embargante e o jovem que a acompanhava dentro do colégio foram presos, na noite anterior, suspeitos de perpetrarem roubo, antes, de todo o modo, da hora do cometimento do furto objeto desta apuração. Furto, de todo o modo, cometido em horário desconhecido, superados os dados postos no boletim de ocorrência pela delação do jovem participante, ouvido não só pelo Delegado de Polícia e por seus investigadores, senão que pelo próprio MM Juiz, sempre imputando a autoria à embargante. Dúvida inexistente, embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Condenada em 1º grau por furto qualificado e corrupção de menores (fls. 269/272), a embargante logrou êxito parcial em recurso de apelação nesta Câmara, quando a turma recursal reduziu sua pena para 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, a começar no regime fechado, por violação dos crimes dos arts. 155, §4º, II e IV do Cód. Penal e 244-b, da lei 8.069/90 (fls. 356/368), voto condutor do rel. designado, e. **Des. Sérgio Coelho**.

Os infringentes vêm na esteira do voto vencido, de lavra do igualmente e. **Des. Carlos Monnerat**, aduzindo que a mulher fora presa antes do horário posto na denúncia, por suposto envolvimento em roubo, com participação do jovem Rafael, portanto, não poderia estar na escola pública local praticando vandalismo (divergência a fls. 369/376 e apenso fls. 1/10), reclamando, com base nestas alegações, a Defensoria Pública, sua absolvição por insuficiência de provas, com parecer da d. Proc. Geral de Justiça pelo desprovimento (fls. 13/20 do apenso).

É o relatório.

VOTO N. 38.736

A questão é simples: cf. a embargante, estando ela presa, suspeita de roubo antecedente, roubo este acontecido depois das 22 horas de 17.10.2013 BO 4497/2013 (fl. 22), situação acontecida há mais de 2,4 quilômetros de distância da escola estadual onde se deram os atos de vandalismo, alvo da ação penal em tela, não poderia ela ter cometido também este desatino, daí que, na dúvida, como proposto na divergência do e. Des. Carlos Monnerat, de melhor tom a sua absolvição com fundamento no art. 386, VII do Cód. de Processo Penal.

E teria razão se a data e horários postos na exordial do Ministério Público fossem insuscetíveis de correção.

Observo não ter havido flagrância, pois a Vice-Diretora da escola, profª Isabel, somente tomou pé do ocorrido na manhã seguinte (melhor dizendo, manhã do dia 18.10.2013).

Levada a sobredita profª Isabel à repartição policial, foi de suas falas – pois a escola se achava fechada desde as 19 horas do dia anterior – e das falas dos agentes policiais que se alcançou o dia 18 como sendo o da efeméride em questão. Noutras palavras, a data veio por aproximação.

O fato pode ter ocorrido das 19 horas do dia 17 até a abertura da escola na manhã do dia 18.

Chegou-se a autoria do fato e ao horário, repito, a partir de diligências policiais, já que de concreto não sabiam quando, afinal, tudo aconteceu.

Acesso ao Sumário

Foi o menor João Gabriel quem delatou o colega Rafael (como ele, também menor de idade) e a embargante Sara, aos quais, aliás, reconheceu por imagem. E o fez não uma, mas por três vezes: (i) aos policiais Sérgio da Silva Ceríaco e Raphael de Almeida Furquim (vide relatório de fls. 65/66, ratificado em juízo); (ii) ao Dr. Rubens Cesar Garcia Jorge, Delegado de Polícia, que o ouviu durante o inquérito (fl. 67); (iii) e mais tarde ao MM Juiz (fls. 269/270).

A propósito, somente puderam confirmar os dados do menor porque, na noite anterior, aqueles aos quais ajudou, Rafael e Sara, realmente foram presos juntos (vide boletim juntado a fl. 22), suspeitos de cometimento de roubo.

Ademais, o menor João Gabriel foi firme, sempre deu as mesmas descrições. Quais sejam: que seu colega Rafael tentou quebrar as câmeras com disparos de estilingue e, sem sucesso, resolveram, ele e Sara, subtraí-las, bem como as doze lâmpadas, que, novamente cf. a vice-diretora, profª Isabel, foram espontaneamente devolvidas no dia seguinte por outros alunos, provavelmente porque, presos noutro fato (BO de fl. 22), não puderam manter a posse dos bens em comento.

E assistida a imagem da câmera interior, a profª Isabel disse que uma mulher praticou com outros o ato de vandalismo, pôde notar que um dos rostos era do sexo feminino.

Este relator não fiquei com dúvidas sobre a participação de João Gabriel, muito menos acerca das autorias da embargante e do jovem Rafael. Se dúvida há, esta diz respeito ao exato horário da infração, sempre antes das 23 horas de 17.10.2013, quando então a embargante já fora presa no novo fato, repito, em companhia do menor Rafael, ambos delatados por aquele que ficou do lado de fora da escola, dando-lhes cobertura.

É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação. Em verdade, a embargante busca o reexame da questão de fato, pretendendo que esta Corte reavalie a convicção da turma, quando o subscritor teve a mesma convicção do rel. designado.

Por último, sobre a validade das falas dos agentes policiais, é oportuno que se diga que o Col. STF pacificou 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

Acesso ao Sumário

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 n. 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Idêntica orientação é adotada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "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" (HC 149.540/SP – 5ªT rel. Min. Laurita Vaz – J. 12.4.2011).

Sem prejuízo, tal diretriz segue a jurisprudência consolidada: TJSP – Apel. 0051802-09.2008.8.26.0050 – rel. Des. Amado de Faria – J. 20.10.2011; TJSP – Apel. 0074532-43.2010.8.26.0050 – rel. Des. Penteado Navarro – J. 20.10.2011; TJSP – Apel. 0005366-29.2010.8.26.0597 – rel. Des. Francisco Bruno – J. 20.10.2011; TJSP – Apel. 0009748-57.2010.8.26.0050 – rel. Des. Almeida Sampaio – J. 3.10.2011; TJSP – Apel. 0052267-18.2008.8.26.0050 – rel. Des. Newton Neves – J. 29.11.2011. E também: STF, 2ª T., HC 74.522-9/AC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, 13/12/96, pág. 50.167; STF, 1ª T., HC 74.608/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 11/04/97, pág. 12.189; STJ, 5ª T., AgRg - REsp 1.182.716/AL, rel. Min. Jorge Mussi, DJe, 21/03/12; STJ, 5ª T., HC 169.810/BA, relª Minª Laurita Vaz, DJe, 05/12/12; RTJ, 68/64, 159/608, 164/176, 168/199, 169/964, 173/899 e 176/759; 714/349, 715/439, 721/414, 725/608, 726/666, 727/473, 730/569, 732/633, 733/567, 736/625, 737/602-606, 742/615, 752/589, 754/604, 771/566, 782/677, 802/560, 803/590, 805/612, 810/628, 816/549 e 820/617; LexJTJ, 176/313, 180/282, 184/307, 189/317-325, 238/331, 242/329, 244/327, 245/328, 246/314, 250/438 255/422, 268/525 e 269/543.

Em suma, se a data do fato foi fixada precariamente, se houve delator e este agiu sempre com firmeza, respaldado pela profª Isabel, que assistiu imagem feminina participando dos fatos, mais o relatório dos policiais que saíram atrás dos malfeitores, o caso era de condenação.

Acesso ao Sumário

E, destaco, é certo que a Terceira Seção do e. STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.127.954/DF, sedimentou entendimento de que para a configuração do crime de corrupção de menores, de natureza formal, basta que haja evidências da participação de menor de 18 (dezoito) anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de já estar ele corrompido, exatamente a hipótese destes autos.

Por sinal, no mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.396.824/MG – rel. Min. Moura Ribeiro – 5ª Turma – J. 20.3.2014. A matéria ali até está sumulada: "A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva

corrupção do menor, por se tratar de delito formal" (Verbete 500).

A dosimetria não merece qualquer reparo, até porque a divergência dava conta da pretensão à prevalência do voto do e. Des. Carlos Monnerat, este apenas restrito à dúvida da participação no delito da ora embargante em razão de a mesma estar noutro compromisso durante as primeiras horas do dia 18, o que remanesceu devidamente explicado.

Ante o exposto, respeitosamente, meu voto propõe a rejeição dos presentes embargos infringentes.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2208800-09.2017.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante JOSÉ ROBERTO MARQUES e Paciente ADILSON DE ARAUJO OLIVEIRA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem de *habeas corpus*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.519)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 8 de março de 2018.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Advocacia administrativa – Pretendido o trancamento da ação penal, sob o argumento da falta de justa causa, por atipicidade do fato – Inadmissibilidade – Provada a materialidade e evidenciados indícios suficientes de autoria atribuída ao paciente, a justificar a instauração e o prosseguimento da ação penal, para apuração de eventual conduta dolosa consistente em, de qualquer modo, concorrer para o patrocínio, direta ou indiretamente, de interesse privado perante a administração pública, valendo-se o autor do fato da qualidade de funcionário. Hipótese, ademais, em que

Acesso ao Sumário

existe a descrição objetiva do fato típico, antijurídico e culpável, com todas as suas circunstâncias. Ademais, imposição de medida cautelar de proibição de ingresso em prédios da Justiça do Estado de São Paulo e afastamento de aplicação da transação penal com motivação que atende as disposições contidas nos artigos 76, § 2º, inciso III, da Lei nº 9.099/95, 282, inciso II, 319, inciso II, ambos do Código de Processo Penal, e do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo Advogado José Roberto Marques, com pedido de liminar, em prol de **Adilson de Araújo Oliveira**, denunciado como incurso no artigo 321 do Código Penal, por quatro vezes, na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal, contra ato do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, sob a alegação de constrangimento ilegal. Diz que, no curso do procedimento, tendo em vista a interceptação telefônica relativa a Paulo Rogério Poletto, escrevente do referido Juízo, foram monitoradas 127 ligações entre ele e o paciente, das quais foram destacadas apenas quatro, consideradas como provas do crime de advocacia administrativa. Aduz, ainda, que a denúncia admite ligações fora do horário de expediente e se refere a tratativas em outros meios de comunicação, sem especificar quais. Ademais, assevera que o paciente trabalhou no restaurante do fórum por muitos anos, sendo amigo do corréu Paulo, o que explica a quantidade de comunicação entre eles no período de novembro de 2016 a maio de 2017, sem qualquer pertinência com atividade que pudesse ser considerada criminosa, sendo certo que várias ligações ocorreram durante o período de recesso judiciário. Afirma, também, que o Ministério Público considerou crimes as solicitações do paciente para que o corréu Paulo apenas acelerasse o trâmite de alguns pedidos formulados pelo escritório onde trabalhava como estagiário e fornecesse informações, não sigilosas, sobre andamento processual, sem condicionamento de pagamento prévio ou posterior. Sustenta que as solicitações do paciente não caracterizam coautoria ou participação em advocacia administrativa, sendo questionável a tipicidade da conduta. Outrossim, questiona a medida cautelar imposta ao paciente, consistente na vedação de ingresso em prédios da Justiça Estadual, lembrando que para os advogados envolvidos na "Operação Coiote" foram impostas medidas mais amenas, malgrado os crimes a eles imputados fossem muito mais graves. Defende que as circunstâncias do fato e as condições pessoais são favoráveis ao paciente, afastando a ideia de necessidade e adequação da medida cautelar a ele imposta. Invoca a inidoneidade das circunstâncias

Acesso ao Sumário

utilizadas como impeditivas da transação penal, ressaltando a primariedade e os bons antecedentes do paciente. Anota que o paciente é estagiário de Direito e depende de tal atividade para sustentar a família e para fazer relatórios, visando colação de grau, pois está no último semestre do curso. Aponta, por fim, desproporcionalidade no pagamento de prestação pecuniária de R$ 8.000,00 (oito mil reais), como condição da proposta de suspensão.

Por isso, requer a concessão da ordem para trancar a ação penal ou, subsidiariamente, afastar "a vedação de ingresso em quaisquer prédios da Justiça Estadual em qualquer localidade" ou, ainda, determinar que o Ministério Público faça proposta de transação penal.

Indeferida a liminar e prestadas informações pela d. Autoridade Judiciária apontada como coatora, o i. Procurador de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. A presente ação constitucional de *habeas corpus*, perfeitamente cognoscível, deve ser denegada.

O conhecimento da ação repousa na alegação de estar o paciente a sofrer constrangimento ilegal, em virtude do não oferecimento de proposta de transação penal, da imposição de medida cautelar de vedação de ingresso em prédios da Justiça Estadual e da designação de audiência de proposta de suspensão condicional do processo, a despeito da falta de justa causa para a ação penal, por atipicidade do fato, a afetar, em tese, sua liberdade de ir, vir e permanecer, protegida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, bem como, no plano infraconstitucional, pelos artigos 647 e 648, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que, entre os dias 30 de janeiro e 18 de abril de 2017, no Fórum da Comarca de Ribeirão Preto, o corréu Paulo Rogério Poletto, induzido pelo paciente, patrocinou diretamente, por quatro vezes, perante a administração pública, interesse privado do escritório de advocacia "Maia & Oliveira – Advocacia", nos processos criminais 0000232-81.2017.8.26.0530, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, 0000341- 95.2017.8.26.0530, da 1ª Vara Criminal, 0015069-24.2014.8.26.0506, da 2ª Vara do Júri e 0011559-66.2015.8.26.0506, do Anexo de Violência Doméstica, valendo-se da qualidade de funcionário.

Consta, ainda, que o escrevente Paulo Rogério Poletto se aproveitara da proximidade que tinha com o paciente, estagiário e graduando em Direito, para oferecer informações exclusivas sobre partes em processo judicial e privilégios nos trâmites das causas do escritório de advocacia em que referido estagiário atuava, denominado "Maia & Oliveira – Advocacia", para, em contrapartida, obter alguma vantagem pecuniária. Teriam sido solicitados vários subornos, e

Acesso ao Sumário

das formas mais variadas, seja em dinheiro, ingressos de festas ou até mesmo pagamento de contas em bares e restaurantes, que deveriam ser feitos tão logo e à medida que os fatos fossem praticados. Até mesmo nas pequenas oportunidades Paulo Rogério Poletto não media esforços para se locupletar, fazendo de seu cargo público verdadeiro balcão de negócios.

Ademais, segundo exsurge dos autos, inúmeros contatos foram feitos entre o escrevente Paulo Rogério Poletto e o paciente, sobretudo em horário de expediente. A propósito, apenas em registros telefônicos constam, no período de novembro de 2016 a maio de 2017, 127 ligações entre eles, isso sem considerar as tratativas feitas em outros meios de comunicação. Poucas delas, entretanto, realizadas no período do recesso forense, denotando que os contatos tinham por objeto assuntos relacionados ao expediente jurídico.

Outrossim, emerge dos autos que, em seu interrogatório prestado aos promotores do GAECO de Ribeirão Preto, o paciente supostamente deixou claro que "é do feitio de Paulo Rogério Poletto solicitar pequenas quantias em dinheiro e certas vantagens usando como pretexto o fato de ter 'ajudado' na condução de processos judiciais" e que, em razão disso, "já ocorreu do interrogando pagar almoço e conta em bar para Paulo Rogério Poletto". Esclareceu, ainda, que "Paulo Rogério Poletto, vez por outra, solicitava ao interrogando o pagamento de R$ 50,00 ou R$ 30,00 reais em dinheiro, sempre dizendo que assim merecia porque 'quebrava galhos' nos processos criminais do escritório onde o interrogando trabalhava". Sobre propina em dinheiro, o estagiário relatou que "já chegou a pagar apenas quantias em dinheiro, algo próximo de R$ 50,00, para Paulo Rogério Poletto".

Desse modo, os dados que emergem dos autos do presente *mandamu*s revelam a presença do *fumus commissi delicti*.

Logo, não há cogitar-se de trancamento da ação penal.

É que o remédio constitucional aforado pelo impetrante somente se justificaria, para esse fim, se despontasse, *prima facie*, "a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e da materialidade" ou, ainda, "a incidência de causa excludente da culpabilidade"[1], sem dilação probatória[2], o que não se vislumbra no caso dos autos, descabendo, ainda, na hipótese em que a pretensão dependa do exame de matéria fático-probatória.[3]

Ademais, o pedido de instauração da ação penal foi oferecido porque

Acesso ao Sumário

1 - STJ - RHC 17312/MS - Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - Julgamento em 09/08/2005 - DJ 12.09.2005, p. 347; STJ - RHC 17748/BA - Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Sexta Turma - Data do Julgamento 23/08/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005, p. 370.

2 - STJ - HC 39336/SP - Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Sexta Turma - j. em 31/08/2005 - DJ 19.09.2005, p. 389.

3 - STF - RHC 85829/PE - 2ª Turma - Min. Ellen Gracie - j. em 16/08/2005 - DJ 02/09/2005.

o membro do Ministério Público colheu das peças informativas produzidas durante o inquérito policial os necessários elementos para formar sua *opinio delicti* e, apresentada a denúncia, o MM. Juiz imprimiu-lhe a marcha regular, em conformidade com os dispositivos da lei processual que regem a matéria. Nada nos autos demonstra que não havia prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria a ensejar a propositura da ação.

Frise-se que é dado ao julgador trancar a ação penal por falta de justa causa apenas nas hipóteses em que a imputação é manifestamente ilegal, não amparada em elemento de convicção algum e completamente divorciada dos elementos levados ao Ministério Público para formação de sua convicção. O divórcio entre a instauração da *persecutio criminis* em Juízo e a realidade deve vir demonstrada cabalmente no *habeas corpus* para que a ordem possa ser concedida. A mera alegação de falta de justa causa não tem o condão de autorizar a outorga da tutela reclamada.

É bom que se diga, aliás, como tem se orientado iterativamente a jurisprudência de nossos tribunais, inclusive o Excelso Pretório, que não se pode pretender o exame aprofundado das provas, com seu cotejo e valoração, nos angustos lindes da ação constitucional de *habeas corpus*, nem trancar a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.

Convém conferir, nesse passo, os pronunciamentos da jurisprudência a respeito do tema:

> ***"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA: EXAME. I. - O exame de provas não é possível em habeas corpus. II. - HC indeferido".***[4]
>
> ***"HABEAS CORPUS E RECURSO QUE VISAM O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DEFESA QUE INTENTA DESCLASSIFICAR O DELITO IMPUTADO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL. Habeas corpus não se mostra meio idôneo para verificar existência ou não de justa causa, quando implicar exame de provas. Ausência de nulidade da denúncia. Recurso ordinário a que se nega provimento".***[5]
>
> ***"(...) 1. Não é cabível, na via estreita do habeas corpus, a análise da alegada insuficiência de provas para a condenação, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo fático-probatório. (...) 5. Writ denegado. (...)".***[6]

E, mais:

"... A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no

4 - STF - HC 84.537/SP, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 01/03/2005, DJU 18/03/2005, v.u.

5 - STF - HC nº 83.215/RJ, Rel Min. Nelson Jobim, j. 14/10/2003, DJU 19/03/2004, v.u.

6 - STJ - HC 37847/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 19/04/2005, DJ 06/06/2005, p. 351.

sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. IV. - HC indeferido".[7]

Desse modo, como afloram dos autos indícios da autoria delitiva e existe a descrição objetiva do fato típico, antijurídico e culpável, com todas as suas circunstâncias, em perfeita consonância com a norma inscrita no artigo 41 do Código de Processo Penal, a denúncia foi corretamente recebida, de modo que o eventual afastamento da imputação só será possível após o cotejo e a valoração das provas a serem produzidas na instrução criminal, garantidos o contraditório e a ampla defesa, obviamente no caso de rejeição pelo paciente da proposta de suspensão condicional do processo. Vale dizer, somente no ato sentencial é que se poderá proclamar eventual descabimento da imputação inscrita na denúncia.

Por outro lado, verifica-se que o douto Magistrado *a quo* indeferiu o pedido de transação penal, acolhendo manifestação do Ministério Público, no sentido de que o réu não faz jus a tal benefício processual em razão dos motivos do crime, consistentes em burlar a ordem do trâmite na Justiça dos processos nos autos dos quais atuava o escritório em que trabalhava com o objetivo de beneficiá-lo, e das circunstâncias do crime, com envolvimento de servidor público do Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo a se mostrar, nos termos do disposto no inciso III do parágrafo 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95, insuficiente e inadequada a medida para sancioná-lo.[8]

Ademais, oportuno anotar que "***a necessidade e suficiência referidas no dispositivo para a aplicação de penas não privativas de liberdade devem ser aferidas pelo Ministério Público, a primeira para não estimular a impunidade e a segunda pela conclusão do representante do 'Parquet' sobre a adequação da proposta ao caso concreto***".[9]

Ora, tudo está a indicar, nesse passo, que não há ilegalidade manifesta na r. decisão que acolheu requerimento ministerial para afastar a aplicação de transação penal, devidamente motivado em circunstâncias dos fatos criminosos indicativas da insuficiência e inadequação da medida.

Aliás, é lícito ao Ministério Público não oferecer os benefícios da Lei nº 9.099/95, desde que o faça fundamentadamente, mas a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, exige divergência entre o representante do *Parquet* e o juiz, não verificada no caso em apreço, consoante já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça.

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 3º, I, E ART.

Acesso ao Sumário

7 - HC 86091/PI Relator Min. Carlos Velloso - Julgamento: 06/12/2005 - Segunda Turma, Publicação: DJ 03-02-2006, pp-00088. Ement Vol-02219-04, pp-00808.

8 - p. 51, 55/56.

9 - MIRABETE, Julio Fabbrini, Juizados Especiais Criminais, pág. 146, 5ª Edição, São Paulo, Editora Atlas S.A. 2002.

4º, A, AMBOS DA LEI N. 4.898/65. NULIDADE. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Com o recebimento da denúncia, a princípio, não mais se justifica o indiciamento formal do acusado (precedentes). II - O recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 3º, i, e no art. 4º, a, ambos da Lei n. 4.898/65, sendo-lhe negado o benefício da transação e da suspensão condicional do processo. III - O Ministério Público, ao não ofertar os benefícios da Lei 9.099/95, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal (precedentes). Recurso ordinário parcialmente provido apenas para anular a Determinação judicial de indiciamento do recorrente e todos os efeitos dela decorrentes".[10]

"HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. INICIATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 28 DO CPP. APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.259/2001. 1. Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a proposta de transação penal, a que se refere o art. 76 da Lei nº 9.099/95, é prerrogativa exclusiva do Ministério Público. 2. Em havendo divergência entre o seu representante e o magistrado, os autos devem ser remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. 3. Esta Corte já assentou entendimento de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei nº 10.259/2001, passando a compreender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, mesmo que de competência da Justiça Estadual, inclusive os de rito especial, possibilitando a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. 4. Writ denegado. Ordem concedida de ofício para que os autos sejam remetidos à Procuradoria de Justiça de São Paulo, a fim de que se manifeste sobre a possibilidade de transação penal".[11]

De mais a mais, as questões envolvendo a proporcionalidade do pagamento de prestação pecuniária de R$ 8.000,00 (oito mil reais), como condição da proposta de suspensão, e as condições financeiras do paciente para fazer frente a tal quantia ainda seriam submetidas ao Juízo de primeiro grau, na audiência

10 - RHC 60445/SP - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2015/0135484-1 - Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 26/04/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 13/05/2016.

11 - HC 34471 / SP - HABEAS CORPUS 2004/0040459-6 - Relator(a) Ministro PAULO GALLOTTI (1115), Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 19/05/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 04/09/2006 p. 328.

Acesso ao Sumário

agendada para o dia 23 de fevereiro de 2018, de modo que não podem aqui ser conhecidas para se evitar inadmissível supressão de instância.

Por fim, não se vislumbra qualquer ilegalidade no *r. decisum* que proíbe o paciente de ingressar em quaisquer prédios da Justiça Estadual de São Paulo, em qualquer localidade, uma vez que os fatos supostamente delituosos que lhe são imputados guardam ligação com as atividades desenvolvidas no interior dos Fóruns, de modo que a medida cautelar se justifica na gravidade *in concreto* da conduta do agente (suborno de funcionário do Judiciário para a burla da ordem do trâmite de processos nos quais o agente supostamente atuava com o objetivo de beneficiá-lo) e na necessidade da prevenção da ocorrência de novos delitos, o que se apresenta em consonância com as disposições dos artigos 282, inciso II, 319, inciso II, ambos do Código de Processo Penal, e do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não sendo nem mesmo o caso de flexibilização para permissão de visitas de estágios a quem pretende abraçar a digna carreira da advocacia e, antes mesmo de iniciá-la, já se coloca sob suspeita da prática de atos que em nada condizem com a nobre posição do Advogado que também tem a responsabilidade de zelar pela correta administração da Justiça (CF, art. 133).

Frente a esse contexto, evidenciadas a presença de justa causa para ação penal e adequada fundamentação da decisão de aplicação da medida cautelar e do afastamento da transação penal, fica fácil concluir não estar o paciente a sofrer o constrangimento contrário ao ordenamento jurídico com que acena o ilustre impetrante, pelo que exsurge imperiosa a denegação do remédio heroico.

3. Pelo exposto, **denega-se** a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2025283-64.2018.8.26.0000, da Comarca de Lins, em que é impetrante J.N.J. e Paciente J.M.J.A.J.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, a fim de que seja anulado o processo a partir do recebimento da denúncia, quanto ao crime de ameaça, tão somente, devendo a vítima ser intimada quanto a esse delito para se manifestar sobre a possibilidade de renúncia no que tange a sua representação, conforme requerido pelo Ministério Público, a fl. 100, e pelo próprio impetrante, designando-se audiência para sua oitiva, continuando a tramitar a ação para o crime do art. 129, § 9º, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.810)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO

Acesso ao Sumário

RIBAS (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 22 de março de 2018.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: ***HABEAS CORPUS*** **– PLEITO DEFENSIVO "PARA ANULAR O PROCESSO A PARTIR DA DENÚNCIA, INCLUSIVE ESTA, POR FALTA DA FORMALREPRESENTAÇÃOQUANTOAOCRIME DE AMEAÇA, OU A PARTIR DO R. DESPACHO QUE A RECEBEU (CASO V. EXA. ENTENDA TER HAVIDO REPRESENTAÇÃO), DETERMINANDO-SE SEJA OUVIDA A VÍTIMA PARA QUE SE MANIFESTE SOBRE SEU INTERESSE EM RENUNCIAR À REPRESENTAÇÃO QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA, NOS TERMOS DO ART. 16, DA LEI N°. 11.340/06, TENDO EM VISTA QUE JÁ SE MANIFESTOU POR ESCRITO QUE NÃO DESEJA PROCESSAR O MARIDO COM QUEM, HÁ MUITO, JÁ VOLTOU A CONVIVER HARMONICAMENTE" (FL. 12).**

AÇÃO PENAL INSTAURADA PARA APURAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 129, § 9º E 147, DO CP, C.C. O ART. 5º, DA LEI Nº 11.340/06.

CASO EM QUE HOUVE RENÚNCIA DA VÍTIMA QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA, ANTES DA DECISÃO PELA QUAL FOI RECEPCIONADA A EXORDIAL ACUSATÓRIA, QUE EMBORA TENHA SIDO PROFERIDA ANTERIORMENTE A SUA APRESENTAÇÃO, SÓ SE FORMALIZOU POSTERIORMENTE.

Ordem concedida, com determinação.

VOTO

1 - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de J.M.J.A.J., apontando a MM.ª Juíza de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Lins como autoridade coatora.

Aduz o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, posto que se viu "processado por sua esposa, com base na lei nº. 11.340/2006 (Lei Maria

Acesso ao Sumário

da Penha), porque, no dia 28/05/2017, à noite, tiveram um desentendimento" (fl. 02), alegando que "Dias depois o casal se reconciliou, todavia, instaurado o competente inquérito Policial, os autos foram enviados ao Fórum tendo o Ministério Público ofertado denuncia contra o impetrante, com base no art. 129 §9º. e 147, do C.P. cc. art. 5º. da lei 11.340/06. A suposta vítima, em razão da reconciliação, requereu fosse ouvida posto que não tem interesse em representar quanto ao crime de ameaça, porém, pela r. decisão acostada às fls. 99 dos autos , a MM. Juíza recebeu a denúncia, daí o inconformismo do impetrante" (fls. 02/03). Argumenta que não há representação quanto ao crime de ameaça (fl. 03), frisando que do boletim lavrado se constata que "em nenhum momento, a vítima manifestou interesse em representar contra o marido. E, mesmo quando ouvida na Delegacia, **acompanhada de sua advogada**, a vítima não formalizou qualquer representação" (fl. 03). Assevera, ainda, que foi determinada a intimação da ofendida para se manifestar quanto a tal, porém, procurada por meirinho, não foi localizada, tendo se operado, na espécie, o instituto da decadência (fl. 05). Argumenta que foram formulados "pedidos no sentido de que a vítima fosse ouvida (...), pela razão de terem se reconciliado há muito tempo, sendo que os pedidos foram indeferidos, sob o argumento de que carece ao paciente legitimidade para formula-lo mas apenas à esposa" (fl. 07), mencionando, demais, que "posteriormente àquelas petições, **a própria vítima, com aquiescência de sua advogada, renunciou à representação** (fls.85). O pedido contou com a concordância e mesmo com o **requerimento do Ministério Público** para que fosse ouvida (fls. 88), porém , mais uma vez, (...) foi indeferido, sob o argumento de que era intempestivo (...)" (fl. 08). Ressalta, finalmente, que consta que a r. decisão pela qual foi recepcionada a exordial acusatória é anterior ao requerido, todavia o mesmo só foi liberado nos autos quatro dias depois, razão pela qual poderia a Magistrada o ter modificado, daí porque deve o mesmo ser declarado nulo, sob pena de cerceamento de defesa (fls. 08/10). Conclui pleiteando a concessão da ordem "para **ANULAR O PROCESSO A PARTIR DA DENÚNCIA**, inclusive esta, **por falta da formal representação** quanto ao crime de ameaça, **ou a partir do r. despacho que a recebeu** (caso V. Exa. entenda ter havido representação), determinando-se seja ouvida a vítima para que se manifeste sobre seu interesse em renunciar à representação quanto ao crime de ameaça, nos termos do art. 16, da lei n°. 11.340/06, tendo em vista que já se manifestou por escrito que não deseja processar o marido com quem, há muito, já voltou a conviver harmonicamente" (fl. 12) (fls. 01/12).

Pedido liminar foi indeferido as fls. 126/127.

Prestadas informações pela digna autoridade, dita coatora (fls. 131/133), pronunciou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Vilson Baumgartner, pela denegação da ordem (fls. 135/140).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - No caso vertente, a ordem é de ser concedida, não obstante o zelo com que se houve o douto representante da Procuradoria de Justiça.

Das informações prestadas pela digna autoridade, dita coatora, e das peças reprográficas que instruem os autos, se constata que em "29/05/2017, houve distribuição de pedido de Medidas Protelares de urgência (...), em razão de desentendimento ocorrido na madrugada daquele dia. Nessa data ela assinou um termo onde afirmava desejar que o 'agressor fosse processado criminalmente em razão dos fatos' (...). Ante a ausência de comprovação das alegações naquele momento, o pedido de medidas protetivas foi indeferido" (fl. 131).

Menciona a Magistrada que, posteriormente, a Advogada da ofendida "foi até a Delegacia de Polícia entregar um DVD, nos qual constaria a gravação das agressões e ameaças que a requerente teria sofrido, além de diversos documentos médicos que, em tese, comprovariam a situação delicada vivida por ela (...)", sendo que por decisão proferida em 30/06/2017 foram deferidas medidas cautelares, as quais "diziam respeito apenas ao casal (...), não havendo proibições de visitas do requerido ao filho comum" (fl. 132).

Em 24/10/2017 houve juntada aos autos de "uma petição assinada pela vítima e paciente, na qual afirmavam que as medidas (...) estavam **atrapalhando** a reaproximação do casal. Assim, na mesma data as medidas foram revogadas", e "Nos autos principais, em 31/10/2017, o Nobre advogado constituído pelo requerido/paciente apresentou petição, na qual afirmava que o casal havia se reconciliado; e solicitado que a vítima fosse intimada para os fins do artigo 16 da Lei 11.340/06" (fl. 132).

Acrescenta a MM.ª Juíza que "a denúncia foi oferecida em 01/12/2017, dando o paciente como incurso nas penas dos artigos 129, § 9º, e 147, ambos do Código Penal", esclarecendo, ainda, que "Em 07/12/2017, às 12h13min, foi prolatada a decisão recebendo a denúncia, a qual foi liberada nos Autos digitais às 14h42min (fls. 99/100). Na mesma data, às 14h55min, foi liberado, nos Autos digitais, um termo de renúncia à representação, formulado pela vítima. Ou seja, referido termo foi liberado nos autos quando a denúncia já havia sido recebida" (fl. 132).

Informa, demais, a julgadora que "por decisão de 14/12/2017, foi afastada a solicitação do requerido quanto à designação de Audiência para a audição da vítima na forma do artigo 16 da Lei Federal N.º 11.340/06; e reconhecida a extemporaneidade da renúncia praticada pela vítima. Consignou-se, ainda, impossibilidade de renúncia da vítima quanto ao delito do artigo 129, § 9º, do Código Penal" (fl. 132).

Houve interposição de Embargos de Declaração ante o inconformismo a tal decisão, não tendo o mesmo sido conhecido (fl. 132).

Atualmente, é aguardada a citação do paciente (fl. 132).

Acesso ao Sumário

Pois bem, muito embora tenham sido prestadas informações judiciais, delas não se vislumbra comprovação de que a exordial acusatória foi recepcionada em "07/12/2017, às 12h31min" (fl. 132), como ratificado pela MM.ª Juíza.

O que se tem nos autos é que o despacho pelo qual foi recebida a denúncia foi proferido em 05/12/2017, e somente assinado digitalmente, e liberado nos autos em 11/12/2017 (fls. 99/100 dos autos principais e 140/141 deste *writ*).

Nesse diapasão, assiste razão ao impetrante, isso porque, não obstante tenha a decisão hostilizada sido prolatada pela Magistrada em 05/12/2017, a mesma só foi assinada, repita-se, em 11/12/2017 (fls. 99/100 dos autos principais e 140/141 deste *writ*), pelo Magistrado Substituto doutor Luciano Brunetto Beltran, momento em que só então o ato foi formalizado, se tornou público e passou a produzir efeitos legais.

Assim, deverá a vítima ser intimada para se manifestar sobre o direito de renúncia quanto a representação, amparado no artigo 16, da Lei nº 11.340/06.

Nesse sentido: - "PROCESSUAL PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - LESÃO CORPORAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA LEI 11.340/20016 - DENÚNCIA RECEBIDA - DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE POR FALTA DE REPRESENTAÇÃO - INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGADA EXISTÊNCIA DE PRETENSÃO DA OFENDIDA NA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PERTINENTE - DOCUMENTAÇÃO JUNTADA AOS AUTOS QUE DEMONSTRA O CARÁTER VOLITIVO DA VÍTIMA A FAVOR DA PERSECUÇÃO PENAL - PLEITO DO PARQUET ACOLHIDO - INOBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 16, DA LEI Nº 11.340/20016 - NULIDADE DECLARADA A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Basta para a representação a demonstração de interesse, pela ofendida, na apuração do delito, o que se verifica no registro de boletim de ocorrência, termo de declaração - com sua manifestação taxativa desejando a separação - e laudo de exames corporais. Assim, é de se declarar a nulidade do processo a partir do recebimento da denúncia, oportunizando-se à ofendida a possibilidade da retratação da representação, caso seja o seu intento, nos termos do artigo 16, da Lei nº 11.340/20016. Recurso conhecido e parcialmente provido" (RECSENSES 6801316 PR 0680131-6, 1ª Câmara Criminal, P. DJ: 485, J. 02/09/2010, Des. Rel. Oto Luiz Sponholz).

Acesso ao Sumário

Isto posto, concede-se a ordem, **a fim de que seja anulado o processo a partir do recebimento da denúncia, quanto ao crime de ameaça, tão somente, devendo a vítima ser intimada quanto a esse delito para se manifestar sobre a possibilidade de renúncia no que tange a sua representação, conforme requerido pelo Ministério Público, a fl. 100, e pelo próprio impetrante,**

designando-se audiência para sua oitiva, continuando a tramitar a ação para o crime do art. 129, § 9º, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2036306-07.2018.8.26.0000, da Comarca de Chavantes, em que é impetrante CLAUDIO MARCIO DA CRUZ e Paciente JOÃO VICTOR MADEIRA RIBEIRO, é impetrado MM JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DO FORO DE CHAVANTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.337)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 27 de março de 2018.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. Tráfico de drogas. Pedido de revogação da prisão preventiva. Paciente primário e menor de 21 anos. Preso com quantidade de droga que não se revela expressiva. Circunstâncias favoráveis. Concessão de liberdade provisória mediante imposição de medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. Ordem concedida, confirmando-se a liminar.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Cláudio Márcio da Cruz, advogado constituído, em favor de JOÃO VICTOR MADEIRA RIBEIRO, sob a alegação de ilegal constrangimento por parte do D. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Chavantes, que vem dando causa a excesso de prazo para formação da culpa do paciente, o qual está sendo processado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Pugna o impetrante, em suma, pela revogação da prisão preventiva do paciente, sob o argumento de excesso de prazo na formação da culpa, alegando,

Acesso ao Sumário

ainda, que estão ausentes os seus pressupostos e fundamentos autorizadores (fls. 01/14).

A liminar foi deferida em sede de reconsideração (fls. 23/26 e fls. 141/146).

O MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Chavantes prestou informações (fls. 29/31).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Drª. Sylvia Maria Monteiro e Bartoletti, opinou pela denegação da ordem (fls. 152/155).

É, em síntese, o relatório.

A ordem deve ser concedida.

O paciente foi denunciado porque, em tese, em 24.03.2017, na cidade de Chavantes, vendeu, entregou e forneceu, para entrega a consumo de terceiros, 1 porção de cocaína (49,46g), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

O paciente foi preso em flagrante delito em 24.03.2017, prisão que foi convertida em preventiva no dia posterior. A denúncia foi oferecida em 10.04.2017 e recebida em 17.07.2017, após a apresentação de resposta à acusação pelos réus. Foram ouvidas testemunhas em audiência de instrução realizada em 11.09.2017. Em 29.11.2017 foram colhidas mais provas orais, além do interrogatório dos réus. Após o retorno de uma carta precatória, foram ofertadas alegações finais pelo Ministério Público (18.01.2018) e pela Defesa (16.02.2018).

Desta forma, não se verifica injustificada morosidade no andamento da ação penal em questão, uma vez que o processo teve, até o momento, os seus atos realizados em tempo razoável e está em vias de ser encerrado, de modo que fica afastada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa.

Por outro lado, com razão a Defesa quanto ao pleito de revogação da prisão preventiva por ausência dos fundamentos autorizadores.

Não se ignora que o crime de tráfico de drogas é grave e merece rigor do Poder Judiciário no que se refere ao seu enfrentamento.

Entretanto, trata-se de paciente primário (ao contrário do corréu Mateus Alves Medeiros, que ostenta condenação anterior por delito de roubo majorado), menor relativo, preso com quantidade de droga que não se revela exorbitante (49,46g de cocaína), o que afasta, a princípio, a hipótese de seu envolvimento com atividades ilícitas ou organização criminosa.

Acesso ao Sumário

Ademais, sobrevindo uma futura condenação, o prognóstico da pena em relação a ele, por conta da sua primariedade, menoridade relativa e da quantidade de drogas apreendida, será favorável.

Assim, como analisado em sede liminar, a manutenção da prisão preventiva para o paciente, que se encontrava preso há aproximadamente 01

ano, revela-se desproporcional.

Ressalte-se que, após a edição da Lei n. 12.403/2011, que alterou as medidas cautelares do Código de Processo Penal, o instituto da prisão preventiva tornou-se exceção, aplicável somente quando não for possível a aplicação de outra medida cautelar, nos termos do artigo 282, § 6º, do citado diploma legal.

Insta salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei de Drogas, não comportando mais se falar em vedação da liberdade provisória ao crime de tráfico de drogas.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU PLEITO CAUTELAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SÚMULA 691/STF. SUPERAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA COM FUNDAMENTO APENAS NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A prisão cautelar para garantia da ordem pública e para conveniência da instrução criminal é ilegítima quando fundamentada, como no caso sub examine, tão somente na gravidade in abstracto, ínsita ao crime. Precedentes. [...] "a decisão que decretou a prisão cautelar limita-se a tecer considerações sobre o potencial danoso do tráfico de entorpecentes. Não cuidou, assim, de apontar, minimamente, conduta dos pacientes que pudessem colocar em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal". 3. A vedação legal à liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes), devendo, contudo, o magistrado apreciar a existência dos requisitos da prisão preventiva à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal. [...] 5. Agravo regimental desprovido, em razão da inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para assegurar aos pacientes o direito de aguardarem em liberdade o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, salvo se por outro motivo devam permanecer presos e sem prejuízo de nova decretação de prisão preventiva fundamentada ou de uma ou mais das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso seja necessário[1].

Ademais, em recente julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de

1 STF, HC 121181 AgR, Primeira Turma, Relator(a): Min. LUIZ FUX, d.j. 22/04/2014.

Acesso ao Sumário

relatoria do Ministro Celso de Mello, prevaleceu o entendimento de que não devem ser aceitas decisões que fundamentam a prisão cautelar no reconhecimento de fatos que se subsumam ao próprio tipo penal. Assim, a gravidade em abstrato do crime não é suficiente para justificar, por si só, a decretação de prisão preventiva.

Além disso, o sobredito julgado ressalta que a pequena quantidade de entorpecente é circunstância que minimiza eventual gravidade do delito e não constitui motivo idôneo a justificar a prisão cautelar:

> Entorpecentes. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. **Inexistência de fundamentos concretos**. Referência genérica à defesa social e à questão da impunidade. **Razões desprovidas de idoneidade jurídica para legitimar a utilização desse instituto de tutela cautelar penal, que se reveste de caráter excepcional**. Precedentes. Insuficiência, também, para tal finalidade, do mero reconhecimento da presença dos pressupostos da prisão preventiva, que não se confundem com os fundamentos a ela pertinentes, os quais deverão ser concretamente indicados para justificar a excepcionalidade de decretar-se a privação cautelar da liberdade individual de alguém. **A questão da posse ou do porte de pequena quantidade de drogas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Precedentes. Tratamento jurídico-penal da matéria no direito comparado: Portugal (Lei nº 30, de 29/11/2000, art. 2º, n. 2). Configuração, na espécie, de pequena quantidade das drogas apreendidas em poder do paciente (cocaína e "crack"). "Habeas corpus" concedido de ofício e estendido, por identidade de situações, ao corréu.[2]

Desta forma, as circunstâncias do caso em concreto são favoráveis à concessão da liberdade provisória ao paciente, mediante a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal, quais sejam, comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades, proibição de ausentar-se da comarca e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, sob pena de revogação da presente benesse, nos termos do artigo 282, § 4º, do mesmo diploma legal.

Posto isso, pelo meu voto, conheço do *habeas corpus* e concedo a ordem, para revogar a prisão preventiva de JOÃO VICTOR MADEIRA RIBEIRO, substituindo-a pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I, IV e V, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2014334-

2 STF, HC 144.716, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, d.j. 16/10/2017, grifamos.

78.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante ANA PAULA DE HOLANDA e Paciente KLEVERTON CARLOS RODRIGUES, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 32.213)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 3 de abril de 2018.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Execução Penal. Falta grave. Reflexos nos benefícios previstos pela LEP. Inconformismo. Via imprópria para análise do *decisum*. Existência de recurso legalmente cabível para a manifestação do inconformismo da parte. Ausência de ilegalidade patente. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Advogada Ana Paula de Holanda, em favor de KLEVERTON CARLOS RODRIGUES, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara do Júri e das Execuções Criminais da Comarca de Ribeirão Preto (Execução Criminal nº 7000734-80.2011.8.26.0506 e Número Controle nº 966452, homicídio qualificado).

Sustenta, em síntese, que o paciente foi condenado a pena de 17 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado. Ocorre que, durante o cumprimento da pena, o paciente cometeu uma falta disciplinar no dia 19/07/2011 e a outra no dia 08/10/2012, ocasionando novo cálculo de pena, sendo que a previsão de cumprimento do lapso para progressão ao regime semiaberto, que estava prevista para 2017, restou adiada para 2019. Após isso, contudo, tem apresentado bom comportamento carcerário. Ressalta que o paciente possui esquizofrenia, sendo necessário acompanhamento médico. Isto posto, requer a concessão da progressão ao regime semiaberto.

Não houve pedido liminar.

A autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 685/695),

Acesso ao Sumário

tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não conhecimento do *writ* ou, caso contrário, pela denegação da ordem (fls. 697/703).

É o relatório.

2. Segundo as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, o paciente cumpre penas privativas de liberdade com término previsto para 03.02.2029.

A respeito do pleiteado, a autoridade impetrada informou que "*o sentenciado, ora paciente, cumprindo pena no regime fechado praticou falta grave em 02/09/2013, reconhecida por este Juízo em 13/05/2015, oportunidade em que foi determinada a elaboração de novos cálculos de frações mínimas para progressão a partir da infração e a perda de 1/3 dos dias eventualmente trabalhados e ainda não remidos, anteriores à falta. Atualmente, os autos encontram-se aguardando a conclusão de nova falta disciplinar ocorrida em 23/01/2018*" (fls. 685).

Observo, portanto, que não é possível, nesta via estreita do *mandamus*, desconstituir a decisão atacada, pois há recurso próprio para tal fim, nos termos do art. 197 da LEP, havendo, portanto, a impropriedade do presente remédio heroico, que não pode ter sua abrangência alargada para o conhecimento e decisão de matérias alheias à liberdade de ir, vir e ficar ou que exijam uma discussão de provas mais detalhada.

De flagrante ilegalidade não há, também, de se cogitar, porque segundo entendimento dos Tribunais Superiores:

"*A caracterização da falta grave justifica a regressão de regime prisional, a interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios, exceto para o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como a perda dos dias remidos. Precedentes. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal no ponto. O acórdão combatido contraria entendimento desta Corte pois não é possível interromper-se o lapso temporal para concessão de livramento condicional, do indulto e da comutação de pena, em razão do cometimento de falta grave*." (STJ, HC 316681/RS, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, Julgamento: 16/04/2015).

Não reconheço, portanto, de flagrante ilegalidade por ato da autoridade apontada como coatora.

3. Em face do acima exposto, pelo meu voto, denego a ordem impetrada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0000985-

Acesso ao Sumário

42.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é impetrante EDILSON CASAGRANDE e Paciente CAIO SOSSAI SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 36.273)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 3 de abril de 2018.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Roubo – Prisão preventiva – Análise sob o enfoque da Lei n.º 12.403/11 – Prisão calcada na periculosidade do agente – Paciente preso por roubo circunstanciado e corrupção de menores – Arremesso de pedras em rodovia com subsequente abordagem das vítimas atingidas pelas pedras para delas tomar, mediante grave ameaça, seus pertences – Excepcional prisão preventiva necessária para a garantia da ordem pública – Presença de requisito da prisão preventiva que afasta a liberdade provisória – Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Caio Sossai Silva, alegando o impetrante, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que, no âmbito do art. 310, do CPP, reconheceu a legalidade da prisão em flagrante e manteve a custódia cautelar, convertendo a prisão em flagrante em preventiva.

Alega que estão ausentes os requisitos da prisão preventiva e que o paciente atende os pressupostos da liberdade provisória, culminando por pedir a concessão da ordem para que possa o paciente responder ao processo em liberdade.

A liminar foi indeferida no Plantão Judiciário pelo d. Des. Otavio Rocha (fls. 59/62).

Distribuído o *writ* sob minha relatoria, foi determinado o processamento do feito (fls. 63/64).

Acesso ao Sumário

As informações foram prestadas (fls. 69/69v).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs a denegação da ordem (fls. 72/74).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

O paciente foi preso em flagrante e denunciado como incurso no art. 157, §2º, incisos I e II, do CP, por duas vezes na forma consumada e cinco na forma tentada, conforme o art. 71, *caput*, do CP, e ainda no art. 244-B, *caput*, do ECA, porque no dia 23/12/2017, por volta das 1h10min, na Rodovia SP-348, próximo ao quilômetro 90, Comarca de Campinas, com o denunciado Diego Alexandre Campos Silva Alves e com o adolescente Evandro Araújo Silva, agindo em concurso de agentes, subtraíram, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de faca e outros instrumentos pérfuro-cortantes, além de simulacro de arma de fogo, um aparelho de telefone celular e um carregador portátil, óculos e chaves da residência, bens pertencentes a José Filipe da Silva Damaze e Karen Cristina Amaral Damaze.

Acusa também a denúncia que nas mesmas circunstâncias o paciente, Diego e Evandro, agindo em concurso de agentes, tentaram subtrair, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de faca, outros objetos pérfuro-cortantes e simulacro de arma de fogo, objetos pessoais pertencentes a Jarbas do Carmo Gomes, Bruno Caetano Gomes, Reginaldo Gomes de Lucena, Danilo Nonato Toniolo, Luana Cristina Zanchin, não consumado o crime por circunstâncias alheias às suas vontades.

Acusa também a denúncia que nas mesmas circunstâncias o paciente e Diego, agindo em concurso de agentes, corromperam o menor Evandro, com ele praticando crimes.

Narra a denúncia que o paciente, Diego, o menor Evandro e outros indivíduos deliberaram praticar roubos com emprego de faca, outros instrumentos pérfuro-cortantes e um simulacro de arma de fogo. Para tanto, foram até a Rodovia dos Bandeirantes, no local especificado na inicial, onde arremessaram pedras no chão da rodovia, com o objetivo de danificar automóveis, forçando os motoristas a estaciona-los no acostamento e, com isso, viabilizar o roubo.

Mediante este expediente, os criminosos fizeram com que os carros das vítimas Jarbas, Bruno, Reginaldo, Danilo, Luana, Karen e José Filipe fossem danificados, forçando-as a estacioná-los no acostamento da rodovia.

A seguir, o paciente, o corréu e o menor se aproximaram do carro ocupado por José Filipe e Karen Cristina e, portando referidas armas, além do simulacro de arma de fogo, anunciaram o assalto e exigiram a entrega de seus pertences, no que foram atendidos, compreendendo um aparelho de telefone celular, o carregador portátil, óculos e as chaves da residência.

Acesso ao Sumário

A seguir, os roubadores se aproximaram do carro ocupado por Jarbas e seu filho Bruno e, do mesmo modo, anunciaram o roubo e exigiram a entrega dos bens, momento em que policiais militares que haviam sido acionados por caminhoneiro acerca das pedras na rodovia para a prática de roubos, chegaram ao local.

Ao notarem a aproximação dos policiais, os criminosos correram em fuga, sendo que o menor, o paciente e Diego foram abordados e detidos, com eles apreendidos um objeto próprio para cortar vidros, uma chave de fenda, um alicate para corte e duas facas.

Mediante buscas pelo local, os policiais encontraram, num gramado, o simulacro de arma de fogo e, contatadas as vítimas, tomaram conhecimento do ocorrido, restituíram os objetos às vítimas, apreenderam o menor, prenderam o paciente e o corréu e conduziram todos à Delegacia de Polícia.

No âmbito do art. 310, do CPP, foi reconhecida a legalidade da prisão em flagrante e mantida a custódia cautelar, convertida a prisão em flagrante em preventiva porque necessária à garantia da ordem pública diante da periculosidade do paciente aferida a partir da empreitada criminosa (fls. 14/17).

Diante desse contexto, pelo meu voto, a ordem deve ser denegada.

A Lei n.º 12.403/11 trouxe medidas cautelares que complementam a efetivação da prisão processual como exceção, em consonância com a constitucional previsão da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, LXVI[3]).

O Título IX do CPP prevê medidas cautelares diversas da prisão processual, conferindo ao magistrado a possibilidade de efetivar os motivos da excepcional prisão cautelar sem que se imponha a segregação provisória antes do trânsito em julgado de eventual condenação (CR, art. 5º, incisos LXI, LXIII, LXIV, LXV e LXVI[4]).

Prevê o art. 310, do CPP, em seus incisos, que ao receber o auto de prisão em flagrante deve o magistrado, de modo fundamentado (art. 93, IX, CR): relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312, CPP e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP); ou conceder ao flagrado a liberdade provisória, com ou sem fiança.

3 Art. 5º, LXVI, CF: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;"

4 CF88, "**Art. 5º** *omissis* (...) **LXI** - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) **LXIII** - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; **LXIV** - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; **LXV** - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; **LXVI** - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;" (destaquei).

Acesso ao Sumário

Permanece vigente e plenamente aplicável a prisão preventiva se atendidos os requisitos do art. 312, do CPP[5], se presente justa causa e acaso não tenha o agente praticado fato típico sob excludente de ilicitude (art. 314, do CPP[6]), possível, ainda, nas hipóteses dos incisos do art. 313, do CPP[7].

A conveniência da prisão cautelar, como já decidiu o STF (RT 124/1033), deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Não se trata tão só do senso geral de reprovação de determinado crime, sob prisma abstrato. Trata-se, na verdade, da aferição, pelo magistrado, das características do réu extraídas a partir do estudo da empreitada criminosa, pela cuidadosa leitura dos elementos trazidos aos autos.

No caso dos autos verifica-se que o paciente tramou a prática do crime de roubo com o comparsa, o menor e outros indivíduos, muniram-se de faca, simulacro de arma de fogo e pedras, arremessaram pedras no meio da rodovia, colocando em risco diversos usuários da pista, tudo com o espúrio objetivo de fazer com que os automóveis parassem para verificar os veículos e, então, abordavam as vítimas para delas subtrair o patrimônio.

Da análise destes fatos emerge claramente a periculosidade do paciente que, com o firme propósito de tomar de assalto patrimônio alheio, não somente submeteu diversas pessoas ao crivo de grave ameaça com emprego de faca e simulacro de arma de fogo, agindo em comparsaria inclusive com menor de idade, como também deliberou colocar em risco de morte ou de seríssimos ferimentos físicos diversas pessoas que trafegam a bordo de veículos automotores pela rodovia ou circulam por seus entornos, fato sério e concreto, relativo à pessoa do paciente e extraídos da empreitada criminosa, revelador de sua periculosidade, a impor a excepcional prisão preventiva como necessária, no caso dos autos, para a garantia da ordem pública.

Não constatada ilegalidade na custódia cautelar, de rigor que seja denegada a ordem.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

5 "Art. 312. 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."

6 Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto- Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal."

7 "Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto **no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;** III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;"

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2244413-90.2017.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que são impetrantes ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO e EURO BENTO MACIEL FILHO, é impetrado MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE MARÍLIA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.450)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 27 de março de 2018.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Cancelamento da multa prevista no art. 265, do CPP – Precedentes do STJ e do Órgão Especial que afastam a acenada inconstitucionalidade do dispositivo – Desídia caraterizada, uma vez que o patrono do réu, embora intimado por duas ocasiões, deixou de apresentar as competentes razões recursais, o que teve de ser providenciado pela Defensoria Pública, ensejando, assim, demora na análise e julgamento do inconformismo externado pelo réu, no termo de recurso – Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo e Euro Bento Maciel Filho que, arguindo ofensa a direito líquido e certo do advogado Ulisses Marcelo Tucunduva, tem por objetivo cassar a decisão que reconheceu o abandono da causa por parte do causídico e determinou a sua desconstituição dos autos da ação penal nº 0000264-28.2016.8.26.0593, aplicando-lhe multa no montante de 10 salários mínimos, nos termos do artigo 265, do Código de Processo Penal.

Sustentam os impetrantes que a desconstituição do d. advogado do predito processo, com a consequente aplicação de pena econômica sumária, é totalmente contrária às provas dos autos, porquanto o causídico em momento algum teria abandonado a causa ou deixado o acusado indefeso, pelo contrário, sempre procedeu de forma diligente, com a prática dos atos processuais necessários, inclusive comparecendo às audiência designadas.

Relatam que, após os debates orais realizados na audiência ocorrida em 25/04/2017, foi proferida sentença condenatória contra o acusado, tendo ele, em face de seu inconformismo, assinado o respectivo termo de recurso que, após, foi recebido pelo Magistrado singular. Narram que, em 29/05/2017, foi disponibilizado no Diário de Justiça eletrônico o despacho de intimação do mencionado advogado, a fim de que apresentasse razões de apelação no prazo legal.

Ocorre que, após o transcurso do prazo, foi certificada nos autos a não apresentação das competentes razões, motivo pelo qual o MM. Juízo *a quo* ordenou a intimação do condenado para que constituísse novo defensor, caso contrário ser-lhe-ia nomeado defensor dativo. Salienta que, como não foi constituído novo causídico, foi dada vista dos autos à Defensoria Pública que, por vislumbrar que o acusado possuía advogado, não havendo quanto a ele destituição ou renúncia, propôs a sua intimação para a apresentação das necessárias razões de apelação.

Esclarecem que, todavia, o Magistrado singular, de maneira muito severa e divergindo da manifestação da Defensoria, a nomeou como defesa dativa do réu, reconhecendo, ainda, o abandono do processo pelo mencionado advogado, aplicando a ele, pois, multa de 10 salários mínimos. Sublinham, todavia, que peticionou dito advogado perante o Juízo, informando que, por conta do acúmulo de serviço e por trabalhar sozinho, acabou, por um lapso, não apresentando a devida peça processual, ocasião em que ainda postulou a reconsideração da decisão que lhe impingira a multa supracitada.

Relatam que, mesmo diante deste cenário, o Magistrado de primeiro grau, agindo com extrema falta de flexibilidade, uma vez que se tratou de fato isolado, sem qualquer dolo, após analisar referida petição, manteve a r. decisão que reconheceu o abandono da causa por parte do causídico, a ensejar a adoção das providências cabíveis, nos termos do art. 265, do CPP.

Assinalam, ainda, que as razões de apelação sequer se revelam imprescindíveis, tendo em vista que, uma vez interposto dito recurso, toda a matéria é devolvida à instancia superior, para nova apreciação, nos termos do art. 601, do CPP, de modo que a falta de apresentação daquelas não implicaria nulidade processual, revelando-se demasiadamente rigorosa e desproporcional, pois, a cominação de multa por suposto abandono de causa.

Sugerem, também, a inconstitucionalidade do art. 265, do CPP, uma vez que compete, exclusivamente, à Ordem dos Advogados do Brasil, consoante se infere do art. 70, da Lei nº 8.906/64, o poder de punir disciplinarmente o advogado.

Requerem, assim, diante da não ocorrência de abandono da causa, atuando o aludido advogado, ainda, na defesa do réu, a cassação da multa a ele imposta, manifestando, ademais, seu interesse em realizar sustentação oral, quando do julgamento do presente *writ* (fls. 01/22).

A liminar foi indeferida às fls. 86/88.

Prestadas as informações pelo D. Magistrado tido como coator (fls. 92/93), a Douta Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 100/103).

Relatei.

O presente remédio é de ser denegado.

Consta das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora que, nos autos da ação penal nº 0000264-28.2016.8.26.0593, foi o patrono em referência condenado ao pagamento da multa prevista no art. 265, do CPP, por abandono do feito. Esclareceu o Magistrado singular que o aludido advogado foi regularmente intimado para apresentar as razões de apelação, no prazo legal, o que não ocorreu, não apresentando, outrossim, qualquer justificativa para tanto.

Relatou, ainda, que, em 30/08/2017, foi proferida a decisão, a qual aplicou ao causídico a multa mencionada, no importe de 10 salários mínimos, ocasião em que restou nomeada a Defensoria Pública para realizar a defesa dativa do réu, decisão esta acerca da qual foi o advogado devidamente intimado, em 30/10/2017.

Assinalou que, formulado pedido de reconsideração por parte do causídico, dito pleito restou indeferido, em 04/12/2017 (fls. 92/93).

Pois bem.

Inicialmente, deve restar rechaçada a alegação referente à competência exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil para aplicação de sanção ao advogado; isso porque a multa imposta pelo MM. Juízo *a quo* não decorre da finalidade de sancionar disciplinarmente, mas, sim, em razão do indevido abandono da causa, consoante autorizado pela legislação processual penal.

Cabe aqui mencionar, nesse aspecto, que a interposição, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.398 – em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impugna a adequação do art. 265, do Código de Processo Penal, ao ordenamento constitucional pátrio, questionando a possibilidade de o Juiz estabelecer multa a advogado que abandona a causa – encontra-se pendente de análise, sendo certo que, ausente

Acesso ao Sumário

manifestação de referida Corte, em sentido contrário, a presunção é de que dita disposição legal goza de plena constitucionalidade.

Com efeito, a validade do artigo 265, do CPP, em referência, já foi devidamente reconhecida pelo C. STJ, em recentes julgados, assim como pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Confiram-se os arestos a seguir transcritos:

"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ABANDONO DE CAUSA. MULTA IMPOSTA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA PENALIDADE. EXTINÇÃO DO WRIT SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 265 DO CPP NÃO APRECIADA PELO STF. IMPOSIÇÃO QUE NÃO ACARRETA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DA OAB. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. 1 – O direito público de impetrar o remédio heróico é atingido pela decadência após o decurso do prazo de 120 dias, contados da data da ciência, pelo interessado, do ato coator (AgRg no REsp 1318594/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 18/08/2014), nos termos do art. 23 da Lei n. 12.016/2006. 2 - O Supremo Tribunal Federal não examinou, até o momento, o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4398, em trâmite perante aquela Suprema Corte, de modo que não há falar em inconstitucionalidade do art. 265, caput, do Código de Processo Penal, porquanto referido dispositivo permanece em vigor. ***3 - Entende esta Corte que a cominação da multa prevista na referida disposição legal não acarreta usurpação da competência disciplinar da OAB, uma vez que a sanção pecuniária, de natureza processual, não impede a aplicação das sanções administrativas cabíveis. 4 - Impossibilidade de se adentrar na necessidade/conveniência de aplicação da multa no caso concreto, uma vez que a via estreita do mandado de segurança não se presta à rediscussão da matéria fático-probatória, devendo a ilegalidade decorrer de fatos incontroversos.*** *5 - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento." (EDcl no RMS nº 44.224/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 07/06/2016) (g.n.).*

"MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Presidente da Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça que, nos autos da Apelação nº 0005983-93.2015.8.26.0635, aplicou ao advogado nomeado para defesa do réu, a pena de multa no valor correspondente a dez salários mínimos, por abandono de causa, porque ele não teria apresentado as razões do recurso na fase do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal, apesar de intimado por duas vezes. Alegação de ilegalidade. Rejeição.

Acesso ao Sumário

Existência, no presente caso, de respaldo para aplicação da multa, nos termos do art. 265 do Código de Processo Penal, porque se de um lado a inércia do patrono do réu (na apresentação das razões recursais) não implicou em prejuízo efetivo à defesa (considerando que houve nomeação de outro advogado para cumprimento dessa providência), de outro lado do ponto de vista do descaso no atendimento das intimações judiciais - essa omissão pode ser traduzida, no mínimo, como obstáculo ao bom andamento processual. Não se há de cogitar, outrossim, de nulidade da decisão impugnada por suposta ofensa ao princípio do devido processo legal, pois, em se tratando de sanção de natureza processual, o exercício da ampla defesa e do contraditório, no caso, foram garantidos pela oportuna concessão de prazo para que o advogado nomeado justificasse sua omissão, com advertência, inclusive, de que a inércia implicaria na caracterização de abandono do processo. É importante considerar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que a cominação da multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal "não acarreta usurpação da competência disciplinar da OAB, uma vez que a sanção pecuniária, de natureza processual, não impede a aplicação das sanções administrativas cabíveis" (EDcl no RMS nº 44.224-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/06/2016). Direito líquido e certo inexistente. Segurança denegada." (TJSP; Mandado de Segurança 2220292-32.2016.8.26.0000; Relator (a): Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 01/02/2017; Data de Registro: 24/02/2017).

Como se vê, não há como se falar nesta seara, ainda, em inconstitucionalidade do disposto no art. 265 do Código de Processo Penal.

Do mesmo modo, a condenação do advogado em referência ao pagamento de multa no importe de 10 salários mínimos, praticada pelo Magistrado de primeiro grau, revela-se medida escorreita, diante da desídia daquele, a implicar obstáculo ao bom andamento processual.

Isso porque, pelo que se verifica dos autos, prolatada sentença condenatória em desfavor do réu Kleberton Aparecido da Silva, nos autos criminais nº 0000264-28.2016.8.26.0593, em 25/04/2017, demonstrou ele seu inconformismo, tal como se pode extrair do termo de recurso de fls. 51.

Em face disso, procedeu-se à intimação de seu defensor, ora interessado, em 17/05/2017 (fls. 54), ato este que se repetiu, em 29/05/2017. Ocorre que, em face da não apresentação das competentes razões, por parte de referido causídico (fls. 56), a despeito de inexistência de renúncia ao mandato a ele conferido, houve necessidade de nomeação de nova defesa ao réu (Defensoria Pública), a fim de que fossem efetivamente apresentadas as mencionadas razões recursais, o que ocorreu por parte da referida instituição, em 09/10/2017 (fls. 66/71).

Acesso ao Sumário

Cumpre salientar que, por abandono da causa, entende-se o ato de desídia do advogado que, injustificadamente, deixa de exercer o direito constitucional de ampla defesa de seu cliente, o que justamente se verifica no caso presente, em que aquele, embora intimado em duas ocasiões, quedou-se inerte (atribuindo ao excesso de trabalho seu descompromisso para com o réu, quando já aplicada a multa em referência), de modo que se revelou necessária a nomeação de nova defesa ao sentenciado, mais precisamente da Defensoria Pública, diante da não constituição de outro defensor pelo acusado, instituição esta que já se dedica a outros incontáveis casos.

Vale sublinhar, outrossim, que ainda que a interposição de recurso de apelação devolva a totalidade da matéria ao Tribunal *ad quem*, em razão da desídia do referido advogado, verifica-se que, embora condenado por sentença proferida em 25/04/2017, só se revelou possível a remessa dos autos a esta instância recursal, com as competentes razões e contrarrazões, em 06/02/2018, o que denota evidente prejuízo ao réu, tudo a autorizar a aplicação da referida multa, a qual restou fixada de maneira proporcional à gravidade dos fatos.

Assim, não se encontra presente o direito líquido e certo necessário à obtenção do provimento jurisdicional reclamado.

Posto isto, **DENEGO** a segurança pleiteada.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0000273-63.2015.8.26.0580, da Comarca de Assis, em que é recorrente LUIZ CARLOS PAIS DE OLIVEIRA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso, para DESCLASSIFICAR, com fundamento no artigo 419, "caput", do Código de Processo Penal, os fatos descritos na denúncia para outros que não da competência constitucional do Tribunal do Júri, encaminhando-se os autos para o Juízo Singular. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON

NEVES.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2018.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Homicídio simples e lesões corporais. Embriaguez ao volante. Materialidade devidamente comprovada. Dolo indireto eventual. Pleito de desclassificação. Recorrente que havia ingerido bebida alcoólica e colidiu seu veículo contra outro que trafegava em sentido contrário da rodovia, resultando numa morte e em lesões corporais. Assunção do risco de causar o infortúnio não implica, compulsoriamente na aceitação da produção do resultado. O dolo eventual demanda um e outro, ao passo que a culpa consciente se caracteriza pela previsão objetiva do resultado e na certeza que não se verificará. Elementos indiciários insuficientes de que o condutor do veículo automotor tenha assumido o risco anuindo em produzir o resultado morte. Desclassificação. Recurso Provido, com Determinação.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por LUIZ CARLOS PAIS DE OLIVEIRA, em face da decisão de fls. 217/224, que o pronunciou pela prática, em tese, dos delitos tipificados no artigo 121, *caput*, e 129, *caput*, por duas vezes, ambos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 6/1/2015 (fls. 67/68).

Devidamente citado (fl. 75), o acusado apresentou resposta à acusação (fls. 85/87).

Durante a instrução criminal, foram inquiridas as vítimas, quatro testemunhas arroladas pela acusação e interrogado o réu (fls. 141/145).

Alegações finais foram apresentadas em forma de memoriais (fls. 178/182; 189/204 e; 213/215 e 248/251), sobrevindo a pronúncia do recorrente.

Inconformada, recorreu a defesa (fls. 236/238) pugnando pela desclassificação do delito de homicídio para a modalidade culposa.

O Ministério Público e o assistente de acusação apresentaram contrarrazões (fls. 247/249 e 255/273).

No juízo de retratação, o *decisum* hostilizado foi mantido por seus

Acesso ao Sumário

próprios fundamentos (fl. 274).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 281/285).

É o relatório.

Consta dos autos que o recorrente no dia 18 de julho de 2015, por volta de 18h40, no endereço bem descrito na denúncia, conduziu veículo automotor, em via pública, uma rodovia, sob a influência de álcool, com a capacidade psicomotora alterada, causando acidente resultando em um homicídio consumado e dois crimes de lesão corporal.

Relata a peça acusatória que o recorrente no dia dos fatos, após ingerir bebida alcoólica, conduziu o veículo Fiat/Uno Mille placas CIZ 7901 tendo como passageiro seu amigo, *José Ferreira da Silva*. Em determinado momento, ao tentar ultrapassar uma carreta, invadiu a contramão de direção e colidiu com o veículo GM/Zafira placas ELW 9306, conduzido por *Augusto César da Rosa*, que tinha como passageiras *Juliana Íris da Silva Rosa* e *Vera Lúcia da Silva.*

Em razão do violento impacto, a vítima *José Ferreira da Silva* morreu; *Juliana Íris da Silva Rosa* e *Vera Lúcia da Silva* sofreram lesões corporais em razão da colisão e; *Augusto César da Rosa* saiu incólume.

Como é cediço, para fundamentar a decisão de pronúncia e submeter o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri, basta que o magistrado esteja "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria" (Código de Processo Penal, artigo 413).

No caso em apreço, a materialidade do crime está devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 2/3), pelo boletim de ocorrência (fls. 13/16), pelos laudos periciais (fls. 94/121), e pela prova oral colhida.

Os indícios de autoria são mais que suficientes e decorrem dos interrogatórios e da prova testemunhal produzida na fase inquisitiva e repetida sob o crivo do contraditório constitucional.

Questão de fundo que merece a análise possível nessa processual é sobre o elemento volitivo, o elemento anímico, isso porque se houver dúvida sobre a incidência do dolo ou da culpa, o julgamento será em Plenário do Tribunal do Júri, onde os senhores jurados serão chamados a dirimir a questão. Do contrário, não havendo a menor dúvida que se trata de crime culposo, a primeira fase do procedimento deve ser encerrada com o encaminhamento dos autos para prosseguimento na Vara criminal Singular, prolatando-se decisão de desclassificação.

Acesso ao Sumário

Com efeito, compete ao Tribunal do Júri conhecer e julgar os crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos, conforme dispõem os artigos 5º, inciso XXXVIII, letra "d" e 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Os indícios de autoria autorizadores da pronúncia referem-se, portanto, a prática de crime

doloso contra a vida, seja o dolo direto ou indireto, eventual ou alternativo. Somente a prova concreta, lídima e estreme de dúvidas autoriza o magistrado a monocraticamente, desclassificar a conduta para outra que não da competência constitucional do Tribunal do Júri, quando ausente esse elemento subjetivo.

Encaminhada a questão para o Plenário, inaugurando a segunda fase, o Conselho de Sentença inicialmente apreciará a materialidade e a autoria para, em seguida, examinar o elemento volitivo, o *animus*. Se concluir pelo *necandi*, dar-se-á por competente para julgar. Do contrário, desclassificará a infração, cabendo ao juiz togado que presidir a sessão de julgamento prolatar sentença.

Em sede de delitos de trânsito, muito se tem discutido, na doutrina e na jurisprudência, a respeito da caracterização do dolo indireto eventual, constatada a ingestão de bebida alcoólica pelo motorista. A questão em tela limita-se a perquirir a respeito do elemento volitivo do agente no momento do acidente, ou seja, se agiu com dolo indireto eventual ou culpa consciente.

Teoricamente a distinção é simples. Na prática, porém, é complexa. Os limites fronteiriços entre eles é um dos mais tormentosos temas do Direito Penal.

O insuperável Nelson Hungria procurando identificar o *dolus eventuais* com a culpa consciente pontificava:

> *"Sensível é a diferença entre essas duas atitudes psíquicas. Há entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá."* (Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 112).

Diferenciando o dolo eventual da culpa consciente, objetivamente assim lecionava Magalhães Noronha:

> *No dolo eventual, o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja este a razão de sua conduta, aceita-o, ao passo que na culpa consciente, conquanto preveja o resultado, não o quer, esperando insensatamente que não se verifique.)* (Direito Penal. 33ª ed. atualizado, São Paulo: Saraiva, 1998. v. I, p. 138/139).

Segundo o magistério de Cezar Roberto Bitencourt:

> *"Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, na esperança convicta de que este não ocorrerá, avalia mal e*

Acesso ao Sumário

age". (Tratado de Direito Penal, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. V1, p. 341).

Conclui-se, assim, que no dolo indireto eventual o agente assume o risco e tolera produzir o resultado lesivo; o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não, aceita sua produção. Na culpa consciente, por outro lado, o sujeito não quer o resultado, não assume o risco de produzi-lo e nem lhe é tolerável ou indiferente. O resultado é previsto, mas ele confia sinceramente que não ocorrerá.

Suscintamente exposto o viés teórico, na prática a controvérsia, segundo narra a denúncia, diz respeito à hipótese de o recorrente *LUIZ CARLOS PAIS DE OLIVEIRA* ter assumido o risco de causar a morte da vítima, seu amigo, concordando com esse resultado, embora não fosse seu propósito, ao dirigir sob a influência de bebida alcoólica, com os reflexos alterados, perdendo o controle do carro ao tentar ultrapassem em local onde a manobra é proibida, acabando por invadir a contramão de direção, colidindo com o veículo que vinha regularmente no sentido oposto.

Segundo posicionamento firmado no Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, o dolo eventual deve ser extraído das circunstâncias do fato:

> *Considerando que o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, na hipótese em que a denúncia limita-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade), não há como concluir pela existência do dolo eventual. Para tanto, há que evidenciar como e em que momento o sujeito assumiu o risco de produzir o resultado, isto é, admitiu e aceitou o risco de produzi-lo. Deve-se demonstrar a antevisão do resultado, isto é, a percepção de que é possível causá-lo antes da realização do comportamento* (Agravo Regimental no Agravo n. 1.189.970/DF, Rel. Desembargador Convocado Celso Limongi, Sexta Turma, j. em 4.5.2010).

Colaciono os depoimentos colhidos durante a instrução criminal a respeito, evitando-se desnecessária tautologia, transcrevendo parte da r. decisão de pronúncia (fls. 217/224):

> *"O acusado aduziu que nega ter ingerido bebida alcoólica no dia dos fatos. Estava retornando de uma confraternização que se deu numa chácara, onde tinha levado 2 músicos de Candido Mota para cantar e ficou auxiliando o organizador do evento. Estava vindo para Assis, com a vítima fatal, que era muito amiga do interrogado, quando no local mencionado na denúncia entrou na estada um caminhão "bitrem" e, na sequência, entrou outro, também no sentido Assis, à frente do automóvel do interrogado que vinha a 80 km/h e, como estava 'embalado', resolveu*

Acesso ao Sumário

fazer a ultrapassagem naquele local para evitar uma colisão traseira. Tinha conhecimento de que naquele local a ultrapassagem era proibida, mas como não tinha outra opção, efetuou tal manobra, para evitar a colisão traseira, quando se deparou GM-ZAFIRA, que vinha em sentido contrário, ocasionando o acidente. Devido à batida, quebrou o tórax, e sofreu uma lesão parcial na visão. Sendo que em razão disso não conseguia soltar a voz para falar. Não falava nada, razão pela qual não foi submetido ao teste de etilômetro, pois não conseguia soprar. Não se recorda se foi submetido a exame de sangue. Já tinha passagem pela polícia, em razão de 'coisinha corriqueira', mas já pagou sua dívida com a Justiça. Já havia sofrido 'um outro acidente' em qual não houve vítima fatal. O veículo UNO mencionado na denúncia era uma ferramenta de trabalho do interrogado, sendo que no interior dele tinham outras ferramentas. Como estava auxiliando na confraternização, resolveu recolher as latinhas vazias de cerveja e as colocou no automóvel do interrogado. Também recolheu algumas latinhas de refrigerante, sendo que ia vender o referido material. Pelo nome não conhece as pessoas arroladas na denúncia. Acrescentou que não sabe se os policiais teriam algum motivo para incriminar injustamente o interrogado. Não disse aos policiais que não iria se submeter ao exame etílico. Pelo que se recorda, não estava conduzindo seu veículo em zigue-zague. Não teve condições de manobrar o seu veículo para o acostamento, sem adentrar na contramão. O acidente se deu na curva e o interrogado não teve reação para frear o automóvel para tentar evitar a colisão com o veículo ZAFIRA. Quando o interrogado desviou da carreta para ultrapassa-la avistou a ZAFIRA em sentido contrário e não teve tempo para impedir o acidente. Não tem conhecimento se a pessoa que também se envolveu no acidente anterior veio a falecer, sendo que naquela ocasião o interrogado também não conduzia o veículo sob efeito de álcool. O acidente mencionado na denúncia se deu a cerca de no máximo 6 quilômetros da chácara mencionada acima. A vítima fatal dizia que o interrogado e o patrão dela eram seus melhores amigos, nesse momento o acusado se emociona. VALDINEI FERNANDO DA SILVA é cliente do interrogado e não são inimigos. Já teve a sua C.N.H suspensa em razão de pontos oriundo de infração de trânsito. Nunca foi surpreendido pela polícia conduzindo seu veículo em estado de embriaguez. Acrescentou que a mãe do interrogado possui uma deficiência física, em razão de um acidente de trânsito, sendo que naquela ocasião era o interrogado que conduzia o veículo em que ela estava, sendo que naquela época o interrogado ingeria bebida alcoólica eventualmente. O referido acidente ocorreu há mais de 5 anos. A mãe do interrogado teve lesão na perna por conta do acidente. Por fim, disse

Acesso ao Sumário

que não se recorda se no hospital alguém pediu autorização para retirar sangue do interrogado.

A vítima Juliana asseverou que no dia dos fatos encontrava-se no veículo GM-ZAFIRA que era conduzido pelo seu marido AUGUSTO pela Rodovia Miguel Jubran, sentido Paraguaçu Paulista e numa curva, onde não era permitida a ultrapassagem, a declarante viu o veículo ultrapassar um caminhão que vinha em sentido contrário, quando houve a colisão frontal com o automóvel Zafira. Em razão do acidente, a declarante sofreu fratura no braço esquerdo, tendo sido submetida a uma cirurgia. Seu marido, a mãe da declarante e seus filhos que também estavam no automóvel sofreram apenas hematomas. Um passageiro do veículo que veio na contramão veio a falecer. A declarante ficou 'presa' nas ferragens e viu o réu aqui presente, condutor do automóvel, apenas de longe. O réu aparentava estar embriagado, sendo que não o conhecia. Acrescentou que VERA é mãe da declarante e sofreu hematomas e também uma ferida na perna. O réu estava 'embriagado', sendo que percebia que se encontrava 'desnorteado' de cabeça para baixo e não falava 'coisa com coisa'. O marido da declarante tentou evitar o acidente, puxando o automóvel ZAFIRA para a esquerda, mas mesmo assim houve a colisão no lado em que a declarante se encontrava. Acrescentou que o réu estava dentro do carro, de cabeça para baixo, após o acidente, sendo que também ficou preso nas ferragens. Conseguiu visualizar o réu durante o tempo todo, após o acidente, pois os automóveis ficaram de frente um para o outro. O réu estava muito bêbado, razão pela qual não conseguia falar, sendo que não dizia o nome. A declarante estava acidentada e conseguia falar normalmente. O policial rodoviário no UPA disse também que o réu estava embriagado (fl. 139).

A vítima Vera asseverou que se encontrava no interior do veículo GM-ZAFIRA que era conduzido pelo seu genro AUGUSTO, no sentido Paraguaçu Paulista, quando houve a colisão. A declarante viu apenas a luz do automóvel que veio em sentido contrário. A declarante sofreu hematomas 'no corpo inteiro'. Ao sair do carro a declarante visualizou o réu no interior do outro veículo que estava com a porta aberta. A declarante quando se encontrava ainda no interior do veículo ZAFIRA ouviu as pessoas comentando que o réu aparentava estar embriagado. A declarante estava 'meio tonta', mas ouviu os comentários (fl. 140).

O Policial Militar Rodoviário márcio obtemperou que quando compareceu no local, após o acidente, constatou que o veículo conduzido pelo réu aqui presente realizou uma ultrapassagem em local proibido, tendo provocado a colisão frontal com o automóvel GM-ZAFIRA que vinha em sentido contrário. No interior do automóvel conduzido pelo réu tinham

Acesso ao Sumário

várias latas de cerveja vazias. Pessoas que estavam num outro automóvel disseram que estavam retornando de um churrasco numa chácara no Condomínio Rezende, onde o réu também se encontrava. O réu exalava 'bastante odor etílico' e não dizia nada, sendo que se recusou a ser submetido ao teste de etilômetro. Ninguém comentou ao depoente se o veículo conduzido pelo réu trafegava ziguezagueando. O local do acidente fixa no máximo a 4 quilômetros do Condomínio Rezende. A vítima fatal se encontrava no veículo conduzido pelo acusado. O réu havia sofrido ferimentos graves, pois ficou vários dias internado, mas o depoente não se recorda especificamente quais foram as lesões. Acredita que o réu não se pronunciou ao depoente em razão da aparente embriaguez. Entretanto, ao ser indagado se queria se submeter ao teste de etilômetro ele normalmente respondeu um não categórico. Os médicos disseram que na unidade de saúde o acusado estava conversando normalmente até a chegada dos policiais. Até então não conhecia o acusado. Acrescentou que na unidade de saúde um médico informou que em 2010 o réu já havia sido atendido, em razão de outro acidente de trânsito que ele teria se envolvido quando morreram 2 pessoas e ele também estava embriagado.

O Policial Militar Rodoviário Ademir obtemperou que esteve no local do acidente e pôde constatar que o condutor do veículo FIAT UNO exalava grande odor etílico. Foi socorrido e na unidade de saúde o acusado se recusou a ser submetido ao teste de etilômetro. Pelo que pôde constar no local o réu teria tentado uma ultrapassagem em local proibido, dando ensejo ao acidente. A vítima fatal era passageira do veículo FIAT UNO. Acrescentou que no interior do veículo FIAT UNO havia vasilhame de bebida alcoólica, sendo que o depoente não se recorda se cheio ou vazio. Não tem conhecimento se o réu realmente foi submetido a exame de sangue. Os policiais foram informados pelo médico que o réu já era reincidente, pois já teria se envolvido em acidente da mesma proporção com vítima fatal. Amigos do réu e da vítima fatal que se encontravam em outro automóvel disseram que todos estavam voltando de uma confraternização, onde ele ingeriu bebida alcoólica. Acrescentou ainda que o depoente tomou conhecimento em um outro acidente envolvendo o réu, ele também estaria embriagado e não tem certeza se houve vítima fatal. Acrescentou ainda que não se recorda se no interior do veículo FIAT UNO também tinham ferramentas além dos vasilhames mencionados (fl. 142).

A testemunha Renato obtemperou que é lotado no Corpo de Bombeiros local e compareceu no lugar do acidente para prestar socorro. Viu o réu no interior da viatura, imobilizado, sendo que o resgate estava sendo feito por outros policiais. Não se recorda se no interior do referido automóvel

Acesso ao Sumário

do réu tinham vasilhames de bebida alcoólica. Até então não conhecia o acusado pessoalmente, mas parece que ele trabalhava com carro de som fazendo propagandas na cidade. Acrescentou que no interior da viatura o depoente percebeu que o réu apresentava forte odor etílico. Em seguida, ao ler suas declarações prestadas na fase policial, a fl. 46, confirma o inteiro teor. Percebeu que a vítima fatal também exalava forte odor etílico. Certas pessoas que se encontravam no local disseram, que estavam voltando de uma festa, juntos com o réu a vítima fatal. Acrescentou ainda que o veículo do réu ficou bastante deteriorado, sendo que se recorda que no interior tinham ferramentas e aparelho de som.

A testemunha Augusto disse que no dia dos fatos conduzia seu automóvel GM-ZAFIRA no sentido Paraguaçu Paulista, na companhia de sua esposa, sogra e filhos, quando em determinado momento, quando entrava numa curva, avistou que em sentido contrário, o veículo conduzido pelo réu aqui presente começou a ultrapassar um caminhão e vinha em sua direção. Percebeu que iria ocorrer a colisão e tentou retirar o seu veículo para o lado, mas mesmo assim houve a colisão. A esposa do depoente sofreu 'fraturas no braço' e os demais ocupantes do veículo não sofreram ferimentos. O passageiro do outro automóvel veio a falecer. O depoente retirou sua família do veículo e foi até o automóvel do acusado, sendo que a vítima fatal 'ainda respirava' mas veio a falecer 10 minutos depois. O depoente também pensou que o réu tivesse morrido, pois não falava nada. Depois o réu começou a se mexer um pouco, sendo que outras pessoas se aproximaram e o réu exalava odor alcoólico. Acrescentou que quando o declarante percebeu que havia a colisão frontal, afastou seu automóvel para a esquerda, acreditando que o réu iria para a direita, ainda na contramão de direção, mas o acusado veio 'reto' e houve a colisão. O declarante não acreditou que estava sendo feita a ultrapassagem pelo réu naquele local onde havia uma curva e era proibida a manobra e a faixa era dupla. Acrescentou ainda que o declarante foi até a porta do veículo conduzido pelo réu, após o acidente. O cheiro de bebida alcoólica vinha de dentro do veículo e o declarante acredita que exalava do réu. Viu algumas latas de bebida alcoólica no interior do veículo do réu sendo que o declarante não sabe se estavam vazias ou cheias (fl.143-A).

Essas são, em síntese, as provas produzidas na instrução criminal.

Dois elementos convergem e um diverge entre o dolo indireto eventual e a culpa consciente: os primeiros são a previsibilidade objetiva do resultado e a continuidade da conduta, não atuando o agente com seus freios inibidores e, o segundo, a anuência da produção do resultado, no dolo, e a certeza que ele não ocorrerá, na culpa.

Ressalvando entendimento em contrário, sustentar que o recorrente,

Acesso ao Sumário

embora previsse o resultado concordava com sua produção, implica e tomar por absoluto o propósito suicida, uma vez que era o condutor do veículo em que viaja seu amigo e vítima fatal *José Ferreira da Silva.*

Análise superficial do conjunto probatório, como essa fase permite, torna inconteste que o recorrente havia ingerido bebida alcoólica e certamente com a capacidade psicomotora alterada, conforme o a vasta prova testemunhal, conduzia veículo automotor em rodovia vicinal e ao tentar fazer ultrapassagem em local proibido, perdeu o controle do carro invadindo a pista contrária em que trafegava regularmente o veículo GM/ZAFIRA, causando o acidente, resultando na morte do passageiro *José Ferreira da Silva* logo após a colisão; causou ainda lesões corporais às passageiras do referido veículo, *Juliana Íris da Silva Rosa* e *Vera Lúcia da Silva.*

Nesse diapasão não há espaço para se cogitar na anuência do resultado, elemento indispensável para a caracterização do dolo indireto eventual.

A questão deve ser resolvida à luz da culpa consciente e seus elementos: a conduta voluntária, o resultado involuntário, o nexo de causalidade, a tipicidade, a previsibilidade objetiva e a quebra de cuidado objetivo representado pela negligência, imprudência ou imperícia. Anote-se que em se tratando de culpa consciente, não há falar em "ausência de previsão".

Nesse quadrante que se discutirá a incidência da culpa consciente, serão analisados seus indicativos, como a influência do álcool na condução de veículo automotor, a velocidade empreendida ao veículo, a imprudência no momento da ultrapassagem etc., anotando-se que o fato de já ter se envolvido anteriormente em acidente grave não implica elemento constitutivo de culpa, devendo ser mensurado em eventual fixação da pena, como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59).

A gravidade do delito e suas terríveis consequências não servem para tipificar a conduta porque não têm guarida no moderno Direito Penal. Não se pode eleger a pena considerada justa à luz do evento e suas implicações para buscar a tipificação que melhor acomodará a punição. Compete exclusivamente ao Congresso Nacional cominar as penas mínimas e máximas em abstrato para cada crime. Não se pode convolar o homicídio culposo em doloso qualificado e, portanto, equiparado a hediondo, repita-se, na busca da pena reputada justa.

De fato, inexiste prova do dolo eventual, mas, possivelmente da imprudência do recorrente na condução de veículo automotor sob a influência do álcool, ocasionando o lamentável acidente de trânsito.

Nesse quadro, não há espaço para sustentar que o recorrente assumiu o risco de matar, aceitando, antevendo, anuindo com o resultado morte de seu amigo. Evidente que embora tenha antevisto essa possibilidade, sinceramente acreditava que pudesse evita-lo. Nisso se distingue a possibilidade (assunção do

Acesso ao Sumário

risco) da probabilidade (anuência no resultado). Isso não é dolo eventual, mas culpa consciente.

Em suma, extreme de dúvidas que não se trata de crime doloso contra a vida, o Tribunal do Júri não tem competência para conhecer e julgar os fatos descritos na denúncia, impondo-se a desclassificação.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, para **DESCLASSIFICAR**, com fundamento no artigo 419, "caput", do Código de Processo Penal, os fatos descritos na denúncia para outros que não da competência constitucional do Tribunal do Júri, encaminhando-se os autos para o Juízo Singular.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0015457-19.2016.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é peticionário CARLOS FERNANDES DE SOUZA.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a revisão criminal, para absolver Carlos Fernandes de Souza, com fundamento nos art. 386, VII, e 621, I, 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 26.517)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), NUEVO CAMPOS, CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, RACHID VAZ DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ, SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 15 de março de 2018.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Revisão criminal. Roubo duplamente majorado. Condenação baseada unicamente nas evidências colhidas no inquérito. Corréu, ademais, que terminou absolvido, embora a prova fosse idêntica (mais forte contra este, até, que ao menos confessara no inquérito). Procedência, com expedição de alvará

Acesso ao Sumário

de soltura clausulado.

VOTO

Carlos Fernandes de Souza foi condenado pela Colenda 8.ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal (por maioria de votos; relator, Des. Roberto Midolla, rejeitados, também maioria de votos, os embargos infringentes) a sete anos de reclusão, regime inicial fechado, e vinte e um dias-multa, no mínimo, por infração do art. 157, § 2.°, I e II, do Código Penal; interpostos embargos infringentes, foram eles rejeitados, por três votos a dois (tudo cf. processo apensado, fls. 252 e ss., 283 e ss.).

Ingressa agora com revisão criminal, afirmando ser a condenação manifestamente contrária à prova dos autos; tanto assim que o corréu, cujo processo foi desmembrado, acabou absolvido por falta de provas; e estas eram idênticas quanto a ambos – na verdade, eram mais fortes quanto ao corréu, que confessou na polícia, ao contrário do requerente.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento (fls.18/19).

É o relatório.

A meu ver, tem razão o requerente, e por dois inarredáveis motivos.

Em primeiro lutar, é inegável que o voto vencido; **verbis**:

"(…) todos os elementos de convicção que fundamentam a r. sentença e o douto voto vencedor têm espeque tão somente no inquérito policial" (processo apensado, fls. 259).

É certo que na data do julgamento, 13 de maio de 2004 (fls. 252), o art. 155 do Código de Processo Penal ainda não estava em vigor. Porém, isso não importa: desde logo, porque o artigo foi acrescentado por mera cautela do legislador (que pareceria excessiva, não fossem casos como este, a provar-lhe a necessidade): como frisou o v. voto vencido, a condenação baseada em evidências colhidas sem "o manto do devido processo legal e do contraditório" representa "manifesta ofensa à Constituição Federal" (cit., fls. 260).

Ademais, tratando-se de norma de conteúdo material (pois diz respeito diretamente às exigências probatórias para a condenação, e não ao procedimento), o artigo teria de retroagir em benefício do requerente, se isso fosse necessário.

Ora, o v. Acórdão atacado reconhece que o requerente negou a autoria delitiva, no inquérito e em Juízo (fls. 254); não nega que o ofendido, que reconheceu **por fotografia somente os dois coautores** (um deles menor, o outro absolvido) foi ouvido somente no inquérito; a única testemunha presencial nada pôde informar (fls. 255); um dos policiais narrou diligências – mas a prova utilizada contra o requerente foi unicamente o fato de "que ele praticava roubos

Acesso ao Sumário

juntamente com Cleberson e Joberson" (loc. cit.); a outra policial nada informou (id.).

Na verdade, e com todo o respeito, a meu ver bastaria a transcrição do fundamento básico do voto revidendo para mostrar-lhe a completa impossibilidade de subsistir:

> De absolvição não há que se falar, pois ainda que o ofendido Manuel não tenha sido ouvido em Juízo, o fato é que seu relato na delegacia de polícia e o reconhecimento que efetuou foram suficientes para indicar a autoria do crime praticado pelo apelante e seus comparsas. Ora, tanto Joberson quanto Cleberson confirmaram o emprego de armas, a utilização do automóvel conduzido por Carlos, inclusive o adolescente ainda que tenha negado em Juízo a prática deste roubo com Carlos, o fato é que não negou que assaltavam juntos, além da utilização dar armas e do referido Chevette branco.

O raciocínio, portanto, seria: os corréus e o menor costumavam praticar roubos juntos; logo, praticaram este. Não importa que a única prova seja a confissão do menor, no inquérito – como já se disse, em Juízo ele se retratou.

De tal sorte, e sempre com o maior respeito, parece-me claro que a condenação foi manifestamente contrária à prova dos autos.

E passo ao segundo fundamento: o corréu Joberson, depois localizado, foi absolvido – desta vez, por alguma razão que não ficou clara, pela Colenda 7.ª Câmara do TACrim (processo também apensado, fls. 285 e ss.), por unanimidade de votos.

Ora, a prova não só era a mesma – na verdade, era **mais forte** no tocante a Joberson, que, ao menos, confessara na fase policial.

É dizer: a condenação contraria a prova dos autos, contraria os arts. 155 e 580 do Código de Processo Penal e, por fim, afronta a Constituição Federal.

Ante o exposto, meu voto **julga procedente** a revisão criminal, para **absolver** Carlos Fernandes de Souza, com fundamento nos art. 386, VII, e 621, I, do Código de Processo Penal.

Expeça-se alvará de soltura, clausulado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0059209-41.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é peticionário DEMIEN ALVES PERRONI.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "conheceram e deferiram a presente Revisão Criminal, para absolver Demien Alves Perroni, do delito previsto no artigo 311, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, c.c. o artigo 626, ambos Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.773)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO, JOÃO MORENGHI, ANGÉLICA DE ALMEIDA, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA, SALLES ABREU e PAIVA COUTINHO.

São Paulo, 21 de março de 2018.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP E ART. 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO – RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE EM ADULTERAÇÃO RELAÇÃO AO DELITO DE IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – POSSIBILIDADE – A colocação de fita adesiva sobre a placa, não caracteriza a conduta típica prevista no delito porque não tem o condão de lesar a fé pública. Revisão conhecida e deferida.

VOTO

Vistos.

1 – Demien Alves Perroni, interpôs pedido de revisão criminal visando a desconstituição do v. acórdão datado de 31 de outubro de 2013 (fls.214/2215 – autos principais), que: " Deram parcial provimento ao recurso, apenas para diminuir as penas, no tocante ao crime de roubo, para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 15 dias-multa, fixados no piso legal, mantida, no mais, a r. sentença condenatória".

O peticionário foi condenado em, 1ª Instância, em regime inicial fechado, 6 anos e 5 meses de reclusão, e a pagar 15 dias-multa, no piso legal, pela prática de dois crimes de roubo qualificados pelo emprego de arma e concurso de agentes, em concurso formal, e a 3 anos de reclusão, além do pagamento de 10 diárias, também no piso, pela prática do delito de adulteração de sinal

Acesso ao Sumário

identificador de veículo automotor, em concurso material de infrações penais (fl.136/150

O acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 11 de dezembro de 2013 e para o peticionário aos 04 de maio de 2015 (fls.223 e 331-autos principais).

Na presente ação de revisão criminal requer a absolvição ante a atipicidade da conduta relação ao delito de identificador de veículo automotor (artigo 311, do Código Penal), com fulcro no artigo 386, inciso III, c.c. o artigo 626, ambos do Código de Processo Penal (fls.12vº/15vº).

Requisitados e apensados os autos da ação penal.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento e, se conhecida, pelo indeferimento da Revisão (fls.20/24).

É o relatório.

2 – Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

"Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento." (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006).

Acesso ao Sumário

Vê-se, portanto, que o reexame probatório é perfeitamente compatível com a Revisão Criminal, mormente quando se trata da hipótese prevista no art. 621, do CPP.

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar a atipicidade do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

O revisionando foi condenado pela conduta assim descrita na denúncia:

Consta dos autos que, no dia 30 de março de 2012, o peticionário previamente ajustado e agindo em unidade de desígnios com um indivíduo não identificado, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, documentos e cartões de crédito, os quais se encontravam no interior de uma carteira, um telefone celular e um relógio de pulso, pertencentes à vítima Leonardo Almada de Almeida, bem como uma mochila, um par de tênis, marca Adidas, documentos, cartões bancários e um aparelho de telefonia celular da vítima Andres José Lozano Trejo. Na mesma data, o apelante adulterou sinal identificador da motocicleta Yamaha, XTZ 250x, placa ECS-5026 - Diadema/SP, fazendo constar a placa EOS-5028.

Consta da denúncia que o peticionário e outro indivíduo não identificado, utilizando-se da motocicleta com a placa adulterada, surpreenderam as vítimas e, mediante o emprego de arma de fogo, anunciaram o roubo, exigindo que as mesmas entregassem os objetos mencionados, evadindo-se em seguida. Ocorre que policiais militares em patrulhamento de rotina suspeitaram da atitude de dois indivíduos em um motociclo e solicitaram sua parada, o que não foi obedecido, iniciando-se uma perseguição.

Durante referida perseguição o indivíduo que estava na garupa do veículo dele saltou e tomou rumo desconhecido. O acusado acabou caindo da motocicleta e foi preso, confessando que havia realizado um roubo juntamente com indivíduo conhecido como "Magrão". Dias depois as vítimas compareceram na delegacia e reconheceram o réu como um dos autores da subtração.

O peticionário, nas duas fases do processo, confessou a prática do roubo e em Juízo confirmou ter feito a adulteração na placa da motocicleta para não ser encontrado por sua mãe, a qual estava à procura dele, pois já estava há 4 meses na rua. Afirmou que era dependente químico e cometeu o delito para consumir drogas. Disse que pilotou a moto, mas negou o uso de arma de fogo na conduta criminosa.

A vítima Andres acrescentou que, durante a ação dos criminosos, ao tentar esconder uma pulseira de prata levou um tapa de um dos roubadores exigindo a entrega de todos os seus bens. Afirmou que o capacete utilizado pelos agentes não tinha viseira e confirmou o uso de arma de fogo por um deles.

A vítima Leonardo detalhou a ação dos criminosos, afirmando que um

Acesso ao Sumário

deles colocou a arma em seu peito e o revistou buscando os bens a serem subtraídos. Confirmou, pessoalmente, o reconhecimento do peticionário feito fotograficamente na delegacia. Acrescentou que os dois roubadores saíram da moto para efetuar o delito.

Os policiais militares José Neto Alves dos Santos e Rodrigo de Castro Moreira narraram que estava em patrulhamento de rotina quando avistaram uma moto ocupada pelo apelante e outro indivíduo que saltou da motocicleta durante a perseguição. O peticionário foi abordado e com ele foram encontrados alguns dos bens subtraídos. O miliciano José acrescentou que não notaram qualquer adulteração no veículo.

O requerente pleiteia a revisão da sentença proferida nos Autos do Processo nº655/2012, a fim de obter a sua absolvição ante a atipicidade da conduta em relação ao delito de identificador de veículo automotor (artigo 311, do Código Penal),

A adulteração da placa de identificação, por sua vez, foi constatada pelo laudo de fls. 66/7.

No entanto, a prova produzida nos autos conclui-se que a absolvição do peticionário é medida que se impõe, em relação ao delito previsto no artigo 311, do CP, tendo em vista a atipicidade da conduta praticada uma vez o laudo constou: "*que a placa encontrava-se adulterada de ECS 5026 para 5028, mediante o uso de fita adesiva, do tipo isolante de cor preta, o veículo não apresentava danos*".

O crime do artigo 311 do Código Penal trata de dois núcleos do tipo, sendo o primeiro *adulterar*, consistente em falsificar, contrafazer, mudar, bem como *remarcar*, consistente em marcar de novo.

O uso de fita isolante removível sobre o número da placa não pode ser considerada uma mudança permanente, definitiva, de modo que a conduta descrita no artigo supramencionado não está configurada.

O artigo 114, da Lei nº 9.503/97 dispõe que: "*o veículo será identificado obrigatoriamente por caracteres gravados no chassi ou no monobloco, reproduzidos em outras partes, conforme dispuser o CONTRAN*".

O artigo 115, da mesma Lei disciplina que: "*o veículo será identificado externamente por meio de placas dianteira e traseira, sendo esta lacrada em sua estrutura, obedecidas as especificações e modelos estabelecidos pelo CONTRAN*".

Portanto, só há que se falar na incidência do artigo 311 do Código Penal na hipótese de adulteração ou remarcação de sinais obrigatórios, ou seja, caracteres gravados no chassi ou no monobloco.

Outrossim, a conduta do apelante afronta norma administrativa, conforme disciplina o artigo 230, inciso I, da Lei nº 9.503/97, e não a fé pública. Transcrevo

Acesso ao Sumário

o mencionado artigo: "*Conduzir o veículo: I - com o lacre, a inscrição do chassi, o selo, a placa ou qualquer outro elemento de identificação do veículo violado ou falsificado*".

A propósito, colaciono julgados deste Tribunal:

"Do voto vencido do Des. Francisco Menin: (...) A denúncia narra a adulteração de lacre do veículo automóvel da marca Chevrolet Corsa Super, placas ELE-1901/São Paulo, para mudar as placas do mesmo para CEU-1901/São Paulo- SP. O laudo pericial constatou a adulteração (f. 45-53). No entanto, a conduta praticada é atípica desde o advento do Código de Trânsito Brasileiro, que, tratando de toda a matéria relativa a trânsito, não a considera crime; cuida-se, é bem de se ver, de lei nova regendo o mesmo assunto de maneira diversa. Segundo o princípio da subsidiariedade, que informa o Direito Penal brasílico, a lei penal não protege de ofensas a totalidade dos bens jurídicos, mas apenas intervém quando de violações mais graves, insuficientes as demais normas protetivas ('A subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente, esclarece Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Princípio da Insignificância no Direito Penal, São Paulo: Ed. RT, v. 2, p. 64, Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno), ou seja, é a última ratio para pretensão punitiva do Estado. O Código de Trânsito Brasileiro, a lume em 23.09.97 (Lei 9.503), é diploma complexo, continente de normas de variadas naturezas, substantivas e adjetivas, e que se basta, congregando toda legislação relativa aos crimes relativos a veículo automotor em capítulo próprio (Capítulo XIX – Dos Crimes de Trânsito). Nesse sentido, aliás, pronunciou-se o Colendo STF (RHC 80.362-8/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão): 'O art. 161 do CTB explicita, assim, o que, a rigor – tratando-se de um Código – dispensaria explicitação: a pretensão holística, de disciplina totalizante de todo o seu domínio normativo, no caso, conforme o art. 1.º, 'o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional" (sublinhas do ora relator). Referida codificação, posterior à Lei 9.426/1996 (que deu a atual redação do art. 311 do CP), não mais define as mesmas condutas como crime, porém as elege tão-só como infrações administrativas, de natureza gravíssima, que sujeita o infrator a penas de multa, apreensão do veículo e remoção do bem, in verbis: 'Art. 230. Conduzir o veículo: 'I – com o lacre, a inscrição do chassi, o selo, a placa ou qualquer elemento de identificação do veículo violado ou falsificado'. Infração – gravíssima. Penalidade – multa e apreensão do veículo. Medida administrativa – remoção do veículo'. As penas, de natureza pecuniária, classificada na mais grave das quatro categorias (art. 258 do CTB), e administrativa, apreensão e remoção do veículo, cujos ônus são do proprietário (art. 262 do mesmo estatuto), são de extremada gravidade, além da previsão de computação de

Acesso ao Sumário

7 pontos no prontuário do infrator (art. 259 do mesmo diploma legal) e da medida administrativa de remoção do bem, cuja restituição é muito onerosa e de elevada dificuldade (parágrafo único do art. 271 c.c. o art. 114 e seus, ambos da mesma codificação). No Capítulo XIX, Dos crimes de trânsito, Seção II, Dos crimes em espécie (arts. 302 a 312), não trata o novel código de figura típica penal açambarcando essas condutas, mas define crimes especificamente o homicídio culposo (simples e agravado), a lesão corporal (simples e agravado), a omissão de socorro, o abandono do local de acidente, a condução sob efeito de álcool ou similar, a violação da suspensão ou proibição de permissão ou habilitação, a participação de corrida, a disputa ou competição automobilística não autorizada, a direção sem habilitação, a entrega da direção a pessoa não habilitada, a velocidade incompatível e a indução a erro de policial, perito ou juiz. Nenhum é o tipo penal que contenha as circunstâncias elementares do art. 311 do CP, existindo, entretanto, na lei de regência suficientes sanções administrativas para coibir as infrações. A inexistência de tipo penal na Lei 9.503, de 23.09.97, Lei Especial, posterior à redação atual do art. 311 do CP, lei geral, dada pela Lei 9.426/96, derrogou-o, pois, fazendo das condutas descritas, então, atípicas. Assim, derrogado o Código Penal pelo novel Código de Trânsito, que não mais considera a conduta do apelado como fato penal típico, deve ser mantida a absolvição, alterada somente a sua fundamentação legal para o disposto no art. 386, III, do CPP. É como voto" (TJSP – 5ª C. – EI 332.246-3/1-0001 – j. 17.11.2005 – JTJ 299/598).

"Tem-se que a conduta praticada pelo apelado constitui mera infração administrativa, vez que o artigo 311 visa punir quem adultera ou remarca sinal que individualize o veículo, preservando a sua identidade, como o número do chassi ou do motor". (TJSP – 16ª Câmara – Apelação Criminal nº 990.09.114867-9, Rel. Des. Alberto Mariz de Oliveira, j. 25/05/2010).

"Rejeição de denúncia em razão da atipicidade da conduta. Alteração da placa de veículo mediante aposição de fita adesiva sobre os numerais. Caracterização de irregularidade administrativa e não do delito previsto no art. 311 do CP. Crime contra a fé pública, visando coibir diversos outros crimes patrimoniais. Recurso improvido." (TJSP, Recurso Em Sentido Estrito nº 0096468-61.2009.8.26.0050, 9ª Câmara, rel. Des. Francisco Bruno, j. 09/06/2011).

Adulteração de sinal identificador de veículo – Aplicação de fita adesiva sobre algarismos da placa do carro – Alteração perceptível e que não muda as características originais do veículo – Laudo pericial que não comprova adulteração, mas simples alteração superficial na numeração da placa – Inexistência de violação do bem jurídico tutelado no artigo 311, do Código Penal – Conduta atípica – Absolvição decretada. (TJSP – 4ª Câmara – Apelação nº 0429979-93.2010.8.26.0000 – Rel. Des. Alexandre Almeida – j. 05/12/2013).

Acesso ao Sumário

E ainda:

"RECURSO ESPECIAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. APOSIÇÃO DE FITA ISOLANTE NA PLACA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO MEIO UTILIZADO. FÉ PÚBLICA QUE PERMANECE INCÓLUME. NENHUMA LESIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A aposição de fita isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado. 2. O delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e, especialmente, a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel. 3. No caso concreto, observa- se que a colocação de fita isolante para alterar letra da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida 4. Extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo se ocupar de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido. 5. Não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. A crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto o meio utilizado é absolutamente inócuo ao delito de adulteração de veículo automotor. 6. A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada. 7. Recurso especial ao qual se nega provimento. (STJ, REsp 503.960/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 19/04/2010).

Ademais, o laudo pericial juntado às fls. 67/71 assim concluiu: "(...) *constatou o perito relator que a placa encontrava-se adulterada de ECS 5026 para EOS 4028, mediante o uso de fita adesiva, do tipo isolante e de cor preta, o veículo não apresentava danos.*

Acesso ao Sumário

Logo, não é despropositado dizer que o laudo não afirmou a ocorrência de qualquer adulteração nas características originais, até porque a placa que a motocicleta possuía era a original, não ocorrendo nenhuma modificação de maneira definitiva e permanente.

Diante da infração administrativa perpetrada pelo peticionário, a medida mais acertada é a absolvição, uma vez que a alteração de sinal externo do veículo não tem o condão de lesar a fé pública.

3 – Ante o exposto, conhece-se e defere-se a presente Revisão Criminal, para absolver Demien Alves Perroni, do delito previsto no artigo 311, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, c.c. o artigo 626, ambos do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0036674-84.2017.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é peticionário WAGNER LOPES DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação revisional. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.898)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), SILMAR FERNANDES, CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, FRANCISCO BRUNO, RACHID VAZ DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 5 de abril de 2018.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS COM BASE EM PROVA NOVA OBTIDA EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO CONTENDO RETRATAÇÃO DE PESSOAS ENVOLVIDAS NA AÇÃO CRIMINOSA – PRESENTE A HIPÓTESE DE ADMISSÃO DA AÇÃO REVISIONAL, (ARTIGO 621, III[1], DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) –

1 **Art. 621**. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

PROVA NOVA, NO ENTANTO, INCONSISTENTE E INCONVINCENTE – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL.

VOTO

Cuida-se de Revisão Criminal ajuizada por Wagner Lopes de Oliveira, qualificado nos autos, condenado ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 33, c. c. o art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06.

Pugna (fls. 02/10) por sua absolvição, argumentando com a insuficiência da prova, com base em nova prova obtida em audiência de justificação, inocentando-o da imputação que lhe fora endereçada nos autos principais.

A douta Procuradoria (fls. 90/100) opina pelo não conhecimento ou, superada essa questão, pelo indeferimento do pedido revisional.

É o relatório.

A revisão criminal, nada obstante o legislador a preveja como recurso, é uma ação penal de natureza desconstitutiva, de competência originária dos Tribunais, tendo por fim o reexame e a modificação de decisão condenatória transitada em julgado, em face de erro judiciário.

A inicial menciona que, tomando conhecimento da prisão de Graziela Ribeiro por tráfico, os doutos defensores estiveram no presídio onde ela se encontrava e, sem que ela fosse cientificada, gravaram conversa informal que mantiveram com ela, na qual ela inocentaria o peticionário.

Graziela, à época dos fatos adolescente, havia confirmado nos autos da ação principal, em todas as oportunidades em que foi ouvida, que, sob o comando do peticionário, comercializava entorpecentes.

A outra adolescente, Nathalia, também havia incriminado o peticionário quando ouvida, igualmente em todas as oportunidades, nos autos principais.

Esta suposta retratação, no entanto, não se mostra confiável e apta a desconstituir toda a descrição que elas haviam feito ao longo da instrução criminal, seja perante a autoridade policial, seja, por fim, ao serem ouvidas como testemunhas nos autos principais.

A prova coligida nos autos principais confirmou, *quantum satis*, e com ricos detalhes, como o peticionário se valia dos préstimos pessoais das adolescentes, Graziela e Nathalia, e da corré Claudete, para a exploração do

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

nefando tráfico de entorpecentes.

O v. acórdão descreve em minúcias os relatos das pessoas envolvidas:

"As adolescentes Graziela Ribeiro e Nathalia Rodrigues, quando ouvidas na fase inquisitorial, admitiram que realizavam, naquela época, o comércio ilícito de entorpecentes na Praça Central de Caucaia do Alto.

Graziela narrou que, no dia dos fatos, foi procurada pelo acusado Wagner, o qual lhe entregou 15 (quinze) pedras de crack para revenda, pelo preço de R$10,00 (dez reais) cada uma, assim como que Nathalia também vendia entorpecente a mando do referido acusado, sendo a corré Claudete a pessoa responsável pelo transporte da droga (fl. 06).

Nathalia, por sua vez, mencionou um indivíduo, conhecido pela alcunha de 'Boy', como sendo a pessoa que lhe entregava a droga, bem como confirmou que vendia cada porção por R$10,00 (dez reais), ficando a acusada Claudete como encarregada pelo transporte dos entorpecentes.

Nathalia ainda sublinhou que Wagner era conhecido pela alcunha de 'Boy', ao mesmo tempo em que Graziela aludiu ter sido procurada pela irmã do acusado, a qual deixou claro que faria de tudo para livrar o seu irmão da cadeia, inclusive prejudica-las (fls. 260/261 e 262/262vº).

Como se já não fosse o bastante, os policiais militares Rafael Henrique Franco e Renan Antunes de Oliveira, responsáveis pela diligência e prisão em flagrante, em depoimentos firmes e uníssonos, informaram que, no dia dos fatos, realizavam 'operação de direção segura' no local, e quando pararam o veículo conduzido pelo acusado Wagner, lograram encontrar, na bolsa da corré Claudete, as drogas que acabaram apreendidas (fls. 263 e 264).

Como se vê e ao contrário do que sustentado pela aguerrida defesa, foram seguras e coerentes as versões manifestadas pelas adolescentes Graziela e Nathalia, as quais mencionaram, com clareza e desenvoltura, que vendiam drogas na Praça Central de Caucaia do Alto e a mando do acusado Wagner" (fls. 584/585 dos autos principais).

Não logrou o requerente demonstrar a ocorrência de erro judiciário. E não apontou, porque tal erro não existe. As r. decisões encontram-se seguramente amparadas na sólida prova produzida nos autos.

Não se pode olvidar que as então adolescentes, descrevendo seu próprio envolvimento com o comércio clandestino de drogas, e apontando o peticionário como o responsável pela organização do programa delinquencial, não se livrariam de suas responsabilizações pelos atos infracionais cometidos, e não tinham qualquer motivo pessoal para, caso fosse ele efetivamente inocente, incriminá-lo falsamente.

Não há qualquer circunstância, portanto, apta o suficiente para considerar essas supostas retratações como confiáveis o suficiente para desconstituir

Acesso ao Sumário

toda aquela prova consistente, coerente, harmoniosa e coesa que revela, com necessária segurança, a responsabilidade criminal do peticionário.

Ante o exposto, **julgo improcedente** a ação revisional.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2123641-98.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ANDRADINA e PREFEITO MUNICIPAL DE ANDRADINA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO E COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.842OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

CARLOS BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 1.794, de 4 de março de 1999, do Município de Andradina, que 'introduz o § 3º ao artigo 3º da Lei nº 1.212/89 de 27/03/89", para permitir a prorrogação da contratação temporária de servidores públicos para trabalhar em campanhas de saúde pública em até 36 meses' – Contratação por tempo determinado – Prazo de duração excessivo – Ocorrência – Orientação deste Órgão Colegiado no sentido de que o prazo para as

contratações temporárias não podem superar 12 meses – Improrrogabilidade do prazo – Princípios da acessibilidade aos cargos e empregos públicos e da razoabilidade violados – Arts. 111, 115, II e X e 144, da CE/89.

Inconstitucionalidade configurada – Ação procedente, com modulação."

VOTO

O Procurador-Geral de Justiça propõe ação direta objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 1.794, de 4 de março de 1999, do Município de Andradina, que "introduz o § 3º ao artigo 3º da Lei nº 1.212/89 de 27/03/89", para permitir a prorrogação da contratação temporária de servidores públicos para trabalhar em campanhas de saúde pública em até 36 meses".

Em síntese, argumenta o autor que o dispositivo impugnado contraria os arts. 111, 115, II e X e 144 da CE/89, por falta de razoabilidade e porque afronta a regra da investidura permanente e efetiva em cargo ou emprego públicos mediante a aprovação em prévio concurso público.

Sem pedido de liminar, foram os autos processados. Após regularmente citada a Câmara Municipal de Andradina, representada por seu Presidente, em suas informações descreveu o trâmite do processo legislativo da norma impugnada, fls. 82/84. Também a Prefeita do Município de Andradina apresentou suas informações, ocasião em que defendeu a validade da norma, fls. 98/112.

Instado a se manifestar, o Procurador-Geral do Estado declarou faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado por se tratar de matéria de cunho exclusivamente local, fls. 115/116.

Reiterando os termos da inicial, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.794, de 4 de março de 1999, do Município de Andradina, fls. 119/121.

É o relatório.

A ementa do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do eminente Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico e de Competência Originária, em exercício, dr. Wallace Paiva Martins Junior, resume a questão da seguinte forma:

"Constitucional. Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.794, de 04 de março de 1999. Contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. Prazo de duração excessivo. 1. Não é razoável a duração de contratos temporários por prazo total de até 36 (trinta e seis) meses em caso de campanha de saúde pública. Violação aos artigos 111, 115, II e X, e 144 da Constituição Paulista. 2. Parecer

Acesso ao Sumário

pela procedência do pedido.".

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça impugnando a Lei nº 1.794, de 4 de março de 1999, que "introduz o § 3º ao artigo 3º da Lei nº 1.212/89 de 27/03/89" que, por sua vez, "Regulamenta a contratação temporária de Servidores Públicos". Argumenta o requerente que o prazo de trinta e seis meses não é razoável e subverte a regra da investidura em cargo ou emprego público, violando os arts. 111, 115, II e X, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Eis o conteúdo da norma:

"Art. 1º:- O artigo 3º, da Lei nº 1.212/89, passa a vigorar acrescido do § 3º, com a seguinte redação.

'Artigo 3º:-.....

§ 1º:-.....

§ 2º:-.....

3º:- Na hipótese a que se refere o Inciso II do artigo 2º, desta lei, o prazo dos contratos temporários poderá ser prorrogado em até 36 (trinta e seis) meses, por necessidade contínua da campanha de saúde pública com risco de natureza endêmica.'

Artigo 2º:- Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

A inconstitucionalidade é patente. Apesar de o Município ser dotado de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, deve observar os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual, art. 144, da CE/89.

Em conformidade com a Constituição Federal, a Constituição Estadual determina que a investidura em cargo ou emprego público seja precedida de concurso público. Esse princípio, o da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, objetiva garantir a impessoalidade e a igualdade de oportunidade de disputar uma vaga no serviço público, bem como tornar mais eficiente a prestação do serviço público. A regra alcança a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Acesso ao Sumário

Uma das exceções a dispensar a realização de concurso público previstas pelo sistema jurídico-constitucional é a contratação de servidor por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 115, X, da CE/89:

"Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

X – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

Da leitura do inciso X, é possível extrair que são 4 os elementos presentes no texto constitucional para poder dispensar o concurso público: i) previsão legal; ii) tempo determinado; iii) necessidade temporária de interesse público; e iv) excepcionalidade do interesse público.

No Município de Andradina, vige a Lei nº 1.212, de 27-3-1989, que regulamenta a contratação temporária de servidores públicos.

Seu art. 2º fixa os casos considerados de "necessidade temporária" e de "excepcional interesse público": I – calamidade pública; II – campanha de saúde pública; III – implantação de serviço urgente e inadiável; IV – saída voluntária, de dispensa ou de afastamento transitórios de servidores, cuja ausência possa prejudicar sensivelmente os serviços; V – execução de serviços absolutamente transitórios e de necessidade esporádica; e VI – execução direta de obra determinada.

No que se refere ao "tempo determinado", a Lei nº 1.212/89, em sua redação original, estabeleceu no caput do art. 3º o prazo máximo de um ano para as contratações, ressalvado o contrato para trabalhar em obra pública, ocasião em que o prazo não poderá ser superior a 24 meses, § 2º.

Com a entrada em vigor da Lei nº 1.794/99, objeto desta ação direta, foi incluído o § 3º ao art. 3º da Lei nº 1.212/89, para possibilitar a prorrogação, em até 36 meses, da contratação de servidores, para a promoção de campanha de saúde pública.

Realmente, o texto legal possibilitar a contratação temporária pelo prazo de 36 meses fere os princípios da acessibilidade e o da razoabilidade, porque subverte a regra da investidura e transborda os limites de tempo necessário para atender a necessidade provisória.

Foge do conceito da temporariedade a contratação de pessoal que perdure mais de 12 meses, prazo sequer prorrogável, mesmo que para promover campanha educativa na área da saúde, para atender riscos endêmicos. O prazo dilargado estabelecido pela norma transmuta a contratação para o estado permanente, sendo incompatível com a regra constitucional.

A propósito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: "A razão do

Acesso ao Sumário

dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar." (Curso de Direito Administrativo, 23ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 274).

No mais, somente para obtemperar, por ser anterior à Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, inviável a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do § 2º do art. 3º da Lei nº 1.212, que é de 27 de março de 1989, e permite a contração de pessoa para trabalhar em obra pública, por até 24 meses.

Da inconciliabilidade entre a norma e a Constituição, decorrerá a revogação, e a questão se resolverá no campo da não-recepção da lei, pela Constituição superveniente.

Portanto, o ato impugnado violou os arts. 111, 115, II e X, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 1.794, de 4 de março de 1999, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico, com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que ela tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias a partir deste julgamento, nos termos do permissivo legal contido no art. 27 da Lei nº 9.868/99, tempo suficiente para a reorganização do quadro do funcionalismo afetado pelo julgamento.

Além disso, do contrário, a prevalecer o entendimento de que os efeitos da decisão devam ser ex tunc, e colher a lei desde o momento em que entrou em vigor, obrigaria os servidores a ressarcirem as vantagens patrimoniais por eles obtidas. E o ressarcimento seria possível somente no caso de má-fé do contratado em conluio com o agente público contratante dos serviços. Inexistindo a avença objetivando o próprio benefício em detrimento do interesse público, a condenação a restituir os valores recebidos pelos trabalhos prestados permitiria o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Diante desse quadro, **julga-se procedente o pedido, com efeito ex nunc, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.794, de 4 de março de 1999, do Município de Andradina, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2134515-45.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SABINO e PREFEITO MUNICIPAL DE SABINO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.161)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos da Lei Complementar nº 84, de 01 de março de 2017, e por arrastamento, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, do Município de Sabino – Hipóteses de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público – Dispositivos impugnados que retratam hipóteses de generalidade manifesta, ausentes circunstâncias incomuns ou de emergencialidade aptas a ensejar admissões apenas provisórias – Ofensa ao artigo 115, incisos II e X, da Constituição do Estado – Presentes os motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social a ensejar a modulação temporal dos efeitos.

Expressão "comoção interna" contida no inciso I do artigo 2º, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005,

Acesso ao Sumário

do Município de Sabino – Entendimento da douta maioria deste Colendo Órgão Especial – Expressão utilizada pela Constituição Federal, com conotação equivalente à "calamidade pública" (artigo 167, § 3º, da Carta Magna) – Alegação de generalidade e imprecisão – Rejeição.

Pedido procedente em parte, com modulação.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão **"emergência ambiental e emergência em saúde pública, que possam comprometer ou ocasionar prejuízo à segurança ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares"** contida no inciso I, e incisos II, alínea "b", III, alíneas "a", "b" e "c", IV e VI, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 84, de 01 de março de 2017 e, por arrastamento, da expressão **"comoção interna"** contida no inciso I, bem como os incisos II, III, IV, VIII e IX, do artigo 2º, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, do Município de Sabino, porque segundo ele, violam os artigos 111, 115, inciso X e 144, da Constituição Estadual. Alega o autor que os dispositivos impugnados fixam hipóteses excessivamente abertas e não evidenciam a excepcionalidade da medida. Requer o recebimento e processamento da ação para que, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Não houve pedido liminar (fl. 57/60).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, defendeu a constitucionalidade do ato impugnado (fl. 66/68).

O Presidente da Câmara Municipal de Sabino prestou informações a fl. 75/84, bem como o Prefeito do Município de Sabino (fl. 86/94).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 97/109, opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

2. A Lei Complementar nº 84, de 01 de março de 2017, do Município de Sabino que "dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público e dá outras providências", prevê o seguinte, na parte que aqui interessa:

"(...)

Art. 2º. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público, as seguintes situações:

Acesso ao Sumário

I – urgência e inadiabilidade de atendimento de situações de calamidade pública, **emergência ambiental e emergência em saúde pública, que possam comprometer ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;**

II – Necessidade de pessoal em área de prestação de serviços essenciais, em decorrência de:

(...)

b) criação das novas unidades ou ampliação das já existentes;

(...)

III – Necessidade justificada de execução de função eventual, transitória e determinada:

a) relativa à consecução de projetos de informatização;

b) de natureza técnica nas áreas de pesquisa científica, tecnológica, educacional e cultural; e

c) de natureza didático-pedagógica em escolas municipais;

IV – Para suprir atividade finalística na área de saúde e saneamento básico do município, nas hipóteses previstas no inciso II deste artigo;

(...)

VI – Atividades finalística do município decorrentes de Convênios firmados com entidades de direito público interno; (...)"

E os incisos I, II, III, IV, VIII e IX, do artigo 2º, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, que "regulamenta a contratação temporária de pessoal pela administração pública do Município de Sabino", têm a seguinte redação:

"Art. 2º. As contratações nos termos desta lei somente poderão ocorrer em casos de:

I – calamidade pública ou **de comoção interna**;

II – campanhas de saúde pública;

III – implantação de serviços urgentes e inadiáveis;

IV – necessidade inadiável de técnico indispensável ao funcionamento do serviço público essencial;

(...)

VIII – execução direta de obra determinada, de relevante interesse público ou social;

IX – execução de convênios. (...)"

Como se sabe, o ingresso no serviço público dá-se, em regra, mediante concurso público. Todavia, existe previsão constitucional para nomeações para cargo em comissão e para contratação por tempo determinado, esta prevista

Acesso ao Sumário

no artigo 37, inciso IX, da Carta Federal, que visa a atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, devendo ser adotada de maneira criteriosa.

Assim, o regime especial de contratação temporária deve atender a três pressupostos constitucionais: a determinabilidade temporal da contratação, a temporariedade da função a ser exercida e, por fim, a previsão legal dos casos de excepcional interesse público que ensejam a contratação de novos servidores temporários, nos termos do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal.

Estabelece referido dispositivo:

"Art. 37 (...)

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

O Supremo Tribunal Federal, sob o regime da Repercussão Geral, Tema 612, fixou os parâmetros a serem observados quanto ao tema: **"(...) o conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento desta Corte Suprema no sentido de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários, permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração."** (RE nº 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 09/04/2014).

E, ainda:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CF, art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná.

I – A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.

II – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa, ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence.

Acesso ao Sumário

III – A lei referida no inciso IX do art. 37, CF, deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.

IV – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (ADI 3210, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 03/12/2004).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA 'F' DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS. 1. O artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de 'necessidade temporária de excepcional interesse público' que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica. 2. A Lei Complementar 22/2000, do Estado do Ceará, autorizou a contratação temporária de professores nas situações de 'a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária'; e para 'fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense' (art. 3º, § único). 3. As hipóteses descritas entre as alíneas 'a' e 'e' indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparelhamento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. O mesmo não se pode dizer, contudo, da hipótese prevista na alínea 'f' do art. 3º da lei atacada, que padece de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impõe. 4. Os projetos educacionais previstos no § único do artigo

Acesso ao Sumário

3º da LC 22/00 correspondem a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, não podem elas ficar à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida. 5. Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea 'f' e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento." (STF-Pleno, ADI nº 3.721/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 09/06/2016).

Sobre o tema, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que **"a Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar."** (*in* Curso de Direito Administrativo, 13 ed., p. 260-261).

Sem sombra de dúvida, a contratação temporária é um ato discricionário da Administração Pública, que verifica, à luz de parâmetros previamente fixados, a conveniência e a oportunidade para sua incomum aplicação.

Entretanto, *in casu*, os dispositivos impugnados não retratam situações de excepcionalidade ou emergencialidade, aptas a ensejar a admissão temporária de pessoal no serviço público, senão atividades ordinárias e regulares típicas da Administração Pública.

Com efeito, a expressão **"emergência ambiental e emergência em saúde pública, que possam comprometer ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares"**, contida no artigo 2º, da Lei Complementar nº 84, de 01 de março de 2017, arrola hipótese que não demonstra efetiva excepcionalidade

Acesso ao Sumário

determinada e específica, senão expressão ampla, genérica e indeterminada, incompatível com o parâmetro constitucional.

O mesmo raciocínio se aplica às hipóteses de campanhas de saúde pública, serviços urgentes e inadiáveis, necessidade de técnico indispensável ao funcionamento do serviço público essencial, execução direta de obra determinada, de relevante interesse público ou social e execução de convênios, todas arroladas na Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, do Município de Sabino. Tais hipóteses não evidenciam a urgência e excepcionalidade necessárias.

Noutro ponto, cumpre esclarecer que **"as expressões atividade-fim e atividade-meio foram concebidas no âmbito do Direito do Trabalho para distinguir as atividades diretamente relacionadas às finalidades institucionais da empresa, seu objeto social, daquelas que lhes fossem instrumentais, acessórias, auxiliares à sua persecução"** (Cf. Sérgio Pinto Marins, *in* "A terceirização e o Direito do Trabalho", 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 13).

Dessa forma, entende-se que a necessidade de pessoal para criação de novas unidades ou ampliação das existentes, para consecução de projetos de informatização, para pesquisa tecnológica, educacional, cultural e de natureza didático-pedagógica, para suprir atividade na área de saúde e saneamento básico, e decorrentes de convênio, tal como previsto nos incisos II, alínea "b", III, alíneas "a", "b" e "c", IV e VI, do artigo 2º da Lei Complementar nº 84, de 01 de março de 2017, do Município de Sabino, são expressões afetas à Administração Pública, cujos entes federativos têm suas competências materiais estabelecidas na Constituição Federal, as quais, infraconstitucionalmente, são atribuídas a órgãos, entes e cargos que compõem a Administração Pública, com vistas às finalidades institucionais dos entes que a detêm, denominadas, assim, atividades-fim, atos jurídicos ou de império, consubstanciados na manifestação do poder estatal.

De sorte que tais competências (atividades-fim) podem ser classificadas, segundo lição de Hely Lopes Meirelles[1], como serviços públicos próprios ou impróprios. Enquanto aqueles consubstanciam atividades típicas de Estado, e, por isso, absolutamente indelegáveis (ex.: poder de polícia, definição de políticas públicas, etc); estes caracterizam serviços de interesse comum, que, embora relevantes, podem ser prestados diretamente pelo Estado, ou, indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização (ex.: serviços de telecomunicações, energia elétrica, transporte, etc).

Assim, como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 97/109, **"a abertura dessa cláusula permite todo e qualquer**

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 321.

Acesso ao Sumário

preenchimento, o que não se coaduna com o disposto no art. 115, X da Constituição Estadual, porquanto também acaba por delegar ao Administrador a tarefa – específica do legislador – de definir em concreto situações que legitimam a contratação temporária."

Sobre o tema este Colendo Órgão Especial já decidiu:

"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 2º, incisos II, III, IV, V, VI, VII, IX e X do artigo 2º e parágrafo único do art. 4º, todos da Lei Municipal n. 1.896, de 04 de maio de 2011, do Município de Jandira – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – Ausente excepcional situação de interesse público, tampouco verificada situação de urgência, transitoriedade e indispensabilidade (arts. 111 e 115, X e II da Constituição Estadual) – Ofensa aos princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência; Tema que já foi objeto de Repercussão Geral no âmbito do C. STF – NECESSIDADE DE MODULAÇÃO (haja vista que a Lei vige há mais de cinco anos) – Efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais referidos que se farão produzir ao cabo de 120 dias da data do julgamento desta ação – Ação procedente, com modulação." (ADI nº 2138897-18.2016.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 15/02/2017).

Nesse diapasão, conclui-se da inconstitucionalidade da expressão "**emergência ambiental e emergência em saúde pública, que possam comprometer ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares"** contida no inciso I e, incisos II, alínea "b", III, alíneas "a", "b" e "c", IV e VI, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 84, de 01 de março de 2017 e, por arrastamento, dos incisos II, III, IV, VIII e IX, do artigo 2º, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, do Município de Sabino, por ofensa ao disposto nos artigos 111, 115, incisos II e X, e 144, da Constituição Estadual.

Desta feita, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem ser modulados (artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/99) por razões de segurança jurídica, e a fim de permitir a reorganização da estrutura administrativa do Município, para que tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias do julgamento.

No que se refere à expressão **"comoção interna"**, contida no inciso I do artigo 2º, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, do Município de Sabino, em razão do debate ocorrido neste Colendo Órgão Especial (sessão de julgamento realizada no dia 07 de fevereiro de 2018), peço vênia para breve reflexão sobre o tema.

A expressão **comoção interna** aparece três vezes em nosso ordenamento jurídico: a primeira na Constituição de 1891 (comoção intestina), a segunda na

Acesso ao Sumário

Constituição de 1946 (comoção intestina grave) e a terceira na Constituição Federal de 1988 (comoção interna).

Na Constituição de 1891, a situação que ensejava o estado de sítio era a "emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna" (artigo 34, item 21), de modo que ficava a cargo do órgão declarante a interpretação da expressão "comoção interna". Assim, a abertura semântica da expressão encontrava-se alinhada com o propósito da regulamentação da exceção, já que a "agressão estrangeira" e a "comoção interna" (ou "intestina") configuravam as duas situações fáticas capazes de ensejar a consequência da declaração do estado de sítio.

Por sua vez, a Constituição de 1946 distinguiu o estado de sítio em caso "de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper" (art. 206, I), e o estado de sítio em caso "de guerra externa" (art. 206, II). Já na Constituição Federal de 1988, o permissivo constitucional que trata da abertura de créditos extraordinários (artigo 167, § 3º) é condicionado a despesas *imprevisíveis* e *urgentes*, como as decorrentes de *guerra, comoção interna e calamidade pública*. Averba-se, por oportuno, que a exigência não é de 1988, mas existia antes da criação das medidas provisórias, pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que "Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal" (Cf. artigo 41, inciso III)[2].

Nesse diapasão, como bem anotado pelo eminente Desembargador Ferreira Rodrigues, em seu voto, no julgamento da ADI nº 2073804-74.2017.8.26.0000, o **"Supremo Tribunal Federal já reconheceu que 'guerra', 'comoção interna' e 'calamidade pública' são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias (ADI nº 4048/MC-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008)"**.

Dessa forma, por pertinente, trago à colação trecho do voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

> "(...) Segundo a dicção do § 3º do art. 167, são imprevisíveis e urgentes as despesas decorrentes de (1) guerra, (2) comoção interna ou (3) calamidade pública.
>
> Assim, ao mesmo tempo em que fixa conceitos normativos de caráter aberto e indeterminado, a Constituição oferece os parâmetros para a interpretação e aplicação desses conceitos. (...) Nesse sentido, os conceitos semânticos das expressões 'guerra', 'comoção interna' e 'calamidade

Acesso ao Sumário

2 Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: (...) III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.

pública' constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea 'd', da Constituição.

Guerra, comoção interna e calamidade pública são conceitos há muito presentes nos textos das Constituições brasileiras, comumente associados aos temas do Estado de Defesa e do Estado de Sítio.

Talvez não seja necessário tecer explicações mais aprofundadas sobre o significado desses conceitos, pois, sem dúvida, eles representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias.

Sem embargo, colho da obra de João Barbalho, em seus comentários à Constituição de 1891, as diretrizes semânticas para a interpretação dos conceitos de guerra e comoção interna:

'Quanto aos casos em cabe declarar-se o sítio, resumem-se, segundo os termos dos artigos citados:

I – Na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna (art. 34 n. 21);

II – Nos casos de agressão estrangeira ou grave comoção intestina (art. 48 n. 15);

III – Em caso de agressão estrangeira ou comoção intestina (art. 80)

A agressão por forças estrangeiras de tal modo põe em perigo a segurança da República que, independentemente de autorização do Congresso, deve nesse caso o governo declarar imediatamente a guerra (art. 48 n. 8). E de tamanha gravidade, e de arriscadas consequências é essa comoção intestina a que a Constituição se refere, que ela quis equipará-la aqui à própria guerra ou agressão estrangeira, estendendo a ambas a mesma extraordinária providência. Tanto ameaçam 'a segurança da República' e tão grande perigo fazem correr a pátria, que se consideram iguais e se irmanam quanto ao seu alcance e consequências e, também, quanto à urgência do emprego de meios prontos, enérgicos e suficientemente eficazes para pôr-lhes termo. E bem se vê daí que para admitir e justificar o emprego de uma providência dessa natureza, criada para uma situação de guerra (da qual se tirou o nome de estado de sítio), é preciso que a comoção intestina, a ela para esse efeito equiparada, assuma proporções tais que o perigo para a pátria tamanho seja como o que ela corre com a guerra, e que não possa ser destruído senão com os meios usados nesta." (BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, 1891:*

Acesso ao Sumário

***comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 119).**

Em seguida, prossegue João Barbalho em citação às lições de Rui Barbosa:

'O intuito seguramente foi o mesmo e a providência consagrada não pode assimilar-se a mais largo âmbito aqui do que ali. Por isso, foi com toda razão que pôde um dos autores de nossa Constituição, com sua indisputável e não igualada competência, dizer o seguinte:

'A cláusula 'comoção intestina' sobressai, no texto, parede meia (permita-me a frase) com a cláusula 'invasão estrangeira', casadas, unidas, germinadas uma à outra. O perigo que se quer prevenir é esse perigo anômalo e supremo, de que nos dá medida a hipótese de invasão estrangeira. Com essa calamidade a lei associa e equipara a comoção intestina. A equivalência é manifesta e incontestável. O mal de que se quer precatar o país é o mesmo: o risco iminente da República. Esse risco pode nascer de uma destas duas origens: comoção intestina ou invasão estrangeira. Logo, para que, na acepção do texto, se dê a comoção intestina, é preciso que as perturbações que a caracterizam sejam análogas, pela gravidade, às que acompanham a presença do inimigo no território do país. (Rui Barbosa, *O Estado de Sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*, p. 36).'

É indubitável, assim, que os conceitos de guerra ou comoção interna – que estão intrinsicamente relacionados, de acordo com as lições acima citadas – representam situações anormais, cuja gravidade requeira medidas emergenciais e proporcionalmente adequadas e necessárias." (g.n.)

E, nas palavras do eminente Ministro Carlos Britto (no julgamento da ADI 4.048-MC / DF), **"imprevisível é o que está fora de cálculo, de projeção, de prognóstico, de previsibilidade. Daí a Constituição – o Ministro Gilmar Mendes captou bem a mensagem, parece-me –, embora exemplificadamente, cita situações de gravíssima anormalidade, seja factual, seja institucional, porque ela fala de guerra, de comoção interna, de calamidade pública, a mostrar que é preciso que a relevância seja saliente; é um *plus* mesmo de significatividade no plano da própria relevância (...)"**

Nesse contexto, com a devida vênia de entendimento diverso, importa observar que a interpretação dada à expressão "comoção interna" (ou "intestina") nas Constituições de 1891 e 1946, como dito alhures, alinhava-se a uma situação fática ensejadora do Estado de Sítio e/ou Estado de Defesa, de forma que não é por outro motivo que não há correspondente simétrico na Constituição do Estado, pois somente à União corresponde a **soberania nacional e a integridade do estado brasileiro**.

Acesso ao Sumário

Noutro bordo, o artigo 167, § 3º, da Constituição Federal de 1988, trata do devido processo orçamentário, ou seja, especificamente orçamentário, bem por isso, os seus pressupostos também não são exatamente os mesmos das hipóteses de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Essas observações servem para mostrar, *permissa venia*, que não é exato pretender equiparar-se às hipóteses de contratação temporária em face de **"circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária"** (STF, ADI 3.649-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30-10-2014), a ocorrência de comoção interna, cuja interpretação constitucional decorre de situações de risco à pátria, de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social.

Por tais motivos, ressalvado o entendimento deste Magistrado quanto à inconstitucionalidade da expressão **"comoção interna"** contida no inciso I do artigo 2º, da Lei nº 1.753, de 09 de dezembro de 2005, do Município de Sabino – vencido nessa parte pela maioria, sob o fundamento de que a expressão é utilizada pela própria Constituição Federal, com conotação equivalente à "calamidade pública", para aludir, por exemplo, à hipótese de situação imprevisível e excepcional para abertura de crédito extraordinário (artigo 167, § 3º, da Constituição Federal)[3] – pelo meu voto, julgo procedente em parte o pedido, com modulação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198535-45.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE IRACEMÁPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE IRACEMÁPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3051/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ALEX ZILENOVSKI, ARTUR MARQUES,

Acesso ao Sumário

3 Nesse sentido, o pronunciamento deste Colendo Órgão Especial no julgamento da ADI nº 2073804-74.2017.8.26.0000, de Relatoria do eminente Desembargador Ferreira Rodrigues.

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.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Iracemápolis. Legislação municipal que instituiu a vantagem pecuniária "Gratificação de Assiduidade" aos servidores vinculados à rede local de ensino público. Alegação de incompatibilidade com a Constituição Estadual e com a Lei de Responsabilidade Fiscal. Preliminar. Ausência de parametricidade. Controle abstrato de constitucionalidade que somente pode ser exercido em face das normas da Constituição Estadual. Análise do pedido que se limita aos dispositivos constitucionais aplicáveis. Instituição da Gratificação por Assiduidade que se desvinculou do atendimento ao interesse público e das exigências do serviço. Vulneração aos princípios da isonomia e razoabilidade e aos artigos 111 e 128, da Constituição Estadual. Precedentes do Órgão Especial. Ação julgada procedente.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Iracemápolis visando à declaração de inconstitucionalidade dos arts. 75, I, 79 e 80, da Lei Complementar n. 14, de 30 de junho de 2016, do Município de Iracemápolis. De acordo com a narrativa inicial, em síntese, os dispositivos em questão afrontam a Lei de Responsabilidade Fiscal e os arts. 25 e 124, § 1º, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força dos artigos 144 da Constituição Estadual e 29, VI da Constituição da República. Sustentou o autor que a legislação impugnada deixou de prever a fonte de custeio dessa gratificação por assiduidade instituída aos servidores do quadro do Magistério municipal e que tal vantagem também vulnera o princípio da

Acesso ao Sumário

isonomia. Anotou que a diferença quanto ao valor e à periodicidade da referida gratificação contraria o princípio da razoabilidade e que o pagamento da benesse comprometerá a observância dos limites fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A medida liminar foi deferida para suspender a eficácia do artigo 79, da Lei Complementar Municipal n. 14/2016 desde o início da sua vigência até o julgamento da ação (p. 115/116). Em suas informações, o Presidente da Câmara Municipal defendeu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 14/2016, haja vista tratar-se de norma especial aplicável exclusivamente aos integrantes da rede de ensino municipal; disse que a norma em questão prevê a fonte de custeio dos encargos decorrentes do pagamento da 'Gratificação de Assiduidade' e que não há ofensa à isonomia nem à Lei de Responsabilidade Fiscal (p. 128/141). Citado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato normativo impugnado, por se tratar de matéria exclusivamente local (p. 147/148). Em seu parecer de fls. 154/166, o Exmo. Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Nilo Spinola Salgado Filho, manifestou-se pela procedência da ação.

É o relatório.

Preliminarmente, anota-se que a causa de pedir consiste na alegação de incompatibilidade dos dispositivos impugnados com a Constituição Estadual e com a Lei de Responsabilidade Fiscal; argumentou o autor que *"Os pagamentos das sucessivas gratificações aos integrantes do Quadro do Magistério farão com que os gastos extrapolem à simples correção monetária anual,* ***ignorando completamente o preceituado na Lei de Responsabilidade Fiscal****"* (sic. p. 8, item 23, g.n.), e que *"(...) Patente e manifesta a inconstitucionalidade do Artigo 79 da Lei Complementar Municipal 014/2016, em decorrência da ofensa aos artigos retromencionados da Constituição do Estado de São Paulo,* ***bem como da Lei de Responsabilidade Fiscal****"* (p. 9, item 26, g.n.).

Ocorre, porém, que as normas da Constituição do Estado são o único e exclusivo parâmetro de controle direto, abstrato, de leis municipais perante o Tribunal de Justiça do Estado. Em outras palavras, no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade de lei local, como neste caso, o Tribunal de Justiça está limitado a empregar como padrão de controle unicamente a Constituição Estadual e suas normas, conforme orientação pacificada na doutrina e jurisprudência, diretamente decorrente do art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

Nesse sentido é a jurisprudência assentada por este Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 5º do art. 21 da Lei Complementar nº 2.515, de 2 de abril de 2012, do Município de Ribeirão Preto. Servidor público. Férias. Conversão em pecúnia. ***Preliminar. Análise de ofensa a dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Inadmissibilidade.***

Acesso ao Sumário

Ausência de parametricidade. *Mérito. Não pode a lei retirar do Chefe do Poder Executivo o exame da conveniência e oportunidade para conceder ou não o pagamento em pecúnia, ao servidor, de valores correspondentes a 1/3 das férias não usufruídas. Deixar ao arbítrio exclusivo do servidor a possibilidade de converter parcialmente as férias em pecúnia, pode comprometer a regularidade do serviço público em prol de interesse particular. Não é difícil extrair do texto que a lei privilegia apenas interesses privados dos servidores públicos municipais, porque não há resultado benéfico para o serviço público. Nenhum benefício pode ser instituído como vantagem pessoal pura, sem condições de melhoria do serviço. Portanto, sua instituição está divorciada do interesse público e das exigências do serviço, requisitos a serem observados quando da criação pelo Poder Público de qualquer vantagem, pecuniária ou não. Princípio da causa de pedir aberta. Não vinculação aos fundamentos constantes da petição inicial. Violação aos arts. 111, 128 e 144, da CE/89. Ação procedente, com ressalva."* (ADI n. 2144881-46.2017.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 13.12.2017, g.n.).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ***I. AUSÊNCIA DE PARAMETRICIDADE – Controle abstrato de constitucionalidade que somente pode se fundar na Constituição Estadual – Análise restrita aos dispositivos constitucionais invocados*** *– II. VÍCIO DE INICIATIVA – A Lei n. 4.083, de 22 de maio de 2017, do Município de São Manuel – Legislação que limita a duração da jornada de trabalho de determinados servidores públicos municipais – Desrespeito aos artigos 5º, 24, § 2º, 4, e 25 da Constituição Estadual – Vício formal de iniciativa – Lei de iniciativa parlamentar que invadiu as atribuições do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio da separação dos poderes – Ademais, a lei criou despesas públicas, sem indicar os recursos para a sua execução – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente".* (ADI n. 2097138-40.2017.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 25.10.2017, g.n.).

Dessa forma, o pedido será apreciado considerando-se tão somente as normas integrantes da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Não obstante, à vista do princípio da causa de pedir aberta, também é verdade que o Tribunal não está vinculado estritamente à fundamentação jurídica constante da inicial, de modo que lhe assiste o poder de declarar a inconstitucionalidade da norma por fundamento não apontado expressamente. No caso em tela, como se verá, o ato normativo objurgado é inconstitucional porque violou os princípios da isonomia, razoabilidade e interesse público, previstos nos arts. 111 e 128, da CE.

Em relação ao mérito, pretende o Prefeito Municipal de Iracemápolis ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 75, I, 79 e 80, da Lei Complementar n. 14, de 30 de junho de 2016, do Município de Iracemápolis (p. 57/98), sob

o argumento de ofensa aos princípios da isonomia e razoabilidade, além da inexistência de interesse público e ofensa às exigências do serviço, haja vista que a assiduidade e a eficiência representam deveres funcionais intrínsecos ao exercício da função pública e não podem ser considerados critérios para a concessão da vantagem em comento.

Referido diploma *"Institui o Plano de Cargos e Carreira e Regulamento do Quadro do Magistério Público Municipal de Iracemápolis, dando outras providências"* e, em relação aos artigos impugnados, o faz nos seguintes termos:

"Art. 75. Os membros efetivos do SQMPM no exercício das funções lotados na Coordenadoria Municipal da Educação, para receber a Gratificação por Desempenho Profissional, serão avaliados segundo os seguintes critérios:

I – assiduidade;"

[...]

"Art. 79. Os cargos do SQMPM e, inteiramente pontuais e assíduos, terão direito ao beneficio da gratificação, de natureza indenizatória, pelas horas efetivamente trabalhadas em sala de aula, nas horas de trabalho pedagógico, de formação e nos dias previstos no calendário escolar e pelo desempenho das suas funções.

§ 1º – A gratificação corresponderá a 10% (dez por cento) e incidirá sobre o piso salarial base da categoria profissional.

§ 2º – A primeira gratificação será paga no dia 15-10-2017, considerando os critérios previstos nos artigos anteriores e contabilizando-se para período de apuração os meses de junho, julho, agosto e setembro de 2017.

§ 3º – A partir do ano 2018 e seguintes, a gratificação será contabilizada trimestralmente, sendo devido o pagamento, no mesmo Demonstrativo de Pagamento de Salários, conforme quadro a seguir:

1º Trimestre *Janeiro* *Fevereiro* *Março*	*Até o último dia útil do mês abril, podendo em casos excepcionais ocorrer até o 5º (quinto) dia útil do mês de maio.*
2º Trimestre *Abril* *Maio* *Junho*	*Até o último dia útil do mês julho, podendo em casos excepcionais ocorrer até o 5º (quinto) dia útil do mês de agosto.*
3º Trimestre *Julho* *Agosto* *Setembro*	*Até o último dia útil do mês outubro, podendo em casos excepcionais ocorrer até o 5º (quinto) dia útil do mês de novembro.*
4º Trimestre *Outubro* *Novembro* *Dezembro*	*Até o último dia útil do mês janeiro do ano seguinte, podendo em casos excepcionais ocorrer até o 5º (quinto) dia útil do mês de fevereiro.*

Acesso ao Sumário

§ 4º – Além dos critérios estabelecidos nos artigos anteriores, para fazer jus a gratificação de 10%, os profissionais deverão atender os critérios gerais:

a) ser pontual no seu horário de trabalho e não apresentar nenhum tipo de falta no período de três meses, exceto 01 (uma) falta abonada.

b) não apresentar nenhuma penalidade administrativa.

§ 5º – Os critérios específicos serão avaliados pelo superior imediato através de registros e instrumentos de avaliação a serem regulamentados pela Coordenadoria da Educação".

"Art. 80. A gratificação SQMPM não se incorporará à remuneração do servidor para qualquer efeito".

De fato, o exame dos excertos legais acima realmente indica a sua incompatibilidade com os artigos 111 e 128, da Constituição Estadual, que possuem o seguinte teor:

"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".

"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."

Com efeito, a par da autonomia política, legislativa, administrativa e financeira de que desfrutam os Municípios, a organização do funcionalismo público local não pode se afastar dos princípios e diretrizes estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual, cuja observância é cogente.

Em que pese o fato de a Câmara Municipal de Iracemápolis bater-se pela constitucionalidade da gratificação em apreço, sob o singelo argumento de que a Lei Complementar n. 14/2016 é especial em relação ao Estatuto dos Servidores Públicos do Município, não se está a discutir a natureza jurídica da legislação impugnada, tampouco a extensão dos seus efeitos, mas sim a sua (in) compatibilidade com as normas da Constituição Estadual.

Simples leitura do texto impugnado revela que a "Gratificação de Assiduidade" prevista para os servidores da rede de ensino municipal de Iracemápolis não se baseou em nenhuma situação suficiente para desigualá-los em relação a todos os demais servidores daquela municipalidade, submetidos ou não ao mencionado Estatuto geral.

Ademais, a benesse em questão não surtiu resultado benéfico para o serviço público, isto é, o seu pagamento não está atrelado a nenhum aspecto que demonstre melhoria do serviço. Disso decorre que a vantagem afastou-se do interesse público e das exigências do serviço, requisitos de observância

Acesso ao Sumário

obrigatória pelo Administrador, conforme o supracitado art. 128, da CE.

Em suma, o ato impugnado a um só tempo desatendeu às necessidades da Administração, desvinculou-se do interesse coletivo e incrementou as despesas públicas, tudo isso sem beneficiar o serviço público.

Oportunamente, e por se tratar de matéria semelhante, reproduz-se trecho do acórdão aludido pela D. Procuradoria de Justiça, proferido por este Órgão Especial nos autos da ADI n. 2140689-75.2014, cuja relatoria coube ao eminente Desembargador Borelli Thomaz:

"Malgrado seja (ainda) imperioso conferir especial valorização aos profissionais da educação, como constitucionalmente se lhes assegura, a forma pela qual se legislou em Chavantes, além de ir de encontro à denunciada violação ao princípio da isonomia, cria situação defesa na própria Constituição Federal.

Assim ocorre porque foi eleito e identificado 'critério' único para a mercê, o da assiduidade, que não é apanágio para qualquer servidor, tampouco é qualidade que se exalte, mas é, isso sim, dever que se lhe impõe, é obrigação imposta pelo princípio da eficiência da Administração, dentre outros insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Além disso, corre-se risco de violação da supremacia do interesse público, com ofensa ao princípio da razoabilidade, pois os dispositivos legais impugnados apenas em aparência foram editados para conferir efetividade ao já mencionado preceito determinante da valorização dos profissionais do ensino (art. 206, V, Constituição Federal; art. 251, Constituição do Estado).

Nem se descure ser descabido benefício ante dever funcional, ou obrigação funcional, ainda que se cuide de instituição de adicional ex facto temporis.

É certo haver benesses concedidas em razão do tempo por que o servidor esteja em exercício, como se dá em situações dos chamados adicionais temporais (v.g. por quinquênios ou sexta-parte), favorecimento financeiro decorrente apenas do tempo de serviço, mas sempre com característica de valorizar a adequação do servidor ao cargo e à função, além do seu correto proceder funcional, em que, em última análise, premiam-se a estabilidade e a experiência".

No mesmo sentido, confira-se recente julgamento deste Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Legislação do Município de Franca. I Contratação por tempo determinado. Descabimento quanto às atividades de caráter essencial e permanente. Ponto decidido pelo regime da Repercussão Geral (tema 612). Inconstitucionalidade parcialmente reconhecida. II Adoção do regime celetista aos contratados por tempo determinado. Incompatibilidade de tal regime com a natureza precária da relação funcional mantida entre o servidor

Acesso ao Sumário

temporário e a administração pública. Inconstitucionalidade reconhecida. III Gratificação de assiduidade. Vantagem que contraria os princípios da moralidade, razoabilidade e interesse público, eis que premia exigência inerente ao exercício da função pública. Inconstitucionalidade reconhecida. IV Extensão do 'vale alimentação' a inativos e pensionistas. Descabimento ante o feitio indenizatório daquela verba, que não se coaduna com a cessação do exercício. Inconstitucionalidade reconhecida. V Cargos de livre provimento já questionados em anterior ADIN. Litispendência reconhecida e processo extinto sem exame do mérito quanto a tais pontos. VI Criação de cargos de livre provimento fora do perfil reclamado para a adoção desse regime ou desacompanhados da descrição de suas funções. Impossibilidade de se delegar a decreto do Executivo essa indicação. Inconstitucionalidade reconhecida. VII Dispositivo legal oriundo do Legislativo que dispôs sobre o Gabinete do Prefeito e a Procuradoria Geral do Município. Matéria cuja iniciativa de lei é reservada ao chefe do Executivo. Inconstitucionalidade reconhecida. VIII Instituição de imunidade ao Prefeito por atos estranhos ao exercício de suas funções. Ofensa ao pacto federativo e aos princípios de que trata o artigo 144 da CE. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação parcialmente procedente, com modulação". (ADI n. 2119926-90.2016.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 17.05.2017).

Como se vê, caracterizada a violação aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, da Constituição Estadual, mostra-se de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade dos arts. 75, I, 79 e 80, da Lei Complementar nº 14, de 30 de junho de 2016, do Município de Iracemápolis, com a sua supressão do ordenamento jurídico, sem a necessidade da devolução de eventuais valores pagos aos servidores sob tal rubrica, por tratar de verbas de natureza alimentar recebidas de boa-fé.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2190250-63.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43608)**

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, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Emenda nº 0880/2017 à Lei Orgânica do Município de Catanduva – Dispositivo que trata da concessão de aposentadoria especial de servidores municipais – Matéria Previdenciária – Aposentadoria especial de servidor público que deve ser regulada em norma de caráter nacional (lei complementar federal), de competência privativa da União e concorrente dos Estados e Distrito Federal (suplementar ou plena, na falta de lei federal), não aos Municípios (arts. 24, XII, e 40, § 2º, CF, este último reproduzido pelo art. 126, § 4º, da Constituição Estadual, todos aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual) – Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte – Ação julgada procedente.

VOTO

Cuida-se de *ação direta de inconstitucionalidade* em que se busca a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 0880, de 11 de abril de 2017, do Município de Catanduva, de origem parlamentar, que criou um tipo de aposentadoria especial para os funcionários deficientes. Sustenta o autor terem sido violados os princípios da repartição de poderes e da iniciativa, e a impossibilidade de criar despesa sem a criação da respectiva fonte de custeio. Assim estariam violados os arts. 169, 5º, 25 e 144, da Constituição do Estado. O mui digno Procurador Geral do Estado não ofereceu manifestação; vieram as informações do impetrado, e o não menos digno Subprocurador-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da ação. A petição inicial veio acompanhada dos documentos pertinentes.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A Lei acoimada de inconstitucional é o seguinte:

"**LEI COMPLEMENTAR Nº 0880, DE 11 DE ABRIL DE 2.017**

"ACRESCENTA O ART. 250-A, COM INCISOS I, II, III e IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, NA LEI COMPLEMENTAR Nº 0031, DE 17 DE OUTUBRO DE 1.996 E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS."

(Projeto de Lei Complementar nº 002/2017 – Vereador Wilson Paraná)

Autógrafo nº 6.911

ARISTIDES JACINTO BRUSCHI: Presidente da Câmara Municipal de Catanduva, Estado de São Paulo, usando de suas atribuições legais e com base no inciso IV, do artigo 32, combinado com o § 8º, do artigo 55, da Lei Orgânica do Município de Catanduva, promulga a seguinte Lei:

Art. 1º – Fica inserido na Lei Complementar nº 0031, de 17 de outubro de 1.996, o art. 250-A, com incisos I, II, III e IV e parágrafo único, que passam a vigorar com a seguinte redação:

"**Art. 250-A** – É assegurada a concessão de aposentadoria pelo Regime Próprio de Previdência Social do Município (IPMC – Instituto de Previdência dos Municipiários de Catanduva), ao funcionário público com deficiência, observadas as seguintes condições:

I – aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II – aos 29 (vinte e nave) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III – aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV – aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único – O grau de deficiência será atestado por perícia própria do IPMC, por meio de instrumentos desenvolvidos para este fim."

Art. 2º – Esta lei complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

CÂMARA MUNICIPAL DE CATANDUVA, AOS 11 DIAS DO MÊS DE ABRIL DO ANO DE 2017.

O PRESIDENTE:

ARISTIDES JACINTO BRUSCHI

Publicado na Secretaria de Administração da Câmara Municipal de Catanduva, na data supra.

– FRANCISCO BATISTA DE SOUZA – Secretário de Administração".

Acesso ao Sumário

Se o município pudesse legislar sobre aposentadoria especial, de plano haveria *vício de iniciativa*.

Leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: *"Ainda no que se refere ao regime jurídico, vale a pena acentuar que normas específicas sobre aposentadoria, editadas pelos entes federativos, devem ser formalizadas por* ***lei, de iniciativa privativa*** *do Chefe do Executivo, como assinala a Constituição (art. 61, § 1º, II, 'c'). Conquanto direcionada à União, a norma aplica-se às demais entidades políticas pelo princípio da simetria."* (cf. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª ed., Atlas, pág. 741)

Isto significa que a norma está também sob o albergue da Constituição Estadual por força de seu art. 144, que estabelece: *"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."*

De outra parte, o art. 24, § 2º, "4", diz competir exclusivamente ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e **aposentadoria**. Ora, a lei impugnada é de origem parlamentar.

Decorre de tudo a frontal ofensa ao *princípio da tripartição de poderes* (cf. CE, 5º), ensejando claro *vício de iniciativa*.

Na realidade, o município não pode legislar sobre aposentadoria especial de servidor público municipal sob pena de violação do princípio federativo. A jurisprudência desta Corte já está pacificada nesse sentido. **In verbis**:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS COMPLEMENTARES 314/2016 E 316/2016, DO MUNICÍPIO DE SERTÃOZINHO, QUE TRATAM DA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL AOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 797.905/SE QUE DECIDIU QUE A MATÉRIA DEVE SER REGULAMENTADA UNIFORMEMENTE, EM NORMA DE CARÁTER NACIONAL – REPERCUSSÃO GERAL QUE GERA EFEITO VINCULANTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO SE TRATA DE MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL, POIS MERECE TRATAMENTO UNITÁRIO A FIM DE EVITAR QUE SISTEMÁTICAS LOCAIS POSSAM CRIAR UNIVERSOS DISTINTOS PARA UMA MESMA CLASSE DE SERVIDORES – AÇÃO PROCEDENTE" (ADI 2208101-52.2016.8.26.0000, Relator Desembargador FERRAZ ARRUDA, j. 08.03.2017).
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.679, DE 1º DE AGOSTO DE 2014, DO MUNICÍPIO DE AMERICANA, DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE 'AUTORIZA O PODER EXECUTIVO MUNICIPAL A REDUZIR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA APOSENTADORIA DA GUARDA MUNICIPAL DE AMERICANA – GAMA, NO MUNICÍPIO

Acesso ao Sumário

DE AMERICANA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS'. COMANDO LEGAL DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – VIOLAÇÃO À REGRA DE SEPARAÇÃO DE PODERES CONTIDA NOS ARTIGOS 5º E 47, INCISOS II E XIV E ART. 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. LEI MUNICIPAL DISPONDO SOBRE PREVIDÊNCIA – MATÉRIA DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL – ART. 24, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETE À UNIÃO LEGISLAR SOBRE A ADOÇÃO DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA AOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXERÇAM ATIVIDADES DE RISCO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO – ART. 1º E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE." (ADI 2088613-40.2015.8.26.0000, Relator Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO, j. 07.10.2015).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 44 da Lei nº 1.810, de 04 de abril de 2016, do Município de Itu – Dispositivo que trata da concessão de aposentadoria especial a servidor integrante da Guarda Civil Municipal – Matéria Previdenciária – Aposentadoria especial de servidor público que deve ser regulada em norma de caráter nacional (lei complementar federal), de competência privativa da União e concorrente dos Estados e Distrito Federal (suplementar ou plena, na falta de lei federal), não aos Municípios (arts. 24, XII, e 40, § 2º, CF, este último reproduzido pelo art. 126, § 4º, da Constituição Estadual; todos aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual) – Jurisprudência e do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente" (ADI 2218036-19.2016.8.26.0000, j. 24.05.2017, relator Des. João Carlos Saletti).

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – EMENDA Nº 36/2013, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 88, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – GUARDA MUNICIPAL – APOSENTADORIA DIFERENCIADA DE SEUS INTEGRANTES – QUESTÃO NÃO CONHECIDA EM VIRTUDE DO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO Nº 0027469-02.2015.8.26.0000 POR ESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA EMENDA. EMENDA Nº 39/2015, DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL, QUE DEU NOVA REDAÇÃO ARTIGO 88 DA LEI ORGÂNCIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – GUARDA MUNICIPAL – APOSENTADORIA DIFERENCIADA DE SEUS INTEGRANTES – MANUTENÇÃO DO INTERESSE DE AGIR – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERSISTENTE POR AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR DISPONDO SOBRE O TEMA (ART. 126, § 4º DA CE) – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE SEGURIDADE SOCIAL (ART. 22,

Acesso ao Sumário

XXIII DA CF) E CONCORRENTE DOS ESTADOS E DISTRITO FEDERAL NA FALTA DE NORMA GERAL, SEM ESPAÇO PARA OS MUNICÍPIOS (ART. 24, § 3º DA CF) – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO (ART. 1º DA CE) – NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTAR DE CARÁTER NACIONAL, CUJA COMPETÊNCIA É DA UNIÃO, RECONHECIDA PELO STF – OMISSÃO LEGISLATIVA QUE DEVE SER SUPRIDA EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NA SÚMULA 33 DO STF. NÃO CONHECIDA A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA Nº 36/2013 À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E ACOLHIDA A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO À EMENDA Nº 39 À MESMA LEI ORGÂNICA." (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056709-36.2015.8.26.0000, rel. Des. Neves Amorim, j. 18.11.2015).

*"**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO IV DO ART. 12 DA LEI COMPLEMENTAR N. 1.012, DE 23 DE MAIO DE 2000, INCLUÍDO PELO ART. 11 DA LEI COMPLEMENTAR N. 2.765, DE 04 DE ABRIL DE 2016, DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO.** Aposentadoria especial de servidor público (Guarda Civil Municipal). Incompetência legislativa municipal. A concessão de aposentadoria especial, com lastro no art. 40, § 4º, CF/88, depende da edição de lei complementar federal estabelecendo norma geral de caráter nacional (art. 24, XII, CF/88). A ausência de lei complementar federal (nacional) regulando a aposentadoria especial do servidor público (art. 40, § 4º, CF/88) não autoriza o exercício da competência legislativa plena pelos entes subnacionais nessa matéria, balizando o assunto as regras do Regime Geral Previdência Social para os fins da aposentadoria especial (Súmula Vinculante 33, STF). Município que, por legislação própria, disciplina a aposentadoria especial de servidores públicos usurpa a competência normativa federal, violando o art. 144, CE/89, que alberga o princípio federativo e a repartição constitucional de competências, e viola o art. 126, § 4º, da Constituição Estadual. Ação Procedente.*

O Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 797.905/SE, definiu a competência da União para editar as leis complementares de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, bem como a legitimidade passiva do Presidente da República e do Congresso Nacional para os respectivos mandados de injunção, inclusive quando impetrados por servidores estaduais, distritais ou municipais. Confira-se: 'Recurso extraordinário. Repercussão Geral da questão constitucional reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. A omissão referente à edição da Lei Complementar a que se refere o art. 40, § 4º, da CF/88, deve ser imputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. 2. Competência para julgar mandado de injunção sobre a referida questão é do Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso extraordinário provido para extinguir o mandado de injunção impetrado no Tribunal de Justiça." (STF Plenário, Rel. Min.

Acesso ao Sumário

Gilmar Mendes, j. 15/05/2014). (ADIN 2053848-72.2017.8.26.0000, rel. Des. Alex Zilenovski, j. 22-11-2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Art. 26-A, caput e seus incisos I e II, da Lei Complementar nº 487, de 25 de setembro de 2009, na redação dada pela Lei Complementar nº 760, de 30 de maio de 2016, do Município de Limeira. Dispositivo que trata da ***concessão de aposentadoria especial a servidor integrante da Guarda Civil Municipal. Matéria Previdenciária. Aposentadoria especial de servidor público que deve ser regulada em norma de caráter nacional (lei complementar federal), de competência privativa da União e concorrente dos Estados e Distrito Federal (suplementar ou plena, na falta de lei federal), não aos Municípios*** *(arts. 24, XII, e 40, § 2º, CF, este último reproduzido pelo art. 126, § 4º, da Constituição Estadual; todos aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Estadual). Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e desta Corte. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente." (Adin n.º 2047418-07.2017.8.26.0000, Rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. 13/09/2017).*

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 32 e seus incisos I e II, alíneas a e b, *da Lei Complementar nº 95, de 22 de dezembro de 2014, do Município de Rio Claro, que dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos da Guarda Civil Municipal – Dispositivo que trata da concessão de aposentadoria especial a servidor integrante da Guarda Civil Municipal – Pedido de sobrestamento do feito em razão do envio de projeto de lei à Câmara Municipal revogando o preceito legal impugnado – Inadmissibilidade – Na ação direta de inconstitucionalidade o interesse de agir existe se e enquanto a lei estiver em vigor –* ***A concessão de aposentadoria especial, com base no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, depende da edição de lei complementar federal estabelecendo norma geral de caráter nacional – Tema analisado em sede de Repercussão Geral – Incompetência normativa municipal – Afronta ao princípio federativo*** *– Violação dos artigos 1º, 126, § 4º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Pedido procedente." (Adin nº 2010962-58.2017.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO ANAFE, j. 26/07/2017).*

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 5.200, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE VALINHOS, QUE ESTABELECE ***A APOSENTADORIA ESPECIAL AOS GUARDAS CIVIS MUNICIPAIS – REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 797.905/SE QUE DECIDIU QUE A MATÉRIA DEVE SER REGULAMENTADA UNIFORMEMENTE, EM NORMA DE CARÁTER NACIONAL – REPERCUSSÃO GERAL QUE GERA EFEITO VINCULANTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO SE TRATA DE MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL, POIS MERECE TRATAMENTO UNITÁRIO A FIM DE EVITAR QUE SISTEMÁTICAS LOCAIS POSSAM***

Acesso ao Sumário

***CRIAR UNIVERSOS DISTINTOS PARA UMA MESMA CLASSE DE SERVIDORES – AÇÃO PROCEDENTE**". (Adin nº 2053857-34.2017.8.26.0000, Rel. Des. FERRAZ DE ARRUDA, j. 21/06/2017).*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 01, DE 30 DE MARÇO DE 2016, À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE MONTE MOR. **CRIAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL AOS SERVIDORES DA GUARDA CIVIL MUNICIPAL**. POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUANDO SE CUIDAR DE NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA PROPOSITURA DE ADI, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 90, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, E 24, INCISO XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEL POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. **INVASÃO DA ESFERA LEGISLATIVA DA UNIÃO. MATÉRIA A SER REGULAMENTADA POR LEI COMPLEMENTAR FEDERAL. INTERESSE LOCAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 30 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE NÃO SE MOSTRA PREVALENTE.** As normas constitucionais de reprodução obrigatória, implícitas ou explícitas, são normas constitucionais operativas no âmbito estadual e se constituem em parâmetro idôneo de fiscalização concentrada de constitucionalidade no âmbito estadual, e o Procurador-Geral de Justiça tem legitimidade ativa para propositura de ADI. Nas matérias previstas no artigo 24 da Constituição Federal, o Município somente pode legislar de forma suplementar, quando e se o interesse local se mostrar de forma prevalente. No que se refere à aposentadoria especial por atividade de risco, prevista no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal, repetido no artigo 126, parágrafo 4º, da Constituição Estadual, o interesse local não se apresenta, exigindo-se para a regulamentação da matéria a edição de Lei Complementar Federal. **Assim, a norma editada pelo Município que regulamenta a aposentadoria especial dos servidores da Guarda Civil Municipal, viola o disposto no artigo 24, inciso XII, da CF, aplicável por força do artigo 144 da CE. AÇÃO PROCEDENTE.**" (Adin nº 2243116-82.2016.8.26.0000, Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, j. 24/05/2017).*

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PARÁGRAFOS 3º E 4º, DO ARTIGO 128 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, ACRESCENTADOS PELA EMENDA Nº 43, DE 15 DE SETEMBRO DE 2015 – **ATO NORMATIVO DE AUTORIA PARLAMENTAR DISPONDO SOBRE APOSENTADORIA DOS MEMBROS DA GUARDA CIVIL MUNICIPAL** – INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ADOÇÃO DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA*

ESPECIAL A SERVIDORES QUE EXERÇAM ATIVIDADES DE RISCO, NOS TERMOS DO ARTIGO 40, PARÁGRAFO 4º, INCISOS II E III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL e ARTIGO 126, § 4º, ITENS 2 E 3, DA CARTA BANDEIRANTE – ***USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE O ASSUNTO – VIOLAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO – OMISSÃO LEGISLATIVA DO ENTE FEDERADO QUE NÃO AUTORIZA A REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA PELO MUNICÍPIO*** *– CRIAÇÃO DE DESPESAS NÃO PREVISTAS NO ORÇAMENTO – AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, 5º, 24, § 2º, ITEM 4, 25, 126, § 4º, ITENS 2 E 3, E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE.*

O Executivo goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo impingir ao Prefeito o que deve ser feito em termos de administração pública, competindo privativamente ao Chefe do Poder Executivo legislar sobre matéria atinente à aposentadoria dos servidores públicos.

O legislador constituinte estabeleceu espécie normativa específica para a edição de lei que disponha sobre requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria especial a servidores públicos (artigo 40, § 4º, da CF/88), devendo a matéria ser veiculada através de lei complementar federal, de iniciativa do Presidente da República, sob pena de afronta ao princípio federativo*". (Adin nº 2235086-92.2015.8.26.0000, Rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. 02.03.2016).*

Além disso, há de se atentar para a Súmula Vinculante n. 33 do colendo STF:

> **SÚMULA VINCULANTE 33 do STF**: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

À evidência, portanto, que a Súmula em questão estabelece, com clareza, a unicidade do regime previdenciário, razão pela qual não pode sofrer alteração por lei municipal.

Nem se acene com o *interesse local* porquanto o sistema previdenciário não se encarta no interesse local, mas no *interesse nacional*. E *"não pode o legislador municipal, a pretexto de legislar concorrentemente ou suplementar a legislação federal, invadir a competência legislativa de ente federativo superior"* (cf. STF, RE 313.060, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/11/05, 2ª T., DJ de 24/1/06).

Diante do exposto, pelo meu voto, é julgada procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 0880, de 11 de abril de

Acesso ao Sumário

2017, do Município de Catanduva, de origem parlamentar, vez que afronta os arts. 1º, 126, § 4º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2228551-79.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.280)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 7 de março de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Criação de cargos de provimento em comissão de "Assistente Orçamentário-Contábil", "Assistente Técnico de Projetos", "Encarregado de Serviço de Recepção", "Administrador de Manutenção Predial", "Assistente Técnico em Operação de Geoprocessamento Cadastral" e "Assistente Técnico de Programação Tributária", constantes dos Quadros I e IX da Lei nº 5.831, de 03 de abril de 2008, e dos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009, do Município de São Bernardo do Campo; "Coordenador do

Acesso ao Sumário

Centro de Referência de Assistência Social", previsto no Quadro de Pessoal Estatutário e no Quadro II da Lei nº 5.500, de 09 de março de 2006, e nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009; "Revisor de Obras Particulares", previsto no Quadro VI da Lei nº 5.848, de 17 de abril de 2008, e nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009; "Consultor de Gestão Social", "Coordenador do CREAS" e "Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário", insertos nos Quadros II e VI da Lei nº 5.850, de 24 de abril de 2008, e nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009; "Encarregado de Serviço de Expediente", "Encarregado de Serviço de Atenção à Pessoa em Situação de Rua", "Encarregado de Serviço de Atenção à Mulher Vítima de Violência Doméstica", "Encarregado de Serviço de Atenção ao Idoso em Risco Pessoal e Social", "Encarregado de Serviço de Educação e Qualificação Profissional" e "Encarregado de Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados", contidos nos Quadros II e III da Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009, do Município de São Bernardo do Campo – Alegação de que a descrição das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos referidos cargos, não revela natureza exigente da confiança senão plexo de competências comuns, técnicas profissionais – É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração – Atribuições não inerentes a natureza das funções de direção, chefia e assessoramento – Violação aos artigos 111, 115, incisos II, V e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Modulação dos efeitos.

Pedido procedente, com modulação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade das expressões **"Assistente Orçamentário-Contábil", "Assistente Técnico de Projetos", "Encarregado de Serviço de**

Recepção", "Administrador de Manutenção Predial", "Assistente Técnico em Operação de Geoprocessamento Cadastral" e **"Assistente Técnico de Programação Tributária"**, constantes dos Quadros I e IX da **Lei nº 5.831, de 03 de abril de 2008**, e dos Quadros II e III da **Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009**, do Município de São Bernardo do Campo; **"Coordenador do Centro de Referência de Assistência Social"**, previsto no Quadro de Pessoal Estatutário e no Quadro II da **Lei nº 5.500, de 09 de março de 2006**, e nos Quadros II e III da **Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009**; **"Revisor de Obras Particulares"**, previsto no Quadro VI da **Lei nº 5.848, de 17 de abril de 2008**, e nos Quadros II e III da **Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009**; **"Consultor de Gestão Social", "Coordenador do CREAS"** e **"Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário"**, insertos nos Quadros II e VI da **Lei nº 5.850, de 24 de abril de 2008**, e nos Quadros II e III da **Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009**; **"Encarregado de Serviço de Expediente", "Encarregado de Serviço de Atenção à Pessoa em Situação de Rua", "Encarregado de Serviço de Atenção à Mulher Vítima de Violência Doméstica", "Encarregado de Serviço de Atenção ao Idoso em Risco Pessoal e Social", "Encarregado de Serviço de Educação e Qualificação Profissional"** e **"Encarregado de Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados"**, contidos nos Quadros II e III da **Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009**, do Município de São Bernardo do Campo, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 111, 115, incisos I, II e V, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que da leitura das atribuições descritas nos respectivos Quadros da lei impugnada, os mencionados cargos de provimento em comissão, não expressam atribuições de chefia, direção ou assessoramento, revelando, ao revés, tratar-se de cargos com funções técnicas, burocráticas, profissionais e ordinárias. Pede a concessão de liminar para imediata suspensão da eficácia das expressões e, ao final, a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos e mencionados cargos.

Diante da relevância da matéria, este Relator adotou o rito abreviado estabelecido no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fl. 1154/1171).

Notificados, o Prefeito do Município de São Bernardo do Campo e a Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, representada por seu Presidente, prestaram informações a fl. 1184/1188 e 1190/1193.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 1177/1179).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 4063/4070, opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. A **Lei nº 5.500, de 09 de março de 2006**, em seus artigos 2º e 3º e Quadro II descreve as atribuições do cargo de provimento em comissão de "Coordenador do Centro de Referências de Assistência Social", nos seguintes termos:

> **"Coordenador de Centro de Referência de Assistência Social** – Referência 'N' – Nível III
>
> – Monitorar e/ou executar serviços de proteção social;
>
> – Organizar a rede de serviços assistenciais locais, aplicando-se as políticas públicas próprias da área de assistência social;
>
> – Prestar informações e orientação à população de sua área de abrangência;
>
> – Articular-se com a rede de proteção social local, no que se refere aos direitos de cidadania, sistematizando e divulgando indicadores de desenvolvimento da sua área de abrangência em comparação com outros territórios;
>
> – Realizar, sob orientação do Gestor Municipal de Assistência Social, o mapeamento e a organização da rede sócio-assistencial promovendo a inserção das famílias em conformidade com os dispositivos legais previstos no SUAS – Sistema Único de Assistência Social;
>
> – Encaminhar a população local para atendimento nos diversos programas sociais, promovendo e possibilitando o desenvolvimento de ações intersetoriais e intersecretariais integradas;
>
> – Coordenar as atividades técnicas e de assistência social que estiverem afetas à sua área de abrangência;
>
> – Coordenar, em conjunto com seus superiores hierárquicos, atividades administrativas, de gerenciamento de pessoal e de manutenção geral da unidade;
>
> – Reportar-se diretamente à instância superior, conforme for estabelecido;
>
> – Elaborar relatórios e estatísticas das atividades desenvolvidas;
>
> – Prover, em conjunto com seus superiores hierárquicos, a unidade do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS, sob sua coordenação, da segurança e da estrutura geral necessária ao bom andamento das atividades e cumprimento dos objetivos estabelecidos;
>
> – Executar outras atividades que lhe forem atribuídas, correlatas ao cargo."

Por sua vez, a **Lei nº 5.831, de 03 de abril de 2008**, acrescentou novos cargos em comissão na estrutura administrativa, assim dispondo:

> "Art. 1º. O Anexo 3, Tabela I-QPE-PP-I, Quadro de Pessoal Estatutário Parte Permanente, Cargos Isolados de Provimento em Comissão , da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976, com suas alterações, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro I, que faz parte integrante desta Lei.

Acesso ao Sumário

(...)

Art. 7º. O Anexo 29, Nomenclatura, Descrição e Requisitos Mínimos para Preenchimento de Cargos e Funções, 29.1 Pessoal Estatutário, da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976, com suas alterações, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro IX, que faz parte integrante desta Lei."

No tocante ao Quadro I, destacam-se os seguintes cargos:

1) "Assistente Orçamentário-Contábil" (um cargo);

2) "Assistente Técnico de Projetos" (dois cargos);

3) "Encarregado de Serviço de Recepção" (um cargo);

4) "Administrador de manutenção Predial" (um cargo);

5) "Assistente Técnico em operação de Geoprocessamento Cadastral" (três cargos);

6) "Assistente Técnico de Programação Tributária" (quatro cargos).

O Quadro IX, ao tratar da descrição das atribuições prevê:

Descrição do cargo: **ASSISTENTE ORÇAMENTÁRIO-CONTÁBIL**

Assessora análise no âmbito orçamentário-contábil de relatórios diários para gerenciamento e otimização dos recursos da Prefeitura.

Orientar a realização de pesquisas sobre matérias orçamentárias e contábeis em publicações especializadas, de modo a contribuir com a tomada de decisões do Secretário de Finanças.

Propor, discutir e desenvolver junto às áreas envolvidas alterações necessárias aos fluxos orçamentários e contábeis, proporcionando maior eficiência nos procedimentos internos.

Assessorar o levantamento e análise de dados e indicadores relativos ao comportamento orçamentário e contábil, fornecendo elementos que visem o melhor gerenciamento de recursos.

Assessorar a prestação de informações quando solicitadas pelo Tribunal de Contas, no âmbito orçamentário e contábil.

Descrição do cargo: **ADMINISTRADOR DE MANUTENÇÃO PREDIAL**

Elaborar cronograma físico dos serviços de manutenção predial e dos equipamentos da Secretaria de Finanças, objetivando manter os padrões de segurança e ordem.

Realizar a distribuição dos serviços a serem realizados no prédio da Secretaria de Finanças ao Encarregado de Serviço.

Acompanhar os serviços de manutenção em andamento na Secretaria de Finanças, primando pela ordem e segurança dos servidores lotados na Secretaria.

Verificar as necessidades de manutenção do prédio e dos equipamentos necessários ao desenvolvimento de suas atividades, programando sua realização.

Manter o responsável pela Pasta da Secretaria de Finanças informado

Acesso ao Sumário

sobre as providências a serem realizadas nas instalações da Secretaria.

Descrição do cargo: **ENCARREGADO DE SERVIÇO DE RECEPÇÃO**

Supervisionar, coordenar a recepção do atendimento ao público da Secretaria de Finanças, encaminhando para o correto atendimento dentro da Secretaria de Finanças ou em outros setores desta Prefeitura, se for o caso.

Distribuir e supervisionar as tarefas entre seus subordinados e controlar o fluxo de atendimento ao público da Secretaria de Finanças.

Fiscalizar o atendimento público e a permanência dos subordinados no local de serviço, objetivando a não solução de continuidade no atendimento, comunicando ao superior imediato as falhas e demais atividades relativas ao serviço.

Garantir que a execução das atividades do serviço estejam de acordo com os padrões de qualidade no atendimento ao público da Secretaria de Finanças.

Zelar pela disciplina no local de trabalho, mantendo em bom estado de conservação os equipamentos e as instalações sob sua responsabilidade.

Manter atualizado o quadro de servidores lotados na Secretaria de modo a facilitar o encaminhamento dos munícipes no atendimento ao público.

Coordenar o acompanhamento e fiscalização da entrada e saída do público no prédio da Secretaria de Finanças.

Supervisionar o atendimento de ligações telefônicas e da prestação de informações necessárias ao bom atendimento ao público, dentro de sua competência.

Descrição do cargo: **ASSISTENTE TÉCNICO DE PROJETOS**

Acompanhar a execução das atividades relativas aos projetos, estabelecendo padrões, normas e diretrizes para sua adequada implementação.

Coordenar a elaboração semestral de relatórios, evidenciando os progressos atingidos na execução dos Projetos.

Consolidar e disponibilizar as informações para os diversos órgãos e setores que atuam no âmbito dos Projetos.

Subsidiar tecnicamente o encaminhamento das propostas de aquisição relacionadas aos Projetos, para as áreas técnicas competentes.

Estabelecer visão gerencial identificando: produtos, clientes, fornecedores e insumos.

Acompanhar a execução dos componentes e metas quantitativas, bem como indicadores de execução para os projetos.

Subsidiar os gestores/coordenadores e gerentes de produto sobre as peculiaridades de cada projeto.

(...)

Descrição do cargo: **ASSISTENTE TÉCNICO EM OPERAÇÃO DE**

Acesso ao Sumário

GEOPROCESSAMENTO CADASTRAL

Assessorar na manutenção da base gráfica do cadastro fiscal tributário atualizada, utilizando foto via satélite, levantamento planimétrico e outros documentos.

Auxiliar na identificação de imóveis por coordenadas geográficas, plantas, títulos de propriedade e outros documentos.

Acompanhar o desenvolvimento, bem como fornecimento de croqui elucidativo de imóveis, se necessário com foto aérea ou via satélite.

Acompanhar o cálculo de áreas e de medidas de imóveis.

Elaborar roteiros para vistorias fiscais.

Descrição do cargo: **ASSISTENTE TÉCNICO DE PROGRAMAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Coordenar trabalhos de obtenção e acompanhamento de dados relativos às receitas públicas.

Acompanhar a manutenção do plano de classificação das receitas municipais, nos termos das normas gerais estabelecidas para os orçamentos públicos.

Analisar dados relativos aos cadastros tributários, para fins estatísticos.

Analisar as informações relativas a dados econômicos, conjunturais e indicadores necessários à análise, relatórios e divulgação de informações referentes às receitas públicas.

Preparar e elaborar relatórios, gráficos e estudos acerca das receitas públicas.

Auxiliar na elaboração de estudos sobre a matéria tributária e fiscal.

Compor grupos de trabalhos em atividades relativas ao Departamento da Receita."

A **Lei nº 5.848, de 17 de abril de 2008**, ao dispor sobre alterações na Lei nº 2.240/76, em seu artigo 6º, estabeleceu:

"Art. 6º. O Anexo 29, Nomenclatura, Descrição e Requisitos Mínimos para Preenchimento de Cargos e Funções, da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976, com suas alterações, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro VI, que faz parte integrante desta Lei."

E o citado Quadro VI prevê, dentre outras questões:

"Denominação da função: Revisor de Obras Particulares

Natureza: Isolado/Comissão

Requisitos para provimento: Engenheiro Civil, Arquiteto ou titular de cargo de Agente Revisor de Obras Particulares"

Quanto às atribuições previu:

"Cargo: **REVISOR DE OBRAS PARTICULARES**

– assistir às Chefias das Seções e das Divisões do Departamento de

Acesso ao Sumário

Obras Particulares nos trabalhos de análise e verificação de projetos e processos relativos a obras e atividades particulares;

– examinar projetos de obras particulares;

– examinar documentação para obtenção de alvarás de funcionamento;

– examinar processos de parcelamento e remembramento de imóveis nos aspectos urbanísticos e suas implicações nas áreas resultantes;

– emitir pareceres e despachos em assuntos referentes às atribuições do Departamento de Obras Particulares;

– expedir 'comunique-se';

– minutar alvarás em geral, habite-se, vistos, certidões e certificados de obras e atividades particulares;

– propor parecer decisório ao superior imediato;

– atender e orientar proprietários e/ou responsáveis técnicos sobre a aprovação de projetos de obras particulares;

– atender e orientar proprietários e/ou autorizados sobre os procedimentos para a regularização do desenvolvimento das atividades particulares;

– proceder a vistorias visando colher subsídios para elaboração de pareceres;

– cooperar com a chefia imediata em assuntos técnicos e administrativos;

– orientar os procedimentos de fiscalização quanto a irregularidades apuradas nas obras particulares;

– orientar a elaboração de relatórios circunstanciados para instrução processual;

– indicar e propor procedimentos relativos à regularização de obras e atividades particulares;

– notificar, autuar e multar obras e estabelecimentos irregulares."

A seu turno, a **Lei nº 5.850, de 24 de abril de 2008**, trouxe os cargos de "Consultor de Gestão Social", "Coordenador do CREAS" e "Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário", que dispõe:

"Art. 18. O Anexo 3, Tabela I-QPE-PP-I Quadro de Pessoal Estatutário, Parte Permanente, Cargos Isolados de Provimento em Comissão, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro II, que faz parte integrante desta Lei.

(...)

Art. 22. O Anexo 29 – Nomenclatura, Descrição e Requisitos Mínimos para Preenchimento de Cargos e Funções da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro VI, que faz parte integrante desta Lei."

No **Quadro VI da Lei nº 5.850/2008**, está prevista "Descrição dos Cargos", nos seguintes termos, na parte que aqui interessa:

"Descrição dos Cargos:

Acesso ao Sumário

Cargo: **Consultor de Gestão Social** – Ref. V – Nível IV

– prestar apoio técnico aos Departamentos, ao Gabinete da Secretaria e aos órgãos Colegiados, nas questões relativas à política de assistência social visando à implementação e a implantação de Programas, Projetos, Benefícios e Obras e Instalações necessárias às atividades da Secretaria;

– efetuar estudos e pesquisas em nível municipal, regional, estadual, nacional ou internacional, visando aprimorar o trabalho social desenvolvido no Município;

– participar de simpósios, eventos e debates de interesse da Secretaria;

– auxiliar na elaboração de programações financeiras e plano municipal de assistência social;

– acompanhar a execução de obras de edificações e instalações nos espaços sociais sob gerenciamento da Secretaria;

– viabilizar e intermediar parcerias e convênios com outros órgãos públicos ou privados, organizações não governamentais, iniciativa privada, universidades e outros, visando incremento das ações da Secretaria;

– analisar e dar suporte em assuntos de legislação municipal, estadual ou federal de programas sociais, administração de pessoal, contratos e convênios;

– participar de reuniões e Assembleias dos Conselhos Municipais, Conselhos Tutelares e no Consórcio Intermunicipal, em assuntos relevantes, de interesse da Secretaria;

– analisar e aprovar a publicação de Atas, Resoluções, Editais e outros afins;

– executar outras atividades correlatas à sua área de atuação.

(...)

Cargo: **Coordenador do CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social** – Ref. P – Nível III

– monitorar e/ou executar serviços de proteção social especial de média e alta complexidade;

– organizar a rede de serviços assistenciais locais de proteção social especial (média e alta complexidade), aplicando as políticas públicas próprias da área de assistência social;

– articular-se com a rede de proteção social especial (média e alta complexidade), no que se refere aos direitos de cidadania, sistematizando e divulgando indicadores de desenvolvimento local;

– realizar sob orientação do Gestor Municipal de Assistência Social, o mapeamento e a organização da rede sócio-assistencial, promovendo a inserção de famílias no SUAS – Sistema Único de Assistência Social, em conformidade com os dispositivos legais previstos;

– promover e possibilitar o desenvolvimento de ações intersetoriais e

Acesso ao Sumário

intersecretariais integradas;

– coordenar as atividades técnicas e de assistência social que estiverem afetas à proteção social especial;

– coordenar em conjunto com seus superiores hierárquicos, atividades administrativas de gerenciamento de pessoal e de manutenção geral da unidade;

– reportar-se diretamente a instância superior conforme for estabelecido;

– elaborar relatórios e estatísticas das atividades desenvolvidas;

– prover, em conjunto com seus superiores hierárquicos, a unidade do CREAS – Centro de Referência Especializada de Assistência Social da segurança e da estrutura geral necessária, para o bom desenvolvimento das atividades e cumprimento dos objetivos estabelecidos;

– coordenar e monitorar a prestação de serviços especializados e continuados a indivíduos e famílias com seus direitos violados, promovendo a integração de esforços, recursos e meios para enfrentar a dispersão dos serviços e potencializar a ação para os seus usuários, envolvendo um conjunto de profissionais e processos de trabalhos que devem ofertar apoio e acompanhamento individualizado especializado;

– coordenar a prestação de atendimento às situações de risco e violação de direitos da criança e do adolescente, direcionando o foco das ações para a família;

– coordenar e articular a proteção social especial de média complexidade, na oferta de orientação e apoio especializados e continuados de assistência social a indivíduos e famílias com seus direitos violados, mas, sem rompimento de vínculos;

– coordenar a realização de encontros e articulações com Conselhos Tutelares, Ministério Público, Varas de Família, Vara da Infância e da Juventude e com toda rede de garantia de direitos humanos e sociais;

– executar outras atividades que lhe forem atribuídas correlatas ao cargo.

Cargo: **Coordenador de Programa de Serviço Voluntário** – Ref. P – Nível III

– coordenar o Programa Municipal de Serviço Voluntário, através da divulgação, captação, treinamento e encaminhamento de voluntários a órgãos públicos, entidades sócio-assistenciais ou outros de interesse público;

– viabilizar a participação de voluntários em eventos e campanhas de interesse coletivo;

– manter cadastro atualizado de voluntários;

– elaborar e fornecer relatórios, sempre que solicitado pela Secretaria;

– organizar campanhas, elaborar e distribuir material informativo, visando difundir o Programa;

– propor e viabilizar parcerias e convênios com outros Órgãos de outras

Acesso ao Sumário

esferas de Governo, instituições, empresas privadas ou outros, visando o desenvolvimento do Programa."

A **Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009**, do Município de São Bernardo do Campo, assim estabelece no que concerne a presente ação:

"Art. 3º. O Anexo 3, Tabela I-QPE-PP-I Quadro de Pessoal Estatutário – Parte Permanente – Cargos Isolados de Provimento em Comissão, da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro II, que faz parte integrante desta Lei.

Art. 4º. O Anexo 29, Nomenclatura, Descrição e Requisitos Mínimos para Preenchimento de Cargos e Funções, da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976, passa a vigorar com as modificações constantes do Quadro III, que faz parte integrante desta Lei.

Art. 5º. Os cargos extintos e criados, no Quadro II, desta Lei, constantes do Anexo 3, Tabela I-QPE-PP-I, Quadro de Pessoal Estatutário, Parte Permanente, cargos Isolados de Provimento em Comissão, passam a integrar o Anexo 15, Lotação do Pessoal Estatutário, 15.1 – Cargos Isolados de Provimento em Comissão, da Lei Municipal nº 2.240, de 13 de agosto de 1976."

Nos referidos **Quadros II e III da Lei nº 5.982/2009 –** Cargos Isolados de provimento em Comissão – Cargos Criados, estão previstos, dentre vários outros, os seguintes cargos de provimento em comissão, ora impugnados: 1) **"Consultor de Gestão Social"** (dois cargos); 2) **"Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário"** (um cargo); 3) **"Coordenador do CREAS – Centro de Referência Especial de Assistência Social"** (quatro cargos); 4) **"Coordenador do Centro de Referência de Assistência Social"** (cinco cargos); 5) **"Encarregado de Serviço de Expediente"** (dois cargos); 6) **"Encarregado de Serviço de Atenção à Pessoa em Situação de Rua"** (um cargo); 7) **"Encarregado de Serviço de Atenção à Mulher Vítima de Violência Doméstica"** (um cargo); 8) **"Encarregado de Serviço de Atenção ao Idoso em Risco Pessoal e Social"** (um cargo); 9) "**Encarregado de Serviço de Educação e Qualificação Profissional"** (um cargo); 10) **"Encarregado de Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados"** (um cargo); 11) **"Revisor de Obras Particulares"** (treze cargos); 12) **"Assistente Orçamentário-Contábil"** (um cargo); 13) **"Assistente Técnico de Projetos"** (dois cargos); 14) **"Encarregado de Serviço de Recepção"** (um cargo); 15) **"Administrador de Manutenção Predial"** (um cargo); 16) **"Assistente Técnico em Operação de Geoprocessamento Cadastral"** (três cargos); 17) **"Assistente Técnico de Programação Tributária"** (quatro cargos).

Acesso ao Sumário

Em primeiro plano, cumpre asseverar que o acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo, como exceção, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos em comissão, cuja investidura, deve ocorrer com observância aos princípios constitucionais

que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Constituição Federal dispõe que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (inciso II, do artigo 37). A Constituição da República faz expressa distinção entre cargo (regido pelo estatuto próprio de natureza administrativa) e emprego público (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho), mas exige a prévia aprovação em concurso para investidura em ambos e, ao fazer a ressalva, não menciona emprego em comissão, cogitando apenas de cargo público. Nada obstante, como já dito, faz-se necessário a observância de determinados requisitos, estes extraídos da própria Carta Magna, entre os quais o de que os empregos em comissão sejam criados por lei.

Por sua vez, dispõe o artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual, que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração" e, o inciso V prevê que "as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento."

Os cargos em comissão, como sabido é, são aqueles de livre nomeação e exoneração. Todo cargo em comissão guarda norte constitucional específico, revelador, na forma do inciso V, do artigo 37 da Sexta Carta Republicana, de exercício de direção, chefia ou assessoramento.

O Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI nº 3.706, pontuou que as atribuições meramente técnicas não guardam caráter de assessoramento, chefia ou direção, na forma do preceito constitucional, como sói poderia ser.

No mesmo sentido, este Eg. Tribunal de Justiça já decidiu que **"é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão, de cujos titulares nada mais se pode exigir além do escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional técnico"** (JTJ 176/64).

De outro lado, a necessidade de concurso não pode ser contornada pela criação de cargos comuns sob a roupagem de cargos em comissão que, por certo, apoiam-se na necessária e natural confiança dos superiores e, em regra, estão no nível de direção, chefia e assessoramento superior.

Acesso ao Sumário

Lembrando Cammarosano, o arrimo expoente das funções de confiança se encontra na demonstração de que o máxime de importância do cargo guarda liame a eficiência desejada do superior hierárquico, que não teria condições de bem atuar se não fosse o auxílio daquele posto no cargo ou na função de confiança[1], por necessária correspondência a direção, chefia ou assessoramento, pena de afronta "sistemática ao artigo 37, inciso II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos ..." (Cf. Supremo Tribunal Federal AgReg RE 752.769, j. 08.10.13, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

A despeito da livre contratação é a lição de Alexandre de Moraes:

"Essa exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais as funções de confiança e os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público, pois a exigência constitucional de prévio concurso público não pode ser ludibriada pela criação arbitrária de funções de confiança e cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza." (MORAES, Alexandre de. "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional" – 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2003)

A criação de cargos de provimento em comissão não pode, repita-se, ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, pois, nos termos do artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal, e do artigo 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, vedado o desempenho de atividades meramente burocráticas. Assim, pouco importa a denominação; necessária é a análise de sua natureza excepcional, bem como do plexo de atribuições das funções estabelecidas. Nesse sentido: AgRg no RE nº 693.714, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.09.12 e ADI nº 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.04.11.

E, ainda, sobre o tema, julgado do Colendo Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 3º, I, II e III, e Anexo II, da Lei Complementar nº 269, de 17 de maio de 2011, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, e art. 31 da Lei Complementar nº 293, de 03 de janeiro de 2013, do Município de Barueri. Criação de cargos de provimento em comissão.

A criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos

Acesso ao Sumário

1 Cammarosano, Marcio. Cargos em comissão: breves considerações quanto aos limites à sua criação. Revista Interesse Público, Porto Alegre, n. 38, jul/ago. 2006, p. 25-31.

deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente são incompatíveis com os princípios retores previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 111 da Constituição Paulista e a possibilidade de contratação fere de morte o regime constitucional brasileiro. Não sendo caso de contratação em regime de urgência, imprescindível a realização de concurso público, conforme preceitua o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. A criação desses cargos em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional de concurso. Afronta aos arts. 5º, 111, 115, incisos I, II e V; 144, todos da Constituição Estadual.

Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade." (ADIn nº 2133101-80.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Bueno, j. 27.01.2016).

Fixadas essas premissas, passa-se à análise dos cargos questionados.

Com efeito, há de se ter em mente que as regras permissivas de ocupação de cargo público sem prévio concurso são excepcionais, e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Para tanto, não basta que o cargo criado se denomine "diretor", "chefe" ou "assessor", mas sim que haja descrição das tarefas inerentes a cada cargo e que elas se mostrem compatíveis com as funções de direção, chefia e assessoramento para as quais se empenhe relação de confiança. Nesse sentido: RE 806436 AgR – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 17.09.2014.

Da leitura das atribuições descritas na legislação acima, se evidencia que a criação dos cargos comissionados de **"Assistente Orçamentário-Contábil", "Assistente Técnico de Projetos", "Encarregado de Serviço de Recepção", "Administrador de Manutenção Predial", "Assistente Técnico em Operação de Geoprocessamento Cadastral"** e **"Assistente Técnico de Programação Tributária", "Coordenador do Centro de Referência de Assistência Social", "Revisor de Obras Particulares", "Consultor de Gestão Social", "Coordenador do CREAS"** e **"Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário"**, são funções de natureza puramente profissional, técnica e burocrática, fora dos níveis de direção, chefia e assessoramento e que exijam relação de confiança e fidelidade às diretrizes traçadas pela autoridade nomeante, sem portanto, nenhum viés que justifique os cargos técnicos como de confiança, rompendo, assim, critério de razoabilidade para sua criação, o que pode ser perfeitamente ocupado por técnico concursado, em obediência à norma constitucional.

Acesso ao Sumário

A seu turno, para os cargos comissionados de **"Encarregado de Serviço de Expediente", "Encarregado de Serviço de Atenção à Pessoa em Situação de Rua", "Encarregado de Serviço de Atenção à Mulher Vítima de Violência Doméstica", "Encarregado de Serviço de Atenção ao Idoso em Risco Pessoal e Social", "Encarregado de Serviço de Educação e Qualificação Profissional"** e **"Encarregado de Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados"**, a Lei nº 5.982/2009 não descreve as suas atribuições, tendo a Prefeitura Municipal informado que as suas atribuições estariam contempladas pela Lei nº 2.240/76.

E para os "Encarregados de Serviço", a citada lei (Cf. fl. 437/438) destaca as atividades de: auxiliar, em trabalhos atinentes à área de sua unidade, ao superior a que estiver subordinado; informar e encaminhar processos; elaborar relatórios periódicos das atividades de sua unidade; encaminhar requisição, receber e controlar o material de consumo permanente ou equipamentos da unidade; fiscalizar a disciplina e controlar o ponto de seus subordinados; zelar por material e/ou equipamento da unidade e fiscalizar a limpeza e higiene e fornecer elementos para elaboração da previsão orçamentária, que, em verdade, retratam atividades que não se assemelham à chefia, à direção, nem ao assessoramento, pois imbuídas de caráter técnico e burocrático, caracterizadas pela generalidade, ou ainda, de mero expediente, ausente confiança excepcional inerente à comissão.

Por epítome, conclui-se da inconstitucionalidade dos cargos de provimento em comissão de **"Assistente Orçamentário-Contábil", "Assistente Técnico de Projetos", "Encarregado de Serviço de Recepção", "Administrador de Manutenção Predial", "Assistente Técnico em Operação de Geoprocessamento Cadastral"** e **"Assistente Técnico de Programação Tributária"** (Leis 5.831, de 03 de abril de 2008 e 5.982, de 11 de novembro de 2009); **"Coordenador do Centro de Referência de Assistência Social"** (Leis 5.500, de 09 de março de 2006 e 5.982, de 11 de novembro de 2009); **"Revisor de Obras Particulares"** (Leis 5.848, de 17 de abril de 2008 e 5.982, de 11 de novembro de 2009); **"Consultor de Gestão Social", "Coordenador do CREAS"** e **"Coordenador de Programa Municipal de Serviço Voluntário"** (Leis 5.850, de 24 de abril de 2008 e 5.982, de 11 de novembro de 2009); **"Encarregado de Serviço de Expediente", "Encarregado de Serviço de Atenção à Pessoa em Situação de Rua", "Encarregado de Serviço de Atenção à Mulher Vítima de Violência Doméstica", "Encarregado de Serviço de Atenção ao Idoso em Risco Pessoal e Social", "Encarregado de Serviço de Educação e Qualificação Profissional"** e **"Encarregado de Serviço de Apoio aos Órgãos Colegiados"** (Lei nº 5.982, de 11 de novembro de 2009, do Município de São Bernardo do Campo), por ofensa aos artigos 111, 115, incisos II, V e 144, da Constituição Bandeirante.

Acesso ao Sumário

Tendo em vista o início da vigência da respectiva legislação, por razões de segurança jurídica, e a fim de permitir a reorganização da estrutura administrativa do Município, prudente a modulação dos efeitos do resultado ora imposto, nos termos do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/99, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias do julgamento.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, com modulação de efeitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2191323-70.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.107)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), 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, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 7 de março de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 6º DO ARTIGO 91 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, ACRESCIDO PELA EMENDA Nº 62, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2014 – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – ATO NORMATIVO

Acesso ao Sumário

QUE DISCIPLINA MATÉRIA RELACIONADA A REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra § 6º do artigo 91 da Lei Orgânica do Município de Taubaté, acrescido pela Emenda nº 62, de 13 de novembro de 2014.

Delineada ***causa petendi*** repousa preponderantemente no alegado vício de iniciativa para edição do ato normativo impugnado, porquanto o tema nele regulado envolve regime jurídico dos servidores públicos municipais, deliberação cuja iniciativa eventualmente competiria ao Chefe do Executivo Municipal, maculando assim o princípio da separação dos poderes, em ofensa, essencialmente, ao artigo 24, § 2º, nº 4, da Constituição Bandeirante.

Liminar indeferida a fls. 39/40. Citado, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a fls. 49/50, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

Decorreu ***in albis*** o prazo para informações do Presidente da Câmara Municipal de Taubaté (fls. 51).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 54/61, opinou pela procedência do pedido.

É o Relatório.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico o § 6º do artigo 91 da Lei Orgânica do Município de Taubaté (acrescido pela Emenda nº 62, de 13 de novembro de 2014), ostentando a seguinte redação (fls. 35), ***verbis***:

"Art. 91. Os servidores municipais terão as seguintes vantagens pecuniárias:

I – licença prêmio, correspondente a 3 meses de afastamento remunerado ou percepção de vantagens em pecúnia ao servidor que tiver 5 anos de efetivo serviço público municipal em Taubaté, sem registrar faltas injustificadas, afastamento superiores a 60 dias ou punições.

(...)

§ 6º Para efeito do que dispõe o inciso I do caput, também é considerado afastamento o período não superior a 60 dias decorridos entre a exoneração e

Acesso ao Sumário

a nomeação para cargo efetivo ou comissionado".

O ato legislativo impugnado tem gênese em Emenda à Lei Orgânica Municipal, de origem parlamentar, que, na essência, disciplinou tema referente à licença-prêmio, vantagem que *"correspondente a 3 meses de afastamento remunerado ou percepção de vantagens em pecúnia ao servidor que tiver 5 anos de efetivo serviço público municipal em Taubaté, sem registrar faltas injustificadas, afastamentos superiores a 60 dias ou punições"*, conforme inciso I do artigo 91 da LOM (fls. 17/18).

A despeito da competência do Município para elaborar sua Lei Orgânica (art. 29, ***caput*** da Magna Carta) ou mesmo legislar sobre tema de interesse eminentemente local (art. 30, inciso I, da Constituição da República), o ato legislativo municipal deve guardar obrigatória compatibilidade vertical com aqueles que lhe servem de parâmetro – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que o antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura e integral inserção no ordenamento jurídico.

A Constituição da República adotou em seu artigo 61 sistema pluralístico de iniciativa legislativa (fase inicial do processo legislativo), conferindo ordinariamente a prerrogativa a sujeitos diversos. Todavia, o § 1º do mesmo dispositivo excepciona a regra geral, dispondo sobre matérias específicas que estão sujeitas à iniciativa legislativa **privativa** do Chefe do Executivo, as quais devem ser interpretadas em caráter restrito por opção político-normativa.

Trata-se de norma vinculada ao princípio da simetria, cujos preceitos devem ser observados nas respectivas Cartas dos Estados-Membros (art. 25 da Constituição da República), bem assim nas próprias Leis Orgânicas dos Municípios do Estado de São Paulo, à luz do que dispõe o art. 144 da Constituição Bandeirante (*"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"*).

Nesse sentido, já definiu o C. Supremo Tribunal Federal na ADI 2719, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 25-04-2003.

Ao dispor sobre percepção de benefícios e vantagens dos servidores públicos municipais, houve evidente ingerência do Legislativo local em matéria de competência própria do Executivo com imposição de obrigação. Trata-se, inequivocamente, de tema atinente ao **regime jurídico dos servidores públicos municipais** (artigo 61, § 1º, II, 'c', Constituição da República), reservado à iniciativa legislativa do Prefeito local, por se tratar de ato de administração.

Como bem fundamentou o parecer da D. Procuradoria de Justiça, *"ao introduzir dispositivo na Lei Orgânica Municipal, por meio de emenda,*

Acesso ao Sumário

determinando critério para percepção de licença-prêmio, a Câmara Municipal editou norma sobre matéria estranha à sua iniciativa legislativa, eis que incumbe ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei que disponha sobre o regime jurídico dos servidores públicos (art. 24, § 2º, 4, da Constituição Estadual – aplicável na órbita municipal por obra de seu art. 144)".

Logo, a deflagração do processo legislativo para tratar do tema competia, privativamente, ao Chefe do Executivo Municipal, à luz do que dispõe o artigo 24, § 2º *("Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre")*, 4 *("servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria")*, c.c. artigo 144 da Constituição Estadual.

In casu, a iniciativa parlamentar reflete mácula do ato legislativo promulgado, abalando a independência e separação dos Poderes asseguradas no art. 5º da Constituição Bandeirante (*"São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*).

Por fim, prevalece na jurisprudência do C. Órgão Especial o entendimento no sentido de que compete ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre regime jurídico, remuneração, concessão de auxílios, vantagens etc., de servidores públicos. A propósito, vale citar:

> *"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 94-A da Lei Orgânica do Município de Araçatuba que, por iniciativa parlamentar, 'assegura aos servidores municipais o direito à incorporação anual dos décimos das diferenças de vencimentos'. Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo. Matéria de competência privativa do Poder Executivo. Se a competência que disciplina a gestão administrativa é privativa do Chefe do Poder Executivo, a iniciativa do Legislativo imporia em violação frontal ao texto constitucional que consagra o Princípio da Separação dos Poderes Estatais. Lei de iniciativa exclusiva. Criação de atribuições aos órgãos da Administração e de despesas sem dotação orçamentária. Ofensa aos artigos 5º, § 2º, 24, § 2º, 25, 47 II e XIV e 144, todos da Constituição Bandeirante. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079389-10.2017.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. em 22.11.2017).
>
> No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2083718-70.2014.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. em 28.01.2015; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2094375-71.2014.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. em 15.10.2014.

Acesso ao Sumário

No âmbito do C. Supremo Tribunal Federal a orientação é similar, consoante se afere no seguinte precedente:

> *"CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – TRIBUNAL DE*

JUSTIÇA – ATUAÇÃO – REVISÃO. Ante a possibilidade de vir à balha entendimento que possua ligação com a Constituição Federal, como ocorre quanto aos preceitos sensíveis, de adoção obrigatória pela Carta estadual, admissível é o recurso extraordinário – Recurso Extraordinário nº 199.293/SP, de minha relatoria, e Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.529/MT, da relatoria do ministro Octavio Gallotti. ***LEI ORGÂNICA DE MUNICÍPIO – SERVIDORES – DIREITOS. Descabe, em lei orgânica de município, a normatização de direitos dos servidores, porquanto a prática acaba por afrontar a iniciativa do Chefe do Poder Executivo – Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.944/PR, relatada pela ministra Cármen Lúcia, 3.176/AP, 3.295/AM, relatadas pelo ministro Cezar Peluso, e 3.362/BA, de minha relatoria"***. (RE 590829, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27-03-2015 PUBLIC 30-03-2015) – negritou-se.

Colhe-se de seu bojo, ademais, que nem mesmo eventual redação originária da Lei Orgânica Municipal poderia tratar de assunto em baila, como bem asseverou o eminente Relator Min. Marco Aurélio ***verbis***:

"Nem se diga que, no caso, a circunstância de a Lei Orgânica do Município haver sido promulgada em 1990, após a Carta de 1988, teria o condão de placitar a prática normativa. Vê-se a inviabilidade de o poder de elaboração da Lei Orgânica do Município – que, no respectivo âmbito, surge como diploma maior – servir de base à inobservância do preceito constitucional relativo à iniciativa do projeto de lei. Se assim não se entender, ter-se-á, na confecção da Lei Orgânica, verdadeira carta em branco, com possibilidade de adentrar-se qualquer tema, mesmo quando reservado à provocação do Executivo Municipal".

Confira-se, ainda: STF – ADI 3176, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2011, DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011 EMENT VOL-02560-01 PP-00026). No mesmo sentido: STF – ADI 1353, Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 16-05-2003 PP-00089 EMENT VOL-02110-01 PP-00108.

Meu voto, portanto, julga procedente a pretensão para declarar a inconstitucionalidade da Emenda nº 62, de 13 de novembro de 2014, que incluiu o § 6º no artigo 91 da Lei Orgânica do Município de Taubaté.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2097027-56.2017.8.26.0000, da Comarca de São

Paulo, em que é autor SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO – SETMETRO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUZANO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.771)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 14 de março de 2018.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.060, de 27 de março de 2017, do Município de Suzano – Lei, de iniciativa parlamentar, dispondo que a permissão de exploração do serviço complementar de transporte coletivo (1) "<u>será sempre delegada, a título precário e por tempo certo</u>", (2) <u>é passível de transferência a terceiros, com anuência do permissionário</u>, e (3) <u>suscetível de transmissão hereditária, podendo o sucessor valer-se de prepostos para a sua exploração</u> – Lei eivada do vício de iniciativa legislativa e que invade a reserva legal de atribuições do Poder Executivo – Serviços públicos, em especial os delegados mediante concessão ou permissão, que estão sujeitos à regulamentação e fiscalização do Poder Público – Lei impugnada, ademais, que trata da organização e administração de serviço público de transporte coletivo, cuja iniciativa é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo – Violação ao princípio da separação dos poderes (arts. 30, V, e 61, § 1º, II, "b", da CF e arts. 5º, *caput*, 47, II e XVIII, da CE, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da

Acesso ao Sumário

CE) – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, igualmente – Norma permissiva da transmissão da permissão a terceiro, pelo próprio permissionário (malgrado com anuência do poder público) ou por sucessão hereditária (em caso de falecimento), e que autoriza o sucessor a nomear preposto – Autorizações legislativas de transmissão da permissão do serviço sem licitação do serviço público de transporte coletivo, que atentam contra os princípios da moralidade, isonomia e razoabilidade, infringindo os arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal e art. 117 da Constituição Estadual, aplicáveis ao Município por força do art. 144 desta última – Pretensão procedente. Ação julgada procedente.

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.060, de 27 de março de 2017, do Município de Suzano, de autoria parlamentar (fls. 1/32 e 64).

Alega o proponente: **a)** detém legitimidade ativa para propositura desta demanda (art. 90, V, CE; e Cap. II, arts. 3º e 4º, "a" e "b" do Estatuto Social) e possui interesse jurídico na defesa dos interesses das prestadoras de serviço de transporte coletivo no município; **b)** a lei estabelece injustificável situação de desigualdade entre o serviço complementar e o convencional, operado por empresas que integram os quadros do autor; **c)** "a alteração legislativa prejudica os usuários do serviço ... já que visa burlar a obrigatoriedade de licitação – e naturalmente da seleção de prestador de serviço apto para tanto – e, pior, condiciona a transferência do serviço somente à anuência do permissionário, situação que nitidamente contribui para a configuração de um serviço inadequado"; **d)** a Lei Municipal 4.201/2007, cujo art. 19 foi alterado pela lei atacada, regulamenta a exploração no âmbito municipal do serviço público de transporte coletivo de passageiros na modalidade complementar; **e)** duas espécies de vícios maculam a constitucionalidade da lei atacada; **f)** há vício formal ante a invasão, pelo legislador municipal, de competência privativa do chefe do Poder Executivo, que tem a iniciativa da propositura de leis que disponham sobre a organização e administração dos serviços públicos (no caso, serviço público de transporte coletivo), tendo sido infringido, assim, o princípio da separação dos poderes (arts. 30, V, 61, § 1º, II, "b", da CF, e arts. 5º, *caput*, 47, II e XVIII, e 144 da CE); **g)** há vício material pois o art. 2º da lei impugnada (e por consequência todos os outros), estabelece (sem licitação) que a permissão

Acesso ao Sumário

poderá ser transmitida pelo permissionário ou, em caso de falecimento, por sucessão (e que o sucessor possa, inclusive, nomear preposto); a disposição fere flagrantemente a Constituição Federal e a Constituição Estadual (arts. 37, XXI, e 175 da CF e art. 117 da CE, cujo texto foi reproduzido pelo art. 87 da LOM).

Requereu a concessão de medida cautelar (art. 300 e ss. do CPC, art. 229 e ss. do RITJSP, e art. 10º e ss. da Lei Federal 9.868/99), "para que desde já seja **suspensa a eficácia da Lei Municipal nº 5.060/17, de modo que não seja possível a transferência e a aquisição por sucessão da permissão (com a possibilidade de nomeação de preposto) outorgada para fins de prestação do transporte coletivo complementar de passageiros, à revelia da obrigatoriedade de licitar**". Requereu, ainda, "seja arbitrada multa ... e apurada responsabilidade administrativa, civil e criminal de agentes que, após a concessão da medida cautelar, venham a exigir a aplicabilidade de lei Municipal cuja eficácia tiver sido suspensa". Ao final, requereu a procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 5.060/2017, do Município de Suzano.

Concedi a medida liminar, suspendendo a vigência e a eficácia da lei impugnada, "até a decisão final desta ação" (fls. 82/84).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações, restritas ao processo legislativo da lei impugnada (fls. 97/99, com docs. fls. 100/118).

A douta Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar por se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 120/121).

O Prefeito do Município não apresentou informações (certidão de fls. 122).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 125/133).

É o relatório.

1. A **Lei nº 5.060, de 27 de março de 2017, do Município de Suzano**, que *"altera a redação do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 19, inclui os §§ 3º, 4º e 5º ao art. 19 da Lei Municipal nº 4.201, de 03 de dezembro de 2007, e dá outras providências"* (fls. 64 e 65/74), estatui:

"**Art. 1º.** O art. 19 da Lei Municipal nº 4.201, de 03 de dezembro de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 19. A permissão para exploração do SERVIÇO COMPLEMENTAR será sempre delegada, a título precário e por tempo certo".

"**Art. 2º.** Os §§ 1º e 2º do art. 19 da Lei Municipal nº 4.201, de 03 de dezembro de 2007, passam a vigorar com a seguinte redação:

"§ 1º. Em caso de falecimento de permissionário do sistema de transporte coletivo público suplementar de passageiros, o direito da outorga se

Acesso ao Sumário

transfere em sucessão legal para continuidade dos serviços prestados, pelo mesmo prazo outorgado.

§ 2º. O sucessor que não apresentar os requisitos exigidos pelo município para o efetivo exercício dos serviços determinados na outorga poderá valer-se de prepostos que o possuam previamente ajustados perante o órgão público competente".

"**Art. 3º.** Fica acrescido os §§ 3º, 4º e 5º ao art. 19 da Lei Municipal nº 4.201, de 03 de dezembro de 2007, com a seguinte reação:

"§ 3º. Não havendo manifestação de sucessão no prazo de 30 (trinta) dias, a outorga poderá ser transferida para terceiros que preencham os requisitos exigidos pelo município, observados os princípios da isonomia.

§ 4º. A permissão poderá ser transferida a terceiros, com anuência expressa do permissionário, que previamente preencham todos os requisitos exigidos pelo município quando da outorga.

§ 5º. Havendo vacância, a permissão retornará ao Poder concedente".

"**Art. 4º.** As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

"**Art. 5º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

2. Como se vê a seguir, as normas impugnadas atentam contra as seguintes disposições constitucionais:

Da Constituição Federal:

"**Art. 30.** Compete aos Municípios:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;"

"**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela EC 19/1998).

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual

Acesso ao Sumário

somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (Regulamento)

"**Art. 61.** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II – disponham sobre:

(...)

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;"

"**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

Da Constituição Estadual:

"**Art. 5º.** São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

"**Art. 47.** Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

(...)

XVIII – enviar à Assembleia Legislativa projetos de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos;"

"**Art. 111.** A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência." (NR) (redação dada pela EC 21/2006).

"**Art. 117.** Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de

Acesso ao Sumário

pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

"**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".

3. A lei – de autoria parlamentar – invadiu a reserva legal de atribuições do Chefe do Poder Executivo.

Ao Poder Legislativo cabe a iniciativa da edição de leis de caráter geral e abstrato, enquanto ao Executivo compete o exercício de gestão administrativa, que envolve atos de planejamento, direção, organização e execução dos serviços públicos, como os de transporte colocados à disposição da população.

Os serviços públicos, em especial os delegados mediante concessão ou permissão, estão sujeitos à regulamentação e fiscalização do Poder Público.

A lei impugnada trata de organização e administração de serviço público de transporte coletivo, cuja iniciativa é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Em suma, tratando-se de matéria inserida no âmbito da atribuição exclusiva do Executivo, o Legislativo usurpou-lhe a iniciativa legislativa e exorbitou dos poderes que lhe foram atribuídos pelo legislador constitucional. Violado o princípio da separação dos poderes (arts. 30, V, e 61, § 1º, II, "b", da CF e arts. 5º, *caput*, 47, II e XVIII, da CE, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da CE).

4. Não bastasse a inconstitucionalidade por vício formal, a norma combatida está eivada por defeito igualmente material, ao estabelecer que a transmissão pode se dar pelo próprio permissionário (com anuência do poder concedente) ou por sucessão (em caso de falecimento), e que o sucessor pode nomear preposto. E mais, somente retorna ao poder concedente em caso de vacância!

A previsão de transmissão *pos mortem* do direito concedido (já sem processo licitatório) sem a necessária e prévia licitação do serviço público de transporte coletivo, infringe os arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal e arts. 117 da Constituição Estadual, aplicáveis ao Município por força do art. 144 desta última.

E mais. Autorizar a lei a concessão de serviço de transporte sem licitação que garanta a livre concorrência, com igualdade de condições entre os interessados e habilitados à sua prestação, assegurar caráter vitalício à titularidade do beneficiário e, mais ainda, garantir o direito hereditário da permissão, viola os princípios da moralidade, isonomia e razoabilidade (art. 111

Acesso ao Sumário

CE), visto não submeter à sociedade o direito de participar do serviço público.

A propósito desse aspecto da questão, bem assinala a douta Procuradoria Geral de Justiça, com propriedade (fls. 125/133), o seguinte:

"Além de apresentar ... vício de iniciativa, a lei objurgada é materialmente incompatível com os artigos 111 e 117 da Constituição Estadual.

"A Lei ... permite, em suma, que a permissão concedida pelo Poder Público para a exploração do serviço complementar de transporte coletivo se transmita, em caso de falecimento do permissionário, aos seus sucessores, outorgando-lhes, inclusive, o poder subcontratar a prestação do serviço.

"Antes de mais nada, cumpre ressaltar que a figura negocial em questão se trata do que a doutrina denominou *permissão qualificada (Maria Sylvia Zanella di Pietro)* ou "de segundo grau" (José Cretella Junior) ou *condicionada* (Hely Lopes Meirelles), para concluir que a mesma é regida pelos preceitos contidos na Lei Federal nº 8.666/93, tanto com relação à necessidade de licitação (art. 2º) quanto ao prazo de vigência (art. 57), dada a aproximação com o instituto do contrato administrativo, que encontra fundamento nos artigos 37, XXI, da Constituição Federal, reproduzido pelo artigo 117 da Constituição Paulista, e no artigo 175 da Constituição federal, de observância obrigatória pelos Municípios em razão do princípio da simetria:

(...)

"Ao total arrepio do regime das permissões qualificadas e do que dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, a norma impugnada cria uma espécie de permissão vitalícia e, mais que isso, hereditária, ao outorgar aos herdeiros do permissionário falecido a exploração do serviço de transporte público coletivo.

"Em última análise, a estipulação contida na lei municipal aniquila os princípios da moralidade, da isonomia e da razoabilidade, previstos no artigo 111 da Constituição Bandeirante.

"Ainda que não diga expressamente, a lei municipal acaba por alijar a regra da licitação, prevista no artigo 117 da Constituição Estadual, que se presta à escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, permitindo que a exploração do serviço de transporte se transmita aos herdeiros do permissionário, conferindo-lhes, inclusive, caso não preencham os requisitos exigidos pelo Município para a prestação do serviço, a faculdade de valerem-se de "prepostos".

"Note-se que, conquanto o art. 19, *caput*, da Lei Municipal nº 4.201, de 03 de setembro de 2007, com a redação que lhe foi dada pela

Acesso ao Sumário

Lei nº 5.060, de 27 de março de 2017 (ora impugnada), do Município de Suzano, diga que a permissão é precária e por tempo certo, o § 5º do mesmo dispositivo estipula que o Poder Público retomará a exploração do serviço apenas em caso de 'vacância', o que confere ao permissionário total e irrestrito controle sobre a vigência do contrato, em total desalinho com o interesse público.

"Na prática, a previsão legal objurgada significa a prorrogação *ad eternun* da permissão, pois seu termo *a quo* se verificará apenas quando for do interesse do permissionário ou, após sua morte, caso seu sucessor legítimo decline do 'direito' de explorar o serviço, o que é totalmente destituído de razoabilidade, contrário à isonomia e ofensivo à moralidade.

"Enfim, a Lei nº 5.060, de 27 de março de 2017, fere frontalmente o disposto nos artigos 5º, 47, XVIII, 111 e 117 da Constituição Estadual".

Tanto basta para acolher o pedido inicial, ante a flagrância da inconstitucionalidade de que se reveste o diploma questionado.

5. Ante o exposto, julgo procedente a ação.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2167028-66.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.055)**

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, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de março de 2018.
MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 16.629, de 17 de abril de 2017, do Município de São Paulo – Denominação de logradouro público – Hipóteses de limitação de iniciativa parlamentar que devem ser interpretadas restritivamente, incidindo apenas para atribuições quanto ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, notadamente em relação a servidores e órgãos do Poder Executivo – Invocação do Tema 917 de Repercussão Geral – Vício de iniciativa não configurado. Preliminar afastada. Ação julgada improcedente, revogada a liminar anteriormente concedida.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra a Lei n. 16.629, de 17 de abril de 2017, do Município de São Paulo, que "acrescenta à denominação da Ponte das Bandeiras o nome Senador Romeu Tuma".

O autor diz que a lei impugnada contraria os artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, aplicáveis ao Município por força do disposto no artigo 144 da Constituição Estadual, bem como os artigos 5º, §§ 1º e 2º, e 47, incisos II e XIV, da Constituição Bandeirante. Esclarece que o ato de atribuir nomes a logradouros e próprios públicos é de competência privativa do Poder Executivo. Cita doutrina. Alega que há ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os poderes. Transcreve julgado. Conclui que a atribuição de denominação a bens municipais é ato concreto da administração, que é parte integrante do serviço público de sinalização urbana. Acrescenta que não se aplica ao caso o § 6º do artigo 24 da Constituição Estadual, que atribui iniciativa concorrente para a denominação de próprio público, pois a eficácia do dispositivo está suspensa por liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Emenda Constitucional n. 43/16. Daí pretender a procedência da ação (fls. 1/12).

A liminar foi deferida (fls. 136/137).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (197/198).

Os réus apresentaram informações (fls. 155/167 e 202/217).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 246/252).

A Câmara Municipal de São Paulo juntou petição a fls. 259/262, aduzindo a impossibilidade de se proceder ao controle concentrado de constitucionalidade da norma aqui impugnada, por se tratar de norma de efeito concreto.

É o relatório.

Pretende o Procurador Geral de Justiça obter "a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 16.629, de 17 de abril de 2017, do Município de São Paulo" (fls. 12).

Assim dispõe a lei impugnada:

*"**Art. 1º** Fica acrescido à denominação da Ponte das Bandeiras (CADLOG 27.419-4) o nome Senador Romeu Tuma, situada ao longo da Avenida Santos Dumont sobre o canal do Rio Tietê e a Avenida Presidente Castelo Branco (Setores 018 e 073/ARs SÉ e ST), no 47º Subdistrito – Vila Guilherme.*

***Art. 2º** As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

***Art. 3º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".*

Primeiramente, no que se refere à preliminar de ausência de interesse processual arguida a fls. 259/262, é de se ressaltar que este Colendo Órgão Especial já conheceu de diversas ações diretas de inconstitucionalidade cujos objetos consistiam em normas que outorgavam denominação a logradouros e próprios públicos (Direta de Inconstitucionalidade 2152313-19.2017.8.26.0000, Relator: Álvaro Passos, Data do Julgamento: 31/01/2018; Direta de Inconstitucionalidade 2137233-15.2017.8.26.0000, Relator: Amorim Cantuária, Data do Julgamento: 08/11/2017; Direta de Inconstitucionalidade 2016989-57.2017.8.26.0000, Relator: Ferreira Rodrigues, Data do Julgamento: 02/08/2017).

Com efeito, embora a posição do Colendo Supremo Tribunal Federal inadmita, em regra, o controle concentrado de constitucionalidade em face de atos normativos de efeitos concretos, tal posicionamento já foi mitigado pela própria Excelsa Corte, ao reconhecer a possibilidade de exame de constitucionalidade nas hipóteses em que, ainda que de efeitos concretos, o debate constitucional é arguido de forma abstrata, tendo por fundamento a ofensa a valores e à principiologia constitucional:

> *"O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade (...)" (ADI*

Acesso ao Sumário

4048 MC/DF Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Tribunal Pleno Rel. Gilmar Mendes J. 14/05/2008).

Nessa senda, em que pese à norma impugnada tratar da denominação da Ponte das Bandeiras (CADLOG 27.419-4), atribuindo-lhe o nome "Senador Romeu Tuma", conhece-se da presente ação direta de inconstitucionalidade, pois, além do objeto possuir caráter de lei em sentido formal, as questões discutidas não se relacionam, especificamente, sobre os seus efeitos concretos, mas sim a uma análise abstrata do ato, contrastado em face de normas constitucionais pertinentes a seu processo legislativo.

Entretanto, no mérito, a ação é improcedente.

De proêmio, importa ressalvar o entendimento deste Relator, defendido em diversos casos semelhantes.

Com efeito, sempre votei no sentido de que a denominação de bens, prédios, logradouros e vias do patrimônio público seria ato privativo da gestão administrativa, reservado ao Chefe do Poder Executivo, de forma que a edição de lei municipal de iniciativa parlamentar sobre o assunto afrontaria ao princípio da separação dos poderes.

Entretanto, em respeito à colegialidade, curvo-me ao entendimento adotado pela douta maioria deste Colendo Órgão Especial, que se posicionou pela subsunção da matéria ao Tema 917, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.776, DE 20 DE OUTUBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE ITU, QUE 'DISPÕE SOBRE O PATRONO DO VELÓRIO E SERVIÇOS FUNERÁRIOS DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU'. LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 47, II, XI E XIV, E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 917, E DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA, NO TÓPICO. (...)" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2137233-15.2017.8.26.0000; Relator: Amorim Cantuária; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 09/11/2017).

De fato, o Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, submetido ao rito de Repercussão Geral pelo Tema 917, reconheceu que as hipóteses de limitação de iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição Federal, de modo que não se admite interpretação ampliativa das suas disposições. Nesse sentido, segue a ementa:

> *"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do*

Acesso ao Sumário

Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. 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. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido" (ARE 878911 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Dessa forma, adotando-se o modelo constitucional, em respeito ao princípio da simetria, não afronta a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não cuide especificamente de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, ou do regime jurídico de servidores públicos, como é o caso dos autos.

O próprio Colendo Supremo Tribunal Federal, determinou nos autos da Adin nº 2258181-54.2015.8.26.0000, julgada por este Egrégio Órgão Especial, a aplicação do Tema 917 inclusive para os casos discutindo a competência legislar sobre denominação de logradouros ou próprios públicos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.203, DE 19 DE OUTUBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. ATO NORMATIVO DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE ATRIBUI NOMENCLATURA A PRAÇA PÚBLICA NAQUELA CIDADE. INICIATIVA PARLAMENTAR. DENOMINAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS. INOCORRÊNCIA DE INDEVIDA INVASÃO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA PELO PODER LEGISLATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, 47, II E XIV, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA ADMITIDO PELO STF. DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA QUE SE OBSERVASSE O DISPOSTO NO ARTIGO 1.036 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVOCAÇÃO DO TEMA 917 DA SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL. CASO EM ANÁLISE, COM SUBSUNÇÃO AO TEMA. ACÓRDÃO ANTERIOR ADAPTADO À JURISPRUDÊNCIA DO E. STF NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 1.040, INCISO II, DO CPC. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição – numerus clausus –, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do

Acesso ao Sumário

citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo. Portanto, não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. ACÓRDÃO ADEQUADO AO TEMA 917 DO STF PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO" (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2258181-54.2015.8.26.0000; Relator: Amorim Cantuária; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017)

Dessa forma, não há que se falar em vício de iniciativa por afronta os artigos 5º e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, afastada a preliminar, julga-se improcedente a ação, revogando-se a liminar anteriormente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2142157-69.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE UBATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE UBATUBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.813)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 14 de março de 2018.

RENATO SARTORELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 12, INCISO XVI, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE UBATUBA, QUE FIXA COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA 'VOTAR ALTERAÇÃO E DAR DENOMINAÇÃO A PRÓPRIOS, VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS' – ATO NORMATIVO QUE RESTRINGE AO PODER LEGISLATIVO O EXAME DE MATÉRIA QUE, SEGUNDO ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL, TAMBÉM ESTÁ INSERIDA NA ESFERA DE ATUAÇÃO DO PREFEITO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – RECONHECIMENTO".

"Nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição Bandeirante, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Disso decorre que o Executivo goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo suprimir atribuições que lhes são comuns".

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 12, INCISO XIV, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE UBATUBA – CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS, ACORDOS OU CONTRATOS PELA PREFEITURA CONDICIONADOS À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL – INADMISSIBILIDADE – INGERÊNCIA NA ESFERA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL – DISPOSITIVO, ADEMAIS, QUE EXTRAPOLA A COMPETÊNCIA MERAMENTE SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO, INVADINDO CAMPO NORMATIVO PRIVATIVO DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE CONTRATAÇÃO, A TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS FEDERATIVO, DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E DA SEPARAÇÃO

Acesso ao Sumário

DOS PODERES – AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, 5º, 47, INCISOS II, XIV E XIX, LETRA 'A', E 144, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE".

"Ainda que o legislador disponha do poder de conformação da atividade administrativa, permitindo-se-lhe, nessa condição, estipular cláusulas gerais e fixar normas impessoais destinadas a reger e a condicionar o próprio comportamento da Administração Pública, não pode, o Parlamento, em agindo *ultra vires*, exorbitar dos limites que definem o exercício de sua prerrogativa institucional" (RE nº 427.574 ED/MG, Relator Ministro Celso de Mello).

"A celebração de convênios, acordos e contratos pelo Município é prerrogativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo no exercício de função típica outorgada pelo texto constitucional, mostrando-se ilegítimo subordinar a atuação do Prefeito à prévia autorização do Poder Legislativo".

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face artigo 12, incisos XIV e XVI, da Lei Orgânica do Município de Ubatuba.

Sustenta o requerente, em apertada síntese, que os atos normativos impugnados são incompatíveis com preceitos da Constituição Estadual, notadamente os seus artigos 5º, parágrafos 1º e 2º, 47, incisos II, XIV e XIX, letra *"a"* e 144, traduzindo ofensa aos princípios federativo e da separação dos poderes. Alega, em acréscimo, que a atribuição de nomes a logradouros e próprios públicos é da competência privativa do Prefeito, constituindo ato de gestão administrativa relacionado a serviço público de sinalização urbana, não encerrando conteúdo de norma abstrata ou teórica. Argumenta, ainda, que Câmara não pode arrogar para si competência para autorizar a prática de atos concretos de administração e tampouco denominar bens públicos. Aduz, demais disso, que cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo decisão quanto à celebração de convênios, acordos ou contratos nas diversas áreas de gestão, envolvendo os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual ou entidades privadas, prescindindo, para tanto, de autorização legislativa. Pondera, outrossim, que o artigo 241 da Constituição Federal atribui

Acesso ao Sumário

competência aos Municípios para disciplinar, por meio de lei geral, consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, mas não autoriza regulamentação específica para realização de determinado convênio, matéria inserida na esfera do Administrador Público. Assevera, daí, ser defeso à Lei Orgânica estabelecer como uma das atribuições da Câmara Municipal a edição de lei visando a celebração de convênios, acordos ou contratos pelo Município, tratando-se de atuação administrativa que decorre de escolha política de gestão. Afirma, de resto, que consórcio é modalidade de contratação pública cooperativa, sendo certo que a exigibilidade, ou não, de lei autorizativa é tema cuja disciplina se insere no conceito de normas gerais previsto no artigo 22, inciso XVII, da Constituição da República, que enuncia regra de competência privativa da União. Busca, por isso, o decreto de procedência da presente ação direta, declarando-se, a final, a inconstitucionalidade do artigo 12, incisos XIV e XVI, da Lei Orgânica do Município de Ubatuba.

O Município de Ubatuba tomou ciência da propositura da ação direta, deixando o Presidente da Câmara Municipal transcorrer ***in albis*** o prazo para manifestação *(cf. fl. 105)*.

O Procurador Geral do Estado concluiu pela inviabilidade da defesa dos dispositivos impugnados porque incompatíveis com normas da Constituição Estadual *(fls. 100/104)*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, acenou, preliminarmente, com a suspensão da eficácia da Emenda Constitucional Estadual nº 43, de 10 de novembro de 2016, em razão de liminar concedida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 2073870-54.2017.8.26.0000. No mérito, insistiu na procedência da demanda, reiterando os termos da inicial *(fls. 108/120)*.

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

O texto normativo tem a seguinte redação, ***verbis***:

"Artigo 12 – Cabe a Câmara, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município, especialmente:

(...) XIV – autorizar convênios, acordos e contratos de que resultem para o Município encargos não previstos na lei orçamentária;

(...)

XVI – votar alteração e dar denominação a próprios, vias e logradouros públicos" *(cf. fl. 44)*.

Em que pese a autonomia dos Municípios para editar sua própria Lei Orgânica, essa prerrogativa outorgada pela Constituição Federal não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito aos postulados da separação

Acesso ao Sumário

dos poderes e do pacto federativo, erigidos como limite material pelo constituinte originário, de observância obrigatória em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, *"em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita – que o Legislativo provê* ***in genere****, o Executivo* ***in specie****; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental" (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, 17ª edição, 2013, pág. 631).*

Em outras palavras, a função legislativa da Câmara Municipal se circunscreve à edição de normas gerais e abstratas, ficando a cargo do Chefe do Poder Executivo a direção superior da administração local, convertendo a vontade genérica da lei em atos concretos de gestão, adotando medidas específicas de comando, planejamento, controle e organização.

Dentro deste contexto, é importante consignar que a disciplina normativa que estabelece **critérios e regras gerais** para a denominação de próprios e logradouros públicos está compreendida na competência legislativa concorrente dos Poderes Legislativo e Executivo do Município, cuidando-se de matéria de interesse estritamente local *(artigo 30, inciso I, da Carta da República)*.

Por outro lado, a atribuição de nomenclatura a próprios, vias e logradouros públicos específicos, como consequência da aplicação concreta daquelas normas gerais previamente definidas, constitui, **a meu ver**, atividade relacionada à sinalização urbana inserida na reserva de administração, que não se submete a qualquer ingerência do Poder Legislativo, dispensando, inclusive, a edição de lei em sentido formal.

Ressalte-se, por oportuno, **que não se está diante de vício formal relacionado às limitações ao poder de instauração do processo legislativo**, cujas hipóteses previstas no texto constitucional *(artigo 24 da Carta Bandeirante*[1] *e artigo 61 da Lei Maior*[2]) devem ser interpretadas restritivamente.

1 *"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".*

2 *"Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao*

Conquanto não se desconheça recente pronunciamento da lavra deste C. Órgão Especial[3], tenho para mim, ***data maxima venia***, revendo posição anterior, que não incide, no caso, o entendimento sufragado pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 878.911/RJ *(Tema 917 da Repercussão Geral)*, porque a Suprema Corte, na ocasião, analisou a questão sob o prisma da **inconstitucionalidade formal, afastando o vício de iniciativa por usurpação de competência legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal**, o que aqui realmente não se vislumbra.

O artigo 927 do Código de Processo Civil, por sua vez, não impõe a aplicação automática dos precedentes da Suprema Corte, pressupondo, na realidade, *"a similaridade do caso (na perspectiva fática e jurídica) e a correlata demonstração desta similaridade" (Cassio Scarpinella Bueno, Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª edição, pg. 739)*, exigindo do magistrado a adequada e completa fundamentação para justificar sua incidência ou não ao caso concreto.

A invalidação da norma, nesta ação direta, **decorre da arguição de inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da separação dos poderes e da reserva de administração**, à luz dos artigos 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, letra *"a"*, da Constituição Bandeirante *(reproduzidos pelo constituinte estadual à semelhança dos artigos 2º[4] e 84[5], ambos da Carta da República)*, ao passo que o Pretório Excelso analisou matéria diversa, ponderando o Ministro Relator, Gilmar Mendes, que *"no presente caso, o acórdão recorrido entendeu que apenas ao Prefeito cabe dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos da rede educacional da Administração Pública municipal (eDOC 1, fls. 4/5).* ***Discute-se, portanto, a aplicação da reserva de iniciativa prevista no art. 61, § 1º, II, da Constituição à legislação que cria obrigações a órgãos do Poder Executivo, com consequente aumento de despesa****. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que* ***as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo****. Não se permite,*

Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição".

3 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258181-54.2015.8.26.0000, Relator Desembargador Amorim Cantuária, julgado em 18/10/2017.

4 *"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".*

5 *"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
(...)
II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;
(...)
VI – dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos".

Acesso ao Sumário

assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo" (ARE nº 878.911 RG/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes – grifos nossos).

Sucede que o tema foi, recentemente, **revisto por este Colegiado na Sessão do dia 14/03/2018**, de tal sorte que, **ressalvada a minha posição pessoal acima alinhada**, prevaleceu o entendimento, da maioria, no sentido de que **a denominação de próprios, vias e logradouros públicos não tipifica violação ao artigo 47, incisos II, XIV e XIX, letra *"a"*, da Constituição Bandeirante, não estando relacionada a atos de gestão**.

Afastadas tais digressões, ainda assim persiste o vício de inconstitucionalidade material, pois a Lei Orgânica do Município de Ubatuba, ao prever em seu artigo 12, inciso XVI, que cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, *"votar alteração e dar denominação a próprios, vias e logradouros públicos"*, restringiu ao Poder Legislativo o exame de matéria que, segundo entendimento majoritário deste C. Órgão Especial, também está inserida na esfera de atuação do Prefeito, implicando maltrato ao princípio da separação dos poderes.

Nos termos do artigo 5º, ***caput***, da Constituição Bandeirante, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Disso decorre que o Executivo goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo suprimir atribuições que lhes são comuns.

A despeito da edição da Emenda à Constituição Estadual nº 43, de 10 de novembro de 2016[6], que acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 24 da Carta Bandeirante, observo que a eficácia do referido dispositivo está suspensa por força de liminar concedida na ADI nº 2073870-54.2017.8.26.0000, sob a relatoria do eminente Desembargador João Carlos Saletti.

Ainda que assim não fosse, suas disposições não se aplicam à espécie porquanto emendas constitucionais posteriores não têm o condão de convalidar atos normativos pretéritos viciados na origem *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258053-97.2016.8.26.0000, Declaração de Voto Desembargador Evaristo dos Santos)*, cumprindo registrar que a Lei Orgânica do Município de Ubatuba foi editada em 04 de abril de 1990 *(cf. fl. 82)*, vale

Acesso ao Sumário

6 *"Artigo 1º – O artigo 24 da Constituição do Estado fica acrescido do seguinte parágrafo: 'Artigo 24 – (...)*
(...)
***§ 6º – A atribuição de denominação de próprio público dar-se-á concorrentemente pela Assembleia Legislativa e Governador do Estado, na forma de legislação competente a cada um, atendidas as regras da legislação específica.** ' (NR)*
Artigo 2º – Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação".

dizer, antes da EC nº 43/2016.

Paralelamente, a celebração de convênios, acordos e contratos pelo Município é prerrogativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo no exercício de função típica conferida pelo texto constitucional, mostrando-se ilegítimo subordinar a atuação do Prefeito à prévia autorização da Câmara Municipal, tal como prevê o artigo 12, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Ubatuba, introduzindo mecanismo de controle não previsto no ordenamento constitucional, consubstanciando, ***ipso facto***, afronta ao princípio da reserva de administração.

Lembro, a respeito do assunto, os seguintes precedentes da Suprema Corte, ***verbis***:

> ***"O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação 'ultra vires' do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais"*** *(RE nº 427.574 ED/MG, Relator Ministro Celso de Mello).*
>
> ***"DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: 'Compete, privativamente, à Assembleia legislativa: XXI – autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembleia Legislativa, nos noventa dias subsequentes à sua celebração'.***
>
> ***1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização***

Acesso ao Sumário

prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná" *(ADI nº 342/PR, Relator Ministro Sydney Sanches).*

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 60, XXVI, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTS. 18, E 25 A 28, TODOS DA CARTA DA REPÚBLICA. Dispositivo que, ao submeter à Câmara Legislativa distrital a autorização ou aprovação de convênios, acordos ou contratos de que resultem encargos não previstos na lei orçamentária, contraria a separação de poderes, inscrita no art. 2.º da Constituição Federal. Precedentes. Ação julgada procedente" *(ADI nº 1.166/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão).*

Rememore-se, na mesma diretriz, a jurisprudência deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO XII DO ARTIGO 18 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE JALES QUE IMPÕE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS PELO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PLENAMENTE DISPENSÁVEL, NA MEDIDA EM QUE A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS É ATO TÍPICO DE ADMINISTRAÇÃO, A CARGO DO CHEFE DO EXECUTIVO LOCAL, SENDO QUE QUALQUER INTERFERÊNCIA OU LIMITAÇÃO FERE O CONSECTÁRIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES, CONSAGRADO NO ARTIGO 5º DA CARTA ESTADUAL." *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2112498-15.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Xavier de Aquino).*

"Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 19 inciso XI e 86 inciso VIII parte final da Lei Orgânica da Estância Turística de São Roque. Exigência de autorização legislativa para celebração de consórcios e convênios pelo Executivo. Descabimento. Exigência que não condiz com a previsão constitucional e importa em violação aos princípios da separação dos poderes e reserva da administração, já que interfere em assunto da competência privativa do chefe do Executivo. Violação dos artigos 5º e 47 incisos II e XIV da Constituição estadual. Ação procedente" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2175867-17.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Arantes Theodoro).*

Acesso ao Sumário

Mas não é só.

O artigo 12, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Ubatuba dispôs, em última análise, sobre regra de contratação com o Poder Público,

tema inserido na competência legislativa privativa da União, a teor do artigo 22, inciso XXVII, da Carta da República, ***verbis***:

> ***"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:***
>
> ***(...)".***
>
> ***XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III"*** *(grifo nosso).*

A despeito da competência privativa, a expressão *"normas gerais"* contida no dispositivo permite que Estados e Municípios legislem sobre a matéria, suplementando regras comuns estabelecidas pela União, ***verbis***:

> ***"Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de 'normas gerais' (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF)"*** *(ADI nº 3.059/RS, Relator p/ Acórdão Ministro Luiz Fux).*
>
> ***"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades"*** *(RE nº 423.560/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa).*

Vale dizer, o legislador constituinte outorgou à municipalidade apenas *"legislar sobre assuntos de interesse local"* e *"suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal)*, sendo certo que a exigência de prévia autorização legislativa como requisito para formalização de convênios, acordos ou contratos pela Prefeitura ultrapassa os limites da competência meramente suplementar do Município, situando- se no campo normativo da União, ***verbis***:

> ***"Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Orgânica do Município de Florínea – Artigo 17, inciso VI, que condiciona a celebração de convênios, pelo Poder Executivo, à autorização da Câmara***

Acesso ao Sumário

Municipal – Ofensa ao princípio da separação dos poderes – Vulneração à reserva da Administração – Desrespeito à competência normativa federal, a teor do disposto nos artigos 22, inciso XXVII, da CF – Inteligência dos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, 'a', e 144 da Constituição Estadual – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal" *(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2052670-25.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Sérgio Rui).*

A conclusão, portanto, é de que o artigo 12, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Ubatuba interferiu em matéria reservada ao Chefe do Poder Executivo com a consequente imposição de norma que ofende sua autonomia administrativa, desrespeitando, ainda, o princípio federativo, tipificando violação aos artigos 1º, 5º e 47, incisos II, XIV e XIX, letra *"a"*, da Constituição do Estado de São Paulo.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 12, incisos XIV e XVI, da Lei Orgânica do Município de Ubatuba, com efeito ***ex tunc***, nos termos do acórdão. Comunique-se oportunamente à Câmara Municipal e à Prefeitura, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2201295-64.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOCORRO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOCORRO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29745)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, 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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 14 de março de 2018.

Acesso ao Sumário

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 4.049/2017 que "institui boas práticas e padrões de humanização e qualidade no atendimento ao usuário de serviços públicos na cidade de Socorro e dá outras providências" – Interesse local que se encontra dentro das atribuições constitucionais do município – Deliberação de regras sobre forma de prestação do serviço público com criação de obrigações ao Poder Executivo – Iniciativa de lei pelo Poder Legislativo sobre o tema que ofende o princípio da separação de poderes – Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Socorro, impugnando a Lei nº 4.049/2017 que "institui boas práticas e padrões de humanização e qualidade no atendimento ao usuário de serviços públicos na cidade de Socorro e dá outras providências".

Argumenta, em apertada síntese, que a norma é de iniciativa do Poder Legislativo e ingressa nas regras de gestão administrativa, que são de atribuição de órgão do Executivo e, assim, ofende a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo e o princípio da separação de poderes, constantes no art. 2º da Constituição Federal e no art. 5º da Constituição do Estado de São Paulo.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 84/85, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local, manifestou-se pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado.

A Câmara Municipal, em suas informações de fls. 87/91, defendeu a constitucionalidade da norma, indicando o processo legislativo adotado até a sua aprovação.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em sua manifestação de fls. 145/163, opinou pelo acolhimento do pedido, declarando a inconstitucionalidade sustentada por invasão de competência reservada ao Chefe do Poder Executivo.

É o relatório.

É cediço que a Constituição Federal estabelece o princípio de separação dos poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, dividindo as três funções

Acesso ao Sumário

do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF). Esta regra, além de ter sido erguida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF), deve ser aplicada tanto pelo texto da CF quanto, pelo princípio da simetria, nos âmbitos estadual e municipal, devendo ser atendidas as normas que assentam as competências e os limites de atuação de cada um nas esferas federal, estadual e municipal. Ao Poder Executivo, em síntese, compete exercer a administração pública, inclusive por meio de edição de leis nos contornos constitucionais e legais.

Na Constituição Estadual, verifica-se a repetição do princípio em seu art. 5º, enquanto parte das regras do Poder Executivo se encontra no art. 47, dentro de sua função de gestão administrativa de bens públicos (Administração Pública). O chefe do Executivo, assim, além do encargo de exercer especificamente as funções de administração, possui a competência legislativa privativa acerca das respectivas leis.

O texto legal objeto desta lide dispõe sobre a instituição de "boas práticas e padrões de humanização e qualidade no atendimento ao usuário de serviços públicos na cidade de Socorro".

Certo é que decorre da própria Constituição Federal a competência dos municípios para tratarem das questões de interesse local, administrando-os e legislando sobre o tema (art. 30, I, CF). Por sua vez, o tópico deste feito se enquadra perfeitamente como sendo de interesse local, podendo constar dos atos administrativos e de suas respectivas leis.

Entretanto, dentro das regras constitucionais, estabelecidas na Constituição Federal e, por simetria, também na Constituição Estadual (art. 144), na divisão das competências entre os três poderes do Estado, o Poder Legislativo possui como função típica a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas. Enquanto o Poder Executivo atua tipicamente na gestão administrativa e na edição de suas respectivas leis específicas. Não se trata de hierarquia entre eles e sim incumbências distintas dentro da organização administrativa do Estado.

Acesso ao Sumário

Desse modo, o texto legal ora impugnado, ao estabelecer regras para a forma de prestação dos serviços no âmbito da Administração Pública, ingressou no âmbito da gestão administrativa, cujas decisões e elaboração das respectivas leis pertencem privativamente ao próprio Poder Executivo. Da leitura da norma em questão, houve fixação do modo que o Executivo deve proceder em sua prestação de serviços, trazendo-lhe obrigações, com necessidade de organização de servidores e setores para atender aos comandos da lei, a qual instituiu um rol do que se considera boas práticas, as possibilidades e conteúdos de divulgações, a capacitação para determinados funcionários, a formação de um Comitê, dentre outros pontos, ou seja, o texto normativo dispõe exclusivamente sobre organização administrativa e serviços públicos.

Dispõe o art. 47, em seus incisos II, XI, XIV e XIX, da Constituição do Estado de São Paulo, que compete privativamente ao Governador exercer a direção da administração e iniciar o processo legislativo das respectivas leis. O que deve ser obedecido também em âmbito municipal.

Sequer seria admissível justificar que se trata de lei autorizativa, porquanto, pelas aludidas regras e separação de poderes, não é viável a autorização do Legislativo para atuação do Executivo em suas funções típicas, sob pena de configuração de invasão de competência com afronta à atuação independente de cada um.

Dessa forma, ainda que louvável a intenção de buscar estabelecer melhorias no atendimento dos serviços públicos, de uma análise geral e de todos os aspectos inseridos na norma, far-se-á necessária, para atingir a finalidade legal, uma alteração na organização da Administração em sua prestação de serviços, além da criação de setores e coordenação de servidores para tanto, como por exemplo para a formação e funcionamento do Comitê de Usuários, para realizar avaliação de satisfação e também para fixar mecanismos de controle para assegurar o seu cumprimento, extrapolando-se, assim, a simples fixação de preceitos genéricos. Todos esses aspectos ingressam na gestão administrativa, cuja iniciativa legislativa pertence exclusivamente ao Poder Executivo.

Oportuno registrar que a própria Procuradoria Jurídica da Câmara redigiu, no curso do processo legislativo, parecer desfavorável ao projeto de lei, argumentando que o seu teor enseja uma invasão de competência do Legislativo no Executivo exatamente por versar sobre organização administrativa e serviços públicos.

Considerando, assim, que o texto normativo em questão traz matéria típica de gestão administrativa, certo está o vício na iniciativa do Legislativo.

Destarte, forçoso reconhecer a violação das normas constitucionais, configurando o vício de inconstitucionalidade formal, atingindo a separação de poderes, na espécie de vício de iniciativa com interferência na gestão administrativa pública, que é atividade típica do Poder Executivo, tendo em vista que não observado o processo legislativo para a criação do ato normativo.

Ante o exposto, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.049/2017 do Município de Socorro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2201272-21.2017.8.26.0000, da Comarca de São

Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOCORRO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOCORRO.

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 37.022)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 21 de março de 2018.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.032, DE 23 DE FEVEREIRO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE SOCORRO, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE DISPÔS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DAS AGÊNCIAS BANCÁRIAS, INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E AFINS À ADOÇÃO DE ITENS DE SEGURANÇA TAIS COMO CÂMERAS DE VÍDEO E VIGILANTES – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA – ENTENDIMENTO DO STF SUFRAGADO EM JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 917 – AÇÃO IMPROCEDENTE

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal da Estância de Socorro contra a Lei Municipal nº 4.032, de 23 de fevereiro de 2017, que dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de itens de segurança em instituições financeiras, caixas eletrônicos e postos de atendimentos bancários e afins no Município.

O autor alega a inconstitucionalidade da norma por violação aos artigos

5º, 24, § 2º, item 4, e 144 da Constituição Estadual e ao artigo 39, IV, da Lei Orgânica Municipal, uma vez que o regramento da matéria seria de competência do Poder Executivo e foi editada a partir de iniciativa da Câmara Municipal.

Foi indeferida a medida liminar.

O douto Procurador Geral do Estado declinou da defesa do ato.

A Câmara Municipal prestou informações.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

Primeiramente, de rigor asseverar que não é possível o exame de constitucionalidade de norma perante este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir de parâmetros de controle contidos na Constituição Federal (STF, ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa), bem como previstos em normas infraconstitucionais, como a Lei Orgânica do Município (STF, AgR-RE 290.549-RJ; STF, AgR-ADI 3.790-PR).

No mais, a questão da inconstitucionalidade (face ao disposto na Constituição do Estado) de lei que trata da instalação de câmeras de segurança já foi enfrentada por este Órgão Especial em outras ocasiões e, mais recentemente, no julgamento das ADIs 2256410-07.2016.8.26.0000 e 2259040-36.2016.8.26.0000, ambas de minha relatoria, em que foi afastada a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

E meu entendimento permanece no sentido da improcedência da demanda.

Eis o texto da norma ora impugnada:

Art. 1.º É obrigatório às instituições financeiras instaladas no município de Socorro/SP e as que exploram serviços de caixas eletrônicos e postos de atendimento bancário, inclusive perante entidades de administração pública ou em empresas privadas, providenciarem os seguintes itens de segurança:

I – manutenção de 01 (um) vigilante, nos termos definidos pela Lei Federal nº 7.102, de 20 de junho de 1983, em cabina blindada com permanência ininterrupta do local da prestação do serviço ou do equipamento eletrônico;

II – instalação de dispositivos de monitoramento permanente capaz de permitir, com segurança, a comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo;

III – filmagem ininterrupta das áreas externas e internas e demais equipamentos elétricos ou eletrônicos que possibilitem a identificação de ações criminosas e seus autores;

Acesso ao Sumário

IV – instalação de vidros laminados resistentes a impactos e a disparos de armas de fogo nas fachadas externas e divisórias internas;

V – artefatos que retardem a ação dos criminosos, permitindo sua perseguição, identificação ou captura.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo ficam compreendidas como instituições financeiras os estabelecimentos bancários oficiais ou privados, suas agências, postos de atendimento, subagências e seções, além de casas lotéricas, agências de correios e qualquer outro estabelecimento contratado pelas instituições financeiras para a prestação de serviços a seus clientes finais que envolvam movimentação de numerário.

Art. 2.º As agências bancárias têm o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação desta Lei, para adaptarem-se às suas disposições.

Art. 3.º O não cumprimento das disposições desta Lei sujeitará o infrator às seguintes punições:

I – advertência;

II – multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais);

III – multa de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), até a 5ª reincidência;

IV – suspensão temporária do Alvará de Funcionamento por um período de 90 (noventa) dias, após a 5ª (quinta) reincidência;

V – cassação do Alvará de Funcionamento, em caso de reincidência da pena de suspensão temporária do Alvará de Funcionamento.

Parágrafo único. O valor da multa de que trata este artigo será atualizado anualmente, pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) acumulada no exercício anterior, sendo que no caso de extinção desse índice, será adotado outro índice criado por legislação federal e que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda.

Art. 4.º A fiscalização do cumprimento das disposições desta Lei será feita pelos setores competentes da Prefeitura Municipal.

Art. 5.º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 6.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Como se vê, a norma impugnada impõe obrigações às agências bancárias, instituições financeiras e afins visando a segurança das pessoas que utilizam os serviços que envolvem movimentação de valores, inibindo a ação de criminosos. Não estabelece medidas afetas à organização da administração pública, nem cria deveres à administração pública.

Tais fatos, a meu ver, são suficientes para afastar a alegação de inconstitucionalidade formulada pelo Prefeito Municipal.

Acesso ao Sumário

Este Órgão Especial já decidiu em caso semelhante:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 4.682, DE 26 DE AGOSTO DE 2011 DO MUNICÍPIO DE MOGI GUAÇU. POSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO DE LEGISLAR SOBRE INSTALAÇÕES DE PAINEL OPACO ENTRE OS CAIXAS E OS CLIENTES E CÂMERAS DE VÍDEO NO ENTORNO DOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DO MUNICÍPIO. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. NÃO OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA DO PROJETO DE LEI POR VEREADOR. NORMA EDITADA QUE NÃO ESTABELECE MEDIDAS RELACIONADAS À ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM CRIA DEVERES DIVERSOS DAQUELES GENÉRICOS OU MESMO DESPESAS EXTRAORDINÁRIAS. IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES EM CASO DE DESCUMPRIMENTO PELOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS QUE DECORREM DE DESCUMPRIMENTO DE NORMA DE CONDUTA. IRRELEVÂNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

O Município pode legislar sobre instalações de painel opaco entre os caixas e os clientes e câmeras de segurança no entorno dos estabelecimentos bancários, em favor dos usuários dos serviços, para lhes proporcionar segurança, na esteira, aliás, de precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal.

A iniciativa do projeto de lei por Vereador em matéria dessa natureza não interfere na organização da Administração, mostrando-se irrelevante que o Executivo, na hipótese, tenha dever de fiscalizar ou impor, em sendo o caso, as sanções correspondentes às infrações. Ao Legislativo cabe editar normas abstratas, gerais e obrigatórias, ainda que voltadas apenas aos bancos e ao Executivo cabe a responsabilidade de executá-las, inclusive com fiscalização e imposição de penas.

(ADI nº 0276050-06.2011.8.26.0000, Rel. Des. Kioitsi Chicuta, j. 13/06/2012)

Tal decisão foi objeto do Recurso Extraordinário 725.125 que, sob a relatoria da Min. Cármen Lúcia, manteve o decidido por este Órgão Especial afirmando que o acórdão recorrido não divergiu da orientação jurisprudencial e citou alguns precedentes daquele Tribunal superior:

(...)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DE MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ATIVIDADE BANCÁRIA. INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 610.221, da relatoria da ministra Ellen Gracie, reconheceu a repercussão geral da controvérsia

Acesso ao Sumário

sobre a competência dos Municípios para legislar sobre o tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a jurisprudência, no sentido de que os Municípios possuem competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como medidas que propiciem segurança, conforto e rapidez aos usuários de serviços bancários. 2. Agravo regimental desprovido" (RE 254.172-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 23.9.2011, grifos nossos).

O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, art. 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes" (AI 347.717-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 5.8.2005, grifos nossos).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal pôs uma pá de cal sobre a questão da competência para iniciativa de lei municipal que trata da instalação de câmeras de monitoramento, julgando, sob o regime de Repercussão Geral, o Recurso Extraordinário em Agravo nº 878.911, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se discutiu a constitucionalidade da Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro que tratava da instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias (Tema 917).

Naquele julgamento, reafirmou-se a jurisprudência daquela Corte no sentido de que ***as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em 'numerus clausus', no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo.*** Reforçou também 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).***

Acesso ao Sumário

É o caso dos autos, pois a norma não invadiu a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, apenas buscou inibir ações de criminosos nas chamadas "saidinhas de banco", concretizando a proteção ao consumidor usuário dos serviços prestados pelas instituições financeiras, estabelecimentos bancários e afins, obedecendo ao disposto no art. 55, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor *in verbis*:

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, ***no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor****, baixando as normas que se fizerem necessárias.* (g.n.)

Destarte, por todo o exposto, julgo improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2160333-96.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE GUAÍRA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUAÍRA e PREFEITO MUNICIPAL DE GUAÍRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3285/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, 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 BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 21 de março de 2018.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Guaíra. Regime jurídico dos servidores municipais. Legislação municipal com previsão de que faltas

Acesso ao Sumário

justificadas (duas ou mais, nas hipóteses previstas na lei), ou injustificadas acarretarão, no mês posterior às ausências, a perda do valor pago ao servidor a título de auxílio-alimentação. Alegação de ofensa aos arts. 5º, *caput*; 7º, XXXII; e 196, da Constituição Federal. Descabimento. Parametricidade inválida para o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito estadual. Possibilidade, no entanto, da declaração de inconstitucionalidade por fundamento diverso, diante da causa de pedir aberta que informa as ações desta natureza. Violação ao princípio da razoabilidade. Estabelecimento de rol taxativo de moléstias que autorizam a ocorrência de faltas ao trabalho sem prejuízo da percepção do auxílio-alimentação. Previsão, ademais, de que o servidor deixe de receber a vantagem integralmente, inclusive em eventuais dias trabalhados, o que não atende à natureza do instituto. Inconstitucionalidade reconhecida. Precedente do Órgão Especial. Ação procedente.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Guaíra-SP em face do § 6º do art. 124-A, da Lei Complementar n. 2.040, de 17 de dezembro de 2002, alterado pela Lei Complementar n. 2.740, de 21 de janeiro de 2016, ambas do Município de Guaíra, que arrola as doenças pelas quais a falta do servidor municipal ao trabalho não impede a percepção do auxílio-alimentação no mês subsequente. Sustentou o autor que a norma invectivada padece de vício de inconstitucionalidade por ofender o princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal ao deixar de prever a isenção do desconto de auxílio-alimentação em vista de outras tantas doenças graves, assim reconhecidas pelo INSS, além de malferir o art. 7º, XXXII, da CF, e o direito universal à saúde, previsto no art. 196, também da CF; de acordo com a narrativa inicial, ficaram excluídas do rol pertinente moléstias infectocontagiosas que não só impossibilitam o servidor de comparecer ao trabalho, mas também podem colocar em risco a saúde dos demais servidores e dos usuários do serviço público; anotou que o Município se apoiou apenas em parecer que orienta que o administrador público não pode, mediante ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições. O pedido liminar foi indeferido (p. 82/83). Ao prestar informações, o Presidente da Câmara Municipal de Guaíra sustentou, preliminarmente, a

Acesso ao Sumário

incompetência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para processar e julgar a ação, haja vista que não foram indicados dispositivos da Constituição Estadual como parâmetro de aferição da constitucionalidade. No mérito, sustentou a improcedência da ação (p. 90/97). Por sua vez, o Prefeito Municipal de Guaíra também pugnou pela improcedência da demanda (p. 110/139). Em seu parecer de p. 153/163, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação.

É o relatório.

Pretende o autor, Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Guaíra, ver declarada a inconstitucionalidade do art. 124-A, § 6º, da Lei Complementar n. 2.040, de 17 de dezembro de 2002, alterado pela Lei Complementar n. 2.740, de 21 de janeiro de 2016, ambas do Município de Guaíra, que arrola as doenças pelas quais a falta do servidor municipal ao trabalho não impede a percepção do auxílio-alimentação no mês subsequente.

Assim dispõe a legislação impugnada:

Art. 124-A – Fica concedido Auxílio Alimentação, na importância mensal de R$ 387,76 (trezentos e oitenta e sete reais e setenta e seis centavos), aos funcionários públicos do Município de Guaíra, lotados nos padrões de 01 a 17, constantes do Quadro de Servidores Efetivos.

[...]

§ 6º – Somente terá direito a receber o Auxílio Alimentação no mês o servidor público efetivo que não tiver nenhuma falta injustificada no mês anterior ou que somente tiver DUAS faltas justificadas, salvo se as faltas injustificadas foram causadas pela seguinte situação:

I – Licença Maternidade e Paternidade;

II – Acidente de Trabalho;

III – Internações hospitalares devidamente comprovadas;

IV – Procedimentos cirúrgicos realizados em ambiente hospitalar, com exceção de cirurgia plástica;

V – Neoplasias malignas;

VI – Cardiopatia grave;

VII – tuberculose ativa;

VIII – hanseníase;

IX – cegueira;

X – paralisia irreversível;

XI – mal de Parkinson;

XII – espondiloartrose anquilosante;

XIII – nefropatia grave;

Acesso ao Sumário

XIV – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS;
XV – hepatopatia grave;
XVI – Dengue;
XVII – alienação mental;
XVIII – Acidente Vascular Cerebral;
XIX – contaminação por radiação;
XX – osteíte deformante;
XXI – esclerose múltipla;
XXII – fibrose cística;
XXIII – doença pulmonar crônica com insuficiência respiratória;
XXIV – miastenia (perturbação da junção neuromuscular) grave;
XXV – esclerose sistêmica;
XXVI – acidente grave;
XXVII – Conjuntivite.

Embora a petição inicial tenha se referido unicamente à ausência de compatibilidade do dispositivo impugnado com normas da Constituição Federal, é fato que a inconstitucionalidade decorre de fundamento diferente daqueles indicados pelo autor, o que é perfeitamente possível em ações desta natureza, haja vista a causa de pedir aberta que informa o processo de controle concentrado de constitucionalidade. Afasta-se, dessa forma, a preliminar arguida pela Presidente da Câmara Municipal de Guaíra.

Também, antes de abordar o mérito, é necessário observar que o autor requereu a declaração de inconstitucionalidade do art. 124-A em sua integralidade, embora da sua narrativa decorra que o pedido se cinge à invalidação do § 6º do referido dispositivo, posto ter questionado unicamente a regra que veda o pagamento do auxílio-alimentação em determinadas circunstâncias.

De fato, observa-se que o § 6º do art. 124-A, da Lei Complementar n. 2040, de 17 de dezembro de 2002, com a redação dada pela Lei Complementar n. 2740, de 21 de janeiro de 2016, do Município de Guaíra, contrasta com o que dispõe o art. 111 da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força de seu art. 144.

Acesso ao Sumário

Isso porque o dispositivo impugnado viola o princípio constitucional da razoabilidade, que consta expressamente do mencionado art. 111, e que deve pautar a Administração Pública e a atividade legislativa, mas que deixou de ser observado no caso em apreço.

Em vista do princípio da razoabilidade, verifica-se a patente inconstitucionalidade da norma arrostada, pois a presença de rol taxativo no § 6º do art. 124-A representa tão somente discriminação indevida entre indivíduos

que podem estar em situações semelhantes, bem como a injustificada supressão circunstancial de vantagem pecuniária prevista em lei. Deixou-se de atender o interesse público e incorreu-se em desproporcionalidade ao instituírem-se hipóteses de vedação à percepção do auxílio alimentação contrárias à própria natureza da vantagem.

Com efeito, prevê o § 6º do art. 124-A da Lei Complementar n. 2.040/2002, com a redação dada pela Lei Complementar nº 2.740/2016, que o servidor público do Município de Guaíra terá garantido o pagamento do auxílio alimentação desde que, no mês anterior, não tenha faltado injustificadamente ao serviço ou não tenha apresentado mais de duas faltas justificadas ou, caso tenha anotado mais de duas faltas justificadas, que estas decorram de alguma das hipóteses previstas no rol taxativo dos seus incisos.

Dessa forma, o dispositivo impugnado prevê uma série de hipóteses que justificariam a falta do servidor ao trabalho, para efeito de percepção do auxílio alimentação, e automaticamente exclui as demais, que poderiam ocorrer em casos de necessidade urgente e/ou grave, como nas moléstias que elencou.

Assim, na hipótese de que o servidor guairense venha a faltar ao serviço em razão de estar acometido de alguma das moléstias previstas nos incisos do § 6º, estaria justificada a falta e perceberia auxílio-alimentação no mês seguinte; porém, isso não ocorreria, como dito, se a falta decorrente de doença igualmente grave e incapacitante que não estiver prevista na Lei Complementar Municipal n. 2.040/2002, como por exemplo a pneumonia, a febre amarela, etc..

Como se vê, o § 6º em apreço contém injustificável discriminação maléfica, que não preenche o critério constitucional da razoabilidade, no que se refere aos servidores eventualmente afastados do trabalho, de acordo com a ordem médica, por moléstias que não constaram expressamente do seu rol.

Além disso, conforme ponderou o Ministério Público, *"*[...] *a lei também ofende a razoabilidade ao instituir hipótese de não pagamento do auxílio alimentação contrária à própria natureza do instituto.* [...] *Uma vez prevista em lei, a vantagem deve ser paga proporcionalmente aos dias de efetivo exercício da função pública, como é inerente à sua própria natureza. Ocorre que o § 6º não apenas veda a percepção da verba indenizatória relativamente aos dias em que o servidor efetivamente deixou de comparecer ao serviço, como também prevê a perda do direito ao auxílio alimentação referente a todos os dias do mês seguinte. Em que pese possa a lei prever que o dia não trabalhado acarretará a perda do auxílio alimentação correspondente ao mesmo, jamais pode estabelecer, em razão de falta, o não pagamento do valor correspondente aos demais dias cujas jornadas foram efetivamente cumpridas. É, nesses termos, inconstitucional também sob essa ótica, o dispositivo sob análise, por ferir a razoabilidade, na medida em que institui verdadeira hipótese de punição, com*

Acesso ao Sumário

a perda do benefício em todos os dias do mês seguinte, para aquele servidor que tenha faltado no trintídio anterior".

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, já decidiu este C. Órgão Especial, sufragando a razoabilidade que deve ser observada pela atividade legislativa no âmbito dos Municípios:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Impugnação da Lei Municipal nº 7.593, de 28 de novembro de 2013, do Município de Araçatuba – Previsão de plantio de árvores apenas às concessionárias de veículos novos – Inexistência no caso concreto dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade almejada – Estabelecimento de privilégio para alguns em detrimento de outros – Incidência dos arts. 23, 30 e 225 da Constituição Federal – Ofensa aos princípios da isonomia, razoabilidade e livre concorrência – Inconstitucionalidade reconhecida – Arguição procedente". (ADI n. 2042748-28.2014.8.26.0000, rel. Des. Ademir Benedito, j. 15.10.2014).

Ante o exposto, julga-se procedente a ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 124-A, § 6º, da Lei Complementar n. 2.040, de 17 de dezembro de 2002, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 2.740, de 21 de janeiro de 2016, do Município de Guaíra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2144176-48.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL 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: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. SÉRGIO RUI. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ALEX ZILENOVSKI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.226)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ **julgando a ação procedente**; e ALEX ZILENOVSKI (com declaração), GERALDO

Acesso ao Sumário

WOHLERS, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MÁRCIO BARTOLI, CARLOS BUENO e RICARDO ANAFE **julgando a ação improcedente**.

São Paulo, 14 de março de 2018.

SÉRGIO RUI, Relator Designado

Ementa: Direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 13.997/2017 que estabelece a "toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade". Vício de iniciativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Violação aos artigos 5º, *caput*; 24, parágrafo 2º, item II; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea "a"; 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação Procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, manejada pelo Prefeito do Município de Ribeirão Preto, em face da Lei Municipal nº 13.997, de 24 de maio de 2017, que estabelece a "toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade".

Alega o requerente a inconstitucionalidade formal atinente a vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação de poderes, porquanto a lei trata de matéria atinente à regulamentação e gerenciamento de serviços e programas públicos municipais, cuja iniciativa é privativa do Chefe do Poder Executivo. Invoca violação aos artigos 5º; 24; 47, incisos II, XIV e XIX, letra "a"; 144 e 176, inciso I, da Constituição Estadual.

Liminar deferida a fls. 30/32.

Citado, o Procurador Geral do Estado declinou do interesse na promoção da defesa do ato impugnado (fls. 43/44).

O Presidente da Câmara Municipal ofertou manifestação postulando a cassação da liminar e a improcedência da lide (fls. 46/53).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da lei individuada (fls. 83/89).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

No caso em comento, visa a ação a declaração de inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, da Lei nº 13.997, de 24 de maio de 2017, do Município de Ribeirão Preto, que estabelece o direito à investigação, exame e tratamento de trombofilia a toda mulher usuária da rede pública.

Dispõe a lei impugnada:

"Art. 1º. Toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade.

Parágrafo Único – A investigação deverá começar na primeira consulta com o obstetra ou ginecologista, e deverá permitir ao profissional conhecer o histórico familiar do paciente, particularmente investigação em relação a parentes de primeiro grau com trombose ou gravidez com complicações e outros fatores hereditários.

Art. 2º. Para fins desta Lei a Trombofilia se caracteriza por promover alterações na coagulação sanguínea que resultam em um maior risco para trombose, e se divide em dois grupos: adquirida e hereditária.

Art. 3º. O Poder Público Municipal deverá informar a toda mulher abrangida pela presente lei, atendida pelo SUS, de forma clara, precisa e objetiva, a respeito dos riscos e do tratamento necessário.

Art. 4º. O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber.

Art. 5º. As eventuais despesas decorrentes da execução da presente lei correrão por conta do excesso de arrecadação previsto para o orçamento em curso.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário".

Concessa maxima venia, a norma atacada traduz ingerência em atribuições exclusivas do Chefe do Poder Executivo, ofendendo o princípio de separação e harmonia dos poderes, peça imanente de nosso sistema de organização e direção das funções públicas e que traduz forma de prevenção de arbitrariedades de um poder sobre o outro – sistema de freios e contrapesos – **checks and balances**. Deu-se, concretamente, intromissão na esfera de atuação do Prefeito por parte da Câmara Municipal, mormente pelo fato de a política apresentada ensejar instituição de programa de prevenção e tratamento de trombofilia – matéria de nítido caráter administrativo – tratando-se de ato de governo.

Impende consignar que a Constituição Estadual, em seus artigos 5º, 24 e 47, incisos II, XIV e XIX, 'a', aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144, adverte:

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Acesso ao Sumário

(...)

Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição:

§ 2º – Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

(...)

2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX; (NR).

(...)

Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

(...)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

(...)

XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

(...)

Artigo 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".

Ademais, "verifica-se que a lei municipal objurgada inseriu atribuições ao Poder Executivo, como ao determinar, no art. 3º, que 'o Poder Público Municipal deverá informar a toda mulher abrangida pela presente lei, atendida pelo SUS, de forma clara, precisa e objetiva, a respeito dos riscos e do tratamento necessário.

(...)

Quando o Poder Legislativo do município adita lei disciplinando atuação administrativa, como ocorre, no caso em exame, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do Administrador Público, violando o princípio da separação de poderes", de acordo com as pertinentes considerações tecidas pelo douto Procurador Geral de Justiça (**cfr.** fls. 86/87).

Na hipótese, a pretexto de legislar, a Câmara Municipal terminou por editar lei que é verdadeiro ato de administração, o que lhe é legalmente vedado.

Sendo assim, a lei em exame promove intervenção na atividade relacionada

Acesso ao Sumário

à Administração Pública, a cargo do Chefe do Executivo, em evidente invasão da esfera de atribuições próprias do Poder Executivo pelo Poder Legislativo.

Neste sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei Municipal nº 13.885 de 08.09.16. Instituiu plano municipal para a humanização da assistência ao parto, dispondo sobre a administração de analgesia em partos naturais de gestantes no âmbito Municipal. Vício reconhecido. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX e 144 da Constituição Estadual). Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 12). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2123158-68.2017.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017).

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal que "[e]stabelece diretrizes para a implantação da Política Municipal de proteção das gestantes e parturientes contra violência obstétrica durante o trabalho de parto e pós-parto imediato". Lei que usa expressões de caráter autorizativo. Norma de iniciativa parlamentar. Ato típico da administração. Ingerência na atribuição do Executivo para a prática de atos de gestão e organização administrativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Precedentes. Ação julgada procedente (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2089549-94.2017.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 15/09/2017).

Portanto, mister se faz declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 13.997, de 24 de maio de 2017, do Município de Ribeirão Preto, por afronta aos artigos 5º, **caput**; 24, parágrafo 2º, item II; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea "a"; 111 e 144 da Constituição Estadual.

Por tais razões, pelo meu voto, julga-se procedente a presente ação.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 20.995)

Peço vênia à Douta maioria para declarar o voto que proferi como Relator Sorteado, a saber:

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto, visando à retirada do ordenamento jurídico da Lei Municipal nº 13.997, de 24 de maio de 2017, de iniciativa parlamentar, que

dispõe sobre o direito de toda mulher à investigação, ao exame genético que detecta a trombofilia e ao respectivo tratamento, e dá outras providências.

Aduz o autor que a norma atacada apresenta vício de iniciativa, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, com invasão das atribuições do Poder Executivo de planejar, regulamentar e gerenciar os serviços e programas públicos municipais.

Sustenta o requerente competir à Câmara Municipal legislar de modo genérico e abstrato, e não concreta e especificamente sobre determinada questão ou matéria, a fim de colaborar com a Administração, e não de coagir o Poder Público à prática de ato específico. Isso porque, segundo o autor, o Poder Executivo *reúne as condições necessárias para avaliar a possibilidade, a conveniência e a oportunidade para exercer o poder regulamentar que lhe é afeto, disciplinando a execução de serviços e programas públicos*.

No caso em análise, a lei guerreada institui política pública, a partir da criação de programa que vincula a administração pública municipal a determinadas obrigações, representando claro ato de gestão. Alega, portanto, estar-se diante, de afronta aos artigos 5º, 24, 37, 47, incisos II, III, XIV e XIX, alínea *a*, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Aponta, ainda, faltar à Lei nº 13.997/2017 a indicação dos recursos orçamentários necessários para sua consecução, contrariamente ao que dispõem o artigo 25, da Constituição Estadual, e seu artigo 176, inciso I, o qual não autoriza o início de programas, projetos e atividades sem previsão no orçamento anual do Município.

Postulou o deferimento de liminar para suspensão da eficácia da lei em comento. No mérito, pugna pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 13.977, de 24 de maio de 2017, por ofensa aos artigos 5º, 24, 47, II, XIV e XIX, "a", aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144, e 176, I, todos da Constituição do Estado de São Paulo (fls. 01/10).

A liminar foi deferida para suspender os efeitos da Lei Municipal impugnada, conforme despacho da lavra do d. Desembargador Tristão Ribeiro (fls. 30/32).

O Presidente da Câmara Municipal foi devidamente notificado (fls. 41) e aduziu que a lei impugnada não usurpa, invade, ou, quebra a harmonia e independência a Constituição Federal e, tampouco a Constituição do Estado de São Paulo.

Afirmou, ainda, que a Lei Municipal nº 13.997/2017 busca cumprir o artigo 6º, da Carta Magna, no que tange ao direito à saúde, em especial à saúde da mulher.

Apontou que uma das principais vertentes do direito à saúde é aquela atinente às medidas e prestações estatais, precipuamente, em relação à prevenção

Acesso ao Sumário

e tratamento de doenças.

Por fim, requereu a revogação da liminar anteriormente deferida e, por conseguinte, o julgamento improcedente da presente ação, com o conseguinte reconhecimento da constitucionalidade da Lei Municipal nº 13.997/2017 (fls. 46/53).

A d. Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar por entender se tratar de matéria exclusivamente local (fls. 64/65).

Por sua vez, a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 13.997, de 24 de maio de 2017, do Município de Ribeirão Preto, por ofensa aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, "a" e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo (fls. 83/89).

É o relatório.

A presente ação deve ser julgada improcedente.

A lei acoimada de inconstitucionalidade foi redigida da seguinte forma:

"LEI Nº 13.997, DE 26 DE MAIO DE 2017 DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO

DISPÕE SOBRE O DIREITO DE TODA MULHER À INVESTIGAÇÃO, AO EXAME GENÉTICO QUE DETECTA A TROMBOFILIA E AO RESPECTIVO TRATAMENTO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Faço saber que a Câmara Municipal de Ribeirão Preto, na forma da lei, aprovou, o Prefeito Municipal sancionou (Silêncio) e eu, Rodrigo Simões, Presidente, nos termos do Parágrafo Único do Artigo 43, da Lei Orgânica do município de Ribeirão Preto, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade. (grifo nosso)

Parágrafo único. A investigação deverá começar na primeira consulta com o obstetra ou ginecologista, e deverá permitir ao profissional conhecer o histórico familiar da paciente, particularmente investigação em relação a parentes de primeiro grau com trombose ou gravidez com complicações e outros fatores hereditários.

Art. 2º Para fins desta lei a Trombofilia se caracteriza por promover alterações na coagulação sanguínea que resultam em um maior risco para trombose, e se divide em dois grupos: adquirida e hereditária.

Art. 3º O Poder Público Municipal deverá informar a toda mulher abrangida pela presente lei, atendida pelo SUS, de forma clara, precisa e objetiva, a respeito dos riscos e do tratamento necessário.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará a presente lei, no que couber.

Art. 5º As eventuais despesas decorrentes da execução da presente lei

Acesso ao Sumário

correrão por conta do excesso de arrecadação previsto para o orçamento em curso.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário.

RODRIGO SIMÕES – Presidente"

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*[1]*".*

Noutro giro, Hely Lopes Meirelles ensina acerca da natureza jurídica e função do Poder Legislativo Municipal, em especial da Câmara de Vereadores: *"[a] função legislativa, que é a principal, resume-se na votação de leis e estende-se a todos os assuntos da competência do Município (CF, art. 30), desde que a Câmara respeite as reservas constitucionais da União (arts. 22 e 24) e as do Estado-membro (arts. 24 e 25).* ***Advertimos que a Câmara Municipal não pode legislar sobre direito privado (civil e comercial), nem sobre alguns dos ramos do direito público (constitucional, penal, processual, eleitoral, do trabalho etc.), sobrando-lhe as matérias administrativas, tributárias e financeiras de âmbito local, asseguradas expressamente pelo art. 30, da CF.*** *Vale 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*[2]*".*

A par dos ensinamentos de Canotilho e Hely Lopes Meirelles, observa-se que, no caso em apreço, não houve, de fato, norma que ofendesse o princípio da separação dos poderes ou mesmo usurpação das regras de competência do Prefeito Municipal, porquanto a matéria tratada na lei em comento (direito de

Acesso ao Sumário

1 Gomes Canotilho, José Joaquim. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 365.

2 Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal brasileiro. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pág. 645/646.

toda mulher à investigação, ao exame genético que detecta a trombofilia e ao respectivo tratamento, e dá outras providências), de interesse local, está incluída na competência da Câmara Municipal.

Com vistas à teoria da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu, e ao artigo 2º, da Constituição da República:

> *"[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".*

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 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 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;
>
> **6** – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.

Note-se que o objeto da norma impugnada não consta do rol supracitado, não se vislumbrando o alegado vício formal de iniciativa, observada a regra da simetria.

Lembremos que a Constituição define o processo formal de elaboração das leis que estritamente deve ser seguido para que tenham validade, bem como a observância de limites materiais no conteúdo ali inserido. É o que se chama de parâmetros formal e material.

Tocante ao vício formal da gênese legal, também conhecida como

Acesso ao Sumário

(inconstitucionalidade) nomodinâmica, afere-se inobservância de regra de competência legislativa, ou a 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 sobre determinada matéria –, como também, vícios formais objetivos, consubstanciados no próprio processo legislativo.

Neste passo a lição de André Ramos Tavares[3]:

> *(...) 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, não restou demonstrada a violação do princípio constitucional da separação dos Poderes, tampouco aos dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo, porquanto a matéria tratada na norma impugnada não constitui reserva legal do Chefe do Poder Executivo.

Em tempo, não se olvida a existência de jurisprudência deste C. Órgão Especial no sentido de declarar a inconstitucionalidade de norma municipal com objeto semelhante ao ora tratado.

Vem de doutrina tradicional e respeitada o ensinamento da iniciativa legislativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local:

> 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

3 Curso de direito constitucional/André Ramos Tavares. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.231/232

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**[4]."

Entrementes, a questão atinente aos limites da competência legislativa municipal dos membros do Poder Legislativo encontrou em **recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, tratamento que prestigia a competência dos senhores vereadores no tocante à sua capacidade de iniciar leis.**

Com o decidido, a Colenda Corte Suprema forneceu paradigma na arbitragem dos limites da competência legislativa entre o Chefe do Poder Executivo Municipal e os Membros do Poder Legislativo desta esfera federativa.

A questão, destarte, está posta em julgado havido com repercussão geral, tornado "Tema" com propositura clara e abrangente. Trata-se do **TEMA 917 – Repercussão geral (Paradigma ARE 878911)** que recebeu a seguinte redação:

"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)".

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. ***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.*** 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido. (ARE 878911 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-

Acesso ao Sumário

4 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 16ª ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p.620

217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Afere-se, pois, da assertiva constante do Tema 917 – Repercussão Geral, – que expõe o entendimento imperante na Corte Suprema acerca da questão atinente aos limites da competência legislativa dos membros do Legislativo Municipal –, que tais limitações hão de ser compreendidas dentro de certa lógica pela qual **a iniciativa dos vereadores é ampla, encontrando limites naqueles assuntos afetos diretamente ao Chefe do Poder Executivo**, portanto, a ele privativos, quais sejam (dentre outros): a ***estruturação da Administração Pública; a atribuição de seus órgãos e o regime jurídico de servidores públicos, ainda que as propostas legislativas impliquem em criação de despesas.***

Extraímos da lição de Hely Lopes Meirelles que os **órgãos públicos são centros de competência, aptos à realização das funções do Estado[5].**

Tratando dos "órgãos da Administração Pública", leciona o saudoso doutrinador paulista que[6]:

> **A "criação e extinção" de "órgãos da administração pública" dependem de lei, de iniciativa privativa do Chefe do Executivo (CF/88, arts. 48, XI, e 61, § 1º, "e"), observadas as alíneas "a" e "b" do art. 84, VI, que lhe permite, privativamente, "dispor, mediante decreto, sobre" a "organização e funcionamento" da administração, "quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos"**, e sobre a "extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" – note-se: quando vagos).
>
> **Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes** (pessoas físicas). **Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídas pelas normas de sua constituição e funcionamento. Para a eficiente realização de suas funções cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes.**

Acesso ao Sumário

5 Direito administrativo brasileiro. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. – 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016, p. 79

6 obra cit. p. 72 e s.

(g.n.)

Posto isto, resta claro que a expressão **"atribuição de seus órgãos"** contida no Tema 917 [*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)*] tem o sentido de **preordenação de funções atribuídas pelas normas de constituição e funcionamento aos órgãos da Administração, estes compreendidos como centros de competência, aptos à realização das funções do Estado.**

Cumpre lembrar que para a eficiente realização de suas funções cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes.

Vislumbra-se que na visão do C. STF – tocante à expressão *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata ... da atribuição de seus órgãos ..."* –, estampada no Tema 917, **é de ser vedada ao Legislativo Municipal apenas a preordenação normativa de funções atribuídas aos órgãos da Administração, imiscuindo-se na constituição e funcionamento orgânicos destes entes estatais**.

O TEMA 917 – Repercussão geral (Paradigma ARE 878911) adveio de julgamento de Recurso Extraordinário com agravo em Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual acerca da Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro, *objetivando a instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias* (ARE 878911 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016).

A lei então analisada tinha a seguinte redação:

Art. 1º. ***Torna obrigatória a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas municipais.***

Parágrafo único. A instalação do equipamento citado no caput considerará proporcionalmente o número de alunos e funcionários existentes na unidade escolar, bem como as suas características territoriais e dimensões, respeitando as normas técnicas exigidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ABNT.

Art. 2º. Cada unidade escolar terá, ***no mínimo, duas câmaras*** *de segurança que registrem permanentemente as suas áreas de acesso e principais instalações internas.*

Parágrafo único. O equipamento citado no caput deste artigo ***apresentará***

Acesso ao Sumário

recurso de gravação de imagens.

Art. 3º. As escolas situadas nas Áreas de Planejamento APs onde foram constatados os mais altos índices de violência terão prioridade na implantação do equipamento.

Art. 4º. Esta Lei entre em vigor na data da sua publicação.

No voto condutor, o E. Ministro Gilmar Mendes, Relator do ARE 878.911 RG/RJ ponderou que :

(...)

No caso em exame, a lei municipal que prevê a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias ***não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada. Por fim, acrescente-se que a proteção aos direitos da criança e do adolescente qualifica-se como direito fundamental de segunda dimensão que impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva destinado a todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado Brasileiro, nos termos do art. 227 da Constituição.*** (g.n.)

Afere-se que o caso paradigmático analisado pelo Colendo STF no julgamento do Recurso Extraordinário com agravo, com Repercussão geral (ARE 878911 RG/RJ), tratava da Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro, que determinava a Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias de todas as escolas públicas municipais.

Concluiu a Colenda Corte Suprema, naquele julgamento , que *"No caso em exame, a lei municipal que prevê a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias* ***não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local nem trata do regime jurídico de servidores públicos, motivo pelo qual não vislumbro nenhum vício de inconstitucionalidade formal na legislação impugnada****"*.

Posto isto, afere-se quão longe foi o Colendo Supremo Tribunal Federal ao arbitrar a competência legislativa das Câmaras Municipais, pois entendeu que mesmo uma lei de iniciativa parlamentar que torne ***obrigatória a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas municipais (com recurso de gravação de imagens)*** não viola a iniciativa reservada ao Poder Executivo.

Cumpre lembrar que no caso tratado em situação paradigmática, o C. STF entendeu não violar a reserva de administração ou iniciativa reservada ao Poder Executivo Municipal a determinação legal de iniciativa parlamentar de instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas dependências e

Acesso ao Sumário

cercanias de todas as escolas públicas municipais (com recurso de gravação de imagens), ainda que possamos lembrar que tais providências, além de ensejar custos expressivos à Municipalidade, implicam na realização de licitações para aquisição, instalação, manutenção e, quiçá, controle dos aludidos equipamentos, com demanda de pessoal para tal. Até mesmo com tais providências, ***o C. STF entendeu não violar iniciativa reservada ao Poder Executivo Municipal, nem mesmo a chamada reserva de administração.***

Neste passo, à luz do presente feito, parece correto compreender que a criação de programa de saúde tocante ao ***"direito de toda mulher à investigação, ao exame genético que detecta a trombofilia e ao respectivo tratamento e dá outras providências"*** – objeto da disposição legislativa ora vergastada –, **não tem a dimensão de caracterizar inserção em matéria dispositiva da "atribuição de Órgão da Administração Municipal" (privativa do Chefe do Poder Executivo), mas significa apenas providência normatizada tendente ao aprimoramento do bom funcionamento dos serviços públicos de prestação da Saúde naquele município, máxime em prol da mulher.**

Aliás, se no caso paradigmático ensejador da Repercussão Geral o Ministro Relator ponderou que ***a proteção aos direitos da criança e do adolescente qualifica-se como direito fundamental de segunda dimensão que impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva destinado a todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado Brasileiro, nos termos do art. 227 da Constituição***, há que se permitir a ponderação – por inegável semelhança –, que no tocante à lei ora vergastada, **também estamos diante de tutela de direito fundamental imposto ao Poder Público nos termos dos arts. 196 e 197, da Lei Maior e arts. 219 e 220 da Constituição do Estado de São Paulo: direito universal à saúde (máxime à saúde da mulher).**

Afinal, a lei em tela prevê em seu art. 1º que *"Toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade"*.

Ademais, tornando o serviço de saúde da mulher mais eficaz, o Município em tela prestará homenagem a princípio de envergadura constitucional, eis que segundo Hely Lopes Meirelles: *"[o]* ***princípio da eficiência*** *exige que uma atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade,* ***exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros[7]."***

Acesso ao Sumário

7 Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 96.

Ensina José Afonso da Silva: ***"[a] saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam."***[8]

Peço vênia para transcrever parte de artigo científico publicado na Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, pela pertinência ao caso ora tratado[9]:

> *(...)*
>
> *É preciso manter constante vigilância sobre a questão,* ***para que o direito fundamental à saúde não perca as posições jurídicas já alcançadas, sob pena de ferir-se o princípio da proibição do retrocesso social, corolário do Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e objetivos fundamentais de realizar a justiça social e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III, in fine, CF).***
>
> ***Assim, em decorrência dos direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput, e 6º, CF), especialmente quanto a este último, que o constituinte garantiu como direito a todos e dever do Estado – mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação (art. 196), pela descentralização de ações e serviços públicos, determinada pela Carta Federal (art. 198) e efetivada pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) – que cabe aos Poderes Públicos, por seus agentes, a consecução de medidas que assegurem o cumprimento dos preceitos constitucionais,*** *inclusive, por meio do fornecimento de próteses ou a dispensação de medicamentos indispensáveis ao tratamento médico, sob comprovação de eficácia terapêutica, prova da inexistência de produtos médicos similares de menor custo financeiro e, ainda, apenas pelo exato tempo realmente necessário para o tratamento.*
>
> *(...)*
>
> ***Pode-se afirmar que a saúde no Estado Democrático brasileiro é direito de todos e dever estatal vinculante, não-só aos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas três esferas republicanas, como também aos particulares e a toda a sociedade, e, dada a complexidade***

Acesso ao Sumário

8 Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. São Paulo; Malheiros, 2004, pág. 811.

9 O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada – Marcelene Carvalho da Silva Ramos – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010, p. 90 e s.

da questão sanitária, sua efetivação (efetividade do direito à saúde) não comporta solução unívoca e sim, exige a participação e colaboração de todos os poderes públicos e de todos os cidadãos e, ainda, de toda a sociedade organizada e suas instituições*, relevante ainda o papel do Poder Judiciário, especialmente no que respeita a assegurar o acesso às prestações materiais de saúde, por meio de tratamentos médicos de comprovada eficácia terapêutica às pessoas comprovadamente deles necessitadas,* ***tudo em reverência ao bem jurídico maior – a vida e a existência humana digna – fundamento da Democracia.***

Por fim, cumpre realçar que ao tratar, em âmbito municipal sobre a matéria em foco, a edilidade do Município de Ribeirão Preto apenas exerceu sua competência constitucional para suplementar legislação existente sobre o tema, no sentido de adequá-la à realidade local. Isso porque, a proteção e defesa da saúde é de competência concorrente entre União e Estados (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal) e, portanto, passível de suplementação, no que couber, de modo a concretizar as normas nacionais e estaduais no âmbito municipal, consoante permissivo expresso no art. 30, inc. II, da Constituição Estadual Paulista.

Ademais, o conteúdo da lei impugnada não constitui questão de política de governo ou ato concreto de gestão, inexistindo ofensa material à regra da separação de poderes (artigos 5º, 24, 25, 37, 47, incisos II, III, XIV e XIX, alínea *a*, 144 e 176, I, todos da Constituição do Estado de São Paulo).

Em verdade, conforme já ressaltado, a lei municipal visa apenas dar concretude ao direito universal à saúde (arts. 196 e 197, da Lei Maior e arts. 219 e 220 da Constituição do Estado de São Paulo).

Nessa toada, imperioso destacar que a Lei nº 13.997, de 24 de maio de 2017 do Município de Ribeirão Preto não fere o pacto federativo constitucional nem invade seara privativa do Executivo.

Outrossim, prevê a norma analisada que eventuais despesas decorrentes da execução da lei em comento correrão por conta do excesso de arrecadação prevista para o orçamento em curso, de acordo com o artigo 5º, da Lei Municipal nº 13.997/2017.

Acesso ao Sumário

Certo é que a Constituição Federal dispõe em seu art. 25 que *"Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos"*.

Entrementes, **é entendimento deste Colendo Órgão Especial que a falta de previsão de dotação orçamentária específica não poderá se constituir em inafastável vício de constitucionalidade**, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto sua complementação com

verbas adicionais para a acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a administração preserve a integridade de suas finanças (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2154977-23.2017.8.26.0000 – Relator Márcio Bartoli).

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGAVA IMPROCEDENTE** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

ALEX ZILENOVSKI, Desembargador, Relator sorteado vencido

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2003973-02.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MÁRCIO VOLPE MARANGONI, são agravados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 7 de março de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Agravo regimental. Indeferimento de liminar em ação mandamental. Cabimento. Critério

Acesso ao Sumário

do Relator. Ausência de *fumus boni juris et periculum in mora*. Recurso desprovido.

VOTO

Agravo regimental contra a decisão vista a págs. 46/47, que indeferiu liminar em mandado de segurança impetrado por MARCIO VOLPE MARANGONI contra ato dito ilegal imputado ao GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e ao SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Recurso interposto por entender o agravante ser caso de reforma da decisão, e consequente reintegração *nos quadros da polícia civil*, porquanto *comprovou tratar-se de um direito líquido e certo [...] pela inexistência do fato criminoso*.

Agravo bem processado.

É o relatório.

O agravante impetrou mandado de segurança para *sua reintegração aos quadros da Polícia Civil do Estado de São Paulo*.

Afirmou ter sido *exonerado a bem do serviço público decorrente de processo administrativo referente a um processo calunioso e difamatório*, mas, após absolvição em processo criminal, *apresentou ao Governador do Estado de São Paulo o pedido de reintegração*.

Sem análise desse requerimento, e porque *o silêncio da autoridade coatora em decidir o pleito do requerente constitui evidente prejuízo*, ajuizou este mandado de segurança.

Por decisão vista nas págs. 46/47, indeferiu-se a liminar pleiteada, contra o que veio este agravo interno.

Sem razão, contudo, pois assim se entendeu por não existir circunstância autorizante para a concessão liminar, realçado na r. decisão ser *a liminar em mandado de segurança medida cautelar excepcional*, não sendo possível aferir, *de imediato, desacerto no ato administrativo*.

Acesso ao Sumário

Demais disso, considero inexistente risco de ser a medida ineficaz, porquanto os efeitos de eventual sentença concessiva da segurança poderão retroagir à data da impetração.

Com realçado, mostra-se prudente aguardar vinda das informações, porquanto tal qual se reconhece no processo cautelar ter o Juiz o poder geral de cautela, e, por isso, livre arbítrio para conceder, ou negar, liminar reclamada, o mesmo se dá quanto à concessão, ou denegação, de liminares em mandado de segurança.

Assim entendo porque a lei não dimensiona nem fixa parâmetros para a

concessão; impõe, apenas, o preenchimento dos requisitos arrolados no artigo 1º da Lei 12.016/09, quais sejam, *direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade,* e artigo 7º, inciso III: *relevante fundamento e possibilidade de ineficácia da medida*.

No caso em voga, como afirmado, nada obstante afirme o impetrante ter sido absolvido em processo criminal instaurado pelos mesmos fatos ensejadores da exoneração, não se descure ser imprescindível analisar sobre eventual falta residual, a teor do Enunciado 18 das Súmulas do E. Supremo Tribunal Federal[1].

Com nota de não ter havido qualquer alteração na situação fática em disputa, não é caso de acolhimento deste recurso, pois a busca se confunde com o próprio mérito da impetração.

Com esses fundamentos, repito, não se vislumbram **fumus boni juris et periculum in mora** autorizantes da concessão liminar.

No mais, a matéria restará composta, de modo definitivo, com o julgamento da ação mandamental, mesmo porque, para o chamado "agravo regimental", a situação é apenas e tão-só perante situações de ofensa a direito da parte, que não ocorre no caso em voga, porque preservado o **status quo ante**.

Em remate, eventual demora no julgamento é carreada apenas ao agravante, pois no despacho objurgado já se deu andamento processual, determinadas comunicação dos impetrados, notificação da Fazenda do Estado e manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, para subsequente julgamento.

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2252720-33.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.336)**

Acesso ao Sumário

1 *Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é possível a punição administrativa do servidor público.*

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 21 de março de 2018.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: I. Agravo regimental. Indeferimento de pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o fundamento de ausência de *periculum in mora*.

II. Ação proposta após quase um ano de vigência do dispositivo legal impugnado que evidencia a falta de *periculum*.

III. Alegação de possibilidade de geração de *"infundadas expectativas de direitos"*. Expectativas, todavia, que decorrem da inércia na propositura da ação, que se deu um ano após a publicação da lei, após onze meses de vigência da norma, período em que produziu regulares efeitos.

IV. Prolongado lapso de vigência e produção de efeitos da norma que afasta a alegação de urgência, conforme a jurisprudência deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal.

V. Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental interposto, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, contra decisão desta relatoria que indeferiu o pedido liminar formulado. A ação fora proposta impugnando a Lei Municipal nº 12.584, de 21 de dezembro de 2016, que *"Dispõe sobre a permissão de instalação e uso de extensão temporária de passeio público, denominada 'Parklet', no Município de São José do Rio Preto"*. Alega-se, em síntese, a presença do *periculum in mora*, a despeito do quanto decidido em sede monocrática, porque a continuidade da vigência da norma poderá acarretar *"infundadas expectativas*

de direitos" e impor à Administração a obrigação de dar-lhe cumprimento (fls. 01/07).

2. A decisão agravada foi assim fundamentada: *"Indefiro a liminar, pois não se comprovou que a manutenção da vigência e eficácia da lei acarretará perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, porque, no caso dos autos, a norma impugnada foi publicada em 21 de dezembro de 2016 e a ação direta foi proposta no dia 19 de dezembro de 2017, portanto, após quase um ano de vigência do referido diploma legal.*

Conforme já decidido no Supremo Tribunal Federal no julgamento de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade na qual se alegava presente o requisito do periculum in mora, o ajuizamento da ação após transcurso de significativo lapso temporal de vigência da lei impugnada evidencia a ausência da urgência aduzida[2]*. No mesmo sentido já se julgou no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça*[3]*, relativamente às condições exigidas para concessão de medida liminar em casos como o presente.*

Tratando-se a comprovação da existência de periculum in mora de requisito indispensável à concessão da liminar, resta absolutamente inviável o deferimento da medida no presente caso." (fls. 43/45 dos autos principais).

3. Apesar dos argumentos trazidos pelo Agravante, não é caso de retratação, ante a ausência de requisitos autorizadores da liminar pretendida.

Conquanto insista o recorrente na verossimilhança das alegações, vale lembrar que, para a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, não basta apenas a presença de tal requisito. **A verossimilhança aludida caracterizaria, tão somente, o *fumus boni juris*, o qual não se desdobra, automaticamente, no *periculum in mora*, requisito também imprescindível para a concessão das medidas cautelares.**

Nesse sentido, destacou-se na decisão agravada que *"o ajuizamento da ação após transcurso de significativo lapso temporal de vigência da lei impugnada **evidencia a ausência da urgência aduzida**"*.

O Agravante reafirma que *"Ora, como o dispositivo não teve seus efeitos suspensos, qualquer beneficiário da norma poderá formular pedido de instalação e manutenção de Parklets no Órgão municipal competente, gerando uma infundada expectativa de direito no requerente. Ademais, a norma impõe obrigações à Administração Pública no sentido de dar-lhe cumprimento, sob*

Acesso ao Sumário

2 STF, ADI 1229 MC/SC, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 11 de abril de 2013: "(...) o tempo decorrido desde a promulgação da Constituição Estadual (1989), e, igualmente, da lei ora impugnada (1994), conjura o 'periculum in mora', requisito indispensável para a concessão da liminar."

3 TJSP, ADIN 0165269-14.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador Jurandir de Sousa Oliveira, 27 de julho de 2011; ADIN 0125039-90.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Guerrieri Rezende, 19 de junho de 2012.

pena de desrespeito ao direito posto, o que também não é permitido (...)" (cf. fls. 05).

Deve-se observar, todavia, que as expectativas de direito mencionadas foram ocasionadas não pelo indeferimento da medida liminar, mas pela inércia do autor na propositura da ação, que só ocorreu após significativo lapso de vigência e produção de efeitos da norma.

Reitera-se, até a propositura da ação direta, a lei impugnada já estava em vigor e produzindo efeitos há quase um ano, o que afasta, conforme exposto na decisão agravada, a urgência aduzida.

4. Em hipótese absolutamente assemelhada, assim decidiu este Órgão Especial: *"Agravo regimental contra decisão que indeferiu medida liminar. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não se verifica inequívoca plausibilidade do pedido de reforma. Ação Direta proposta após* ***mais de um ano de vigência*** *do dispositivo legal impugnado evidencia a falta de periculum in mora. Precedentes de decisões proferidas no STF e no Órgão Especial do TJSP. Agravo improvido."*[4]

Sendo assim, mantém-se a decisão agravada.

5. Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0059252-41.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO TRIBUNAL JUSTIÇA SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERREIRA RODRIGUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.919)**

Acesso ao Sumário

4 TJSP; Agravo Regimental 0191655-13.2013.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/12/2013; Data de Registro: 13/12/2013.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, ELCIO TRUJILLO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de revisão de contrato de concessão de uso de área com a Infraero no Terminal de Passageiros nº 1 do Aeroporto Internacional de Guarulhos (exploração de farmácia) – Busca de revisão com redução do valor de locação devido à perda de clientela e abertura de novo Terminal – Aeroporto arrematado por consórcio, que se tornou cedente da área locada à autora, sucedendo a Infraero no contrato de locação – Irrelevância de a empresa que se tornou concessionária dos serviços do terminal ser de natureza privada, porque os atos que pratica (dentre os quais o de ceder espaço para a exploração de negócio privado – farmácia) são pautados por normas de direito público – Concessão de uso de bem público, regido pelas normas de direito administrativo – Competência da Seção de Direito Público (art. 3º, I.2, da Resolução 623/2013: "ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos").

Conflito julgado procedente, competente a Câmara suscitada (4ª Câmara de Direito Público).

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 160/161 julgou improcedente ação declaratória de revisão de contrato c.c. pedido de antecipação de tutela (fls. 160/161). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 188).

Apelou a autora e o recurso foi respondido (fls. 190/207 e 212/220).

Distribuído à 25ª Câmara de Direito Privado, o apelo não foi conhecido

por decisão monocrática do Relator (Desembargador HUGO CREPALDI, fls. 221 e 223/224) porque,

> "No caso em tela, verifica-se que o presente recurso foi encaminhado por livre distribuição, contudo, conforme se infere dos autos, este não é o primeiro incidente recursal que devolve a esta Corte questões atinentes à relação jurídica discutida nestes autos.
>
> "Com efeito, o Agravo de Instrumento n. 2112792-38.2015.8.26.0000 foi julgado pela Col. 4ª Câmara de Direito Público, sob a Relatoria da E. Desembargadora Ana Liarte.
>
> "E, tratando-se de contrato de concessão de uso de bem público, regido pelas normas de direito administrativo, a matéria também justifica a remessa dos autos àquele órgão julgador.
>
> "Ainda que assim não fosse, antes mesmo do julgamento do Agravo de Instrumento pela 4ª de Direito Público, aquele mesmo incidente houvera sido distribuído à 28ª Câmara de Direito Privado, o que torna certa a incompetência deste Relator."

Redistribuído à 4ª Câmara de Direito Público (Desembargadora ANA LIARTE – fls. 228), lá o recurso também não foi conhecido (fls. 232/235), porque

> "Extrai-se da exordial que a matéria controvertida diz respeito à revisão de contrato firmado entre a autora (DROGARIA E PERFUMARIA GLOBO LTDA.) e a CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S/A, para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.
>
> "Com efeito, registre-se que a natureza da relação jurídica havida entre as partes é de natureza privada, de modo que a competência para o processamento e julgamento das causas que decorrem desse contrato é da Seção de Direito Privado.
>
> "Portanto, ante a incompetência da Seção de Direito Público para processar e julgar o presente recurso, nos termos da Resolução nº 623/2013, expedida pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, de rigor a remessa dos autos à Seção de Direito Privado."

O recurso, então, foi redistribuído à 30ª Câmara de Direito Privado (fls. 238), tendo o Relator, Desembargador MARCOS RAMOS, consultado o Presidente da Seção de Direito Privado (fls. 239/240), nos seguintes termos:

> "Os autos foram inicialmente distribuídos livremente ao Exmo. Des. Rel. Hugo Crepaldi, da 25ª Câmara de Direito Privado, tendo este, por decisão monocrática, não conhecido do recurso e determinado sua redistribuição para a 4ª Câmara de Direito Público, em razão do agravo de instrumento nº 2112792-38.2015.8.26.0000 julgado pela Exma. Des.

Rel. Ana Liarte.

"Ocorre que a Des. Ana Liarte também não conheceu do recurso ao fundamento de que a natureza da relação jurídica havida entre as partes é de natureza privada, de modo que a competência para o processamento e julgamento das causas que decorrem desse contrato é da Seção de Direito Privado.

"Assim, salvo melhor juízo, os autos deveriam ser redistribuídos ao Des. Rel. Hugo Crepaldi, a teor do artigo 105, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça".

O Presidente da Seção de Direito Privado determinou a redistribuição dos autos a este Órgão Especial porque configurado o conflito de competência (fls. 242).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela competência da 4ª Câmara de Direito Público (fls. 247/253).

É o relatório.

1. Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos termos do pedido inicial, estabelece o artigo 103 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação. Com esse enfoque é examinada a questão.

A "ação declaratória de revisão de contrato" é proposta em face da CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S/A. (fls. 1/16), buscando a autora a

"... **declaração de revisão do contrato com efeito retroativo da redução do aluguel mensal até maio de 2014** ... **e repetição de indébito** ... Além da declaração judicial de revisão do contrato, com a redução do valor da locação de R$ 56.000,00 para **R$ 22.400,00**, requer seja estendida tal declaração de revisão com efeito retroativo para junho de 2014, ou seja, um mês após o início da inauguração do Terminal 3 do aeroporto, que foi o fato gerador da retração mercadológica sofrida pela Autora, com a repetição de indébito da diferença a maior paga pela autora para a ré desde junho de 2014 até a data final do decreto de revisão ..."

Na petição inicial, afirma a autora: **a)** exerce atividade de distribuição de medicamentos para o varejo, atuando como uma farmácia, tendo celebrado contrato de concessão de uso de área com a Infraero (01/09/2006), com a locação de espaço no piso mezanino do Terminal de passageiros nº 1, do Aeroporto Internacional de Guarulhos; **b)** o contrato foi pactuado pelo prazo de 60 meses

Acesso ao Sumário

e renovado em 01.09.2011 por igual período, sendo o preço reajustado pela Infraero para R$ 56.000,00; **c)** nesse interregno, em 06.02.2012, foi realizado leilão dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, sendo o de Guarulhos arrematado pelo consórcio Invepar ACSA; **c)** a Infraero é acionista das três concessões; **d)** a ré, pessoa jurídica de direito privado, se tornou cedente da área locada à autora, sucedendo a INFRAERO no contrato anteriormente pactuado; **e)** "está passando por enormes dificuldades para arcar com o pagamento do aluguel de espaço no Terminal 1 ... em decorrência da **perda de movimento desse terminal por conta do rearranjo do embarque dos voos internacionais para o Terminal 3 do mesmo aeroporto,** gerando **DIMINUIÇÃO DE CLIENTES E PERDA DE LUCRO**"; **f)** assim, pleiteia-se aqui a revisão do contrato celebrado entre as partes, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico financeiro.

2. O relato revela tratar-se de concessão de uso de bem público, regido pelas normas de direito administrativo.

O contrato foi firmado entre as partes com a Infraero, posteriormente subrogado à ré, concessionária.

Decidir acerca da revisão do contrato é matéria que se insere dentre as de competência das Câmaras de Direito Público, de conformidade com o disposto no artigo 3º, I.2, da Resolução 623/2013 (*"ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos"*).

Esclarece HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 35ª edição/2009 (pág.263)):

> "*Contrato de concessão* é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Daí a tripartição da concessão em *concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público*, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado *intuitu personae*.
>
> "(...)
>
> "... *Contrato de concessão de serviço público*, ou, simplesmente, *concessão de serviço público*, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma *tarifa* cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos *contratos de concessão de serviço público* a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste

Acesso ao Sumário

último."

Também esclarece o doutrinador (pág. 377/378):

"*Consórcios públicos* são pessoas de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, decorrentes de contratos firmados entre entes federados, após autorização legislativa de cada um, para a gestão associada de serviços públicos e de objetivos de interesse comum dos consorciados, através de delegação e sem fins econômicos. Trata-se de gestão associada ou cooperação associativa de entes federativos, para a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos – que cada um deles, isoladamente, não teria –, para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos.

"A Lei 11.107, de 2005, tem base nos artigos 22, XXVI, e 241, da CF. Este art. 241 dispõe que os entes federativos disciplinarão por meio de lei os consórcios e os convênios de cooperação entre si, autorizando a *gestão associada* de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços *transferidos*. Trata-se, portanto, de modalidade de delegação de serviços públicos *distinta* da autorização, permissão ou concessão, por meio de *contrato*. Assim, por ser contratual, a União tem competência legislativa para editar suas *normas gerais* (art. 22, XXVII, da CF).

"(...)

"Caso seja pessoa de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela CLT (§ 2º do art. 6º), mas a Lei não o inseriu na administração indireta, fato que deve ser levado em conta na fixação das competências a serem transferidas ao consórcio (cf. art. 4º, XI, "a").

O contrato em questão, malgrado oneroso e com a conformação ou aparência de contrato de locação é, em verdade, de concessão de espaço público para a prestação de serviços de natureza privada, sim (farmácia), mas de interesse público, dada a natureza do local em que instalada a empresa e explorado o negócio – terminal de passageiros em aeroporto. Não muda a natureza da relação em análise a circunstância de o consórcio explorador da atividade cuidar-se de empresa privada, portanto, porque os seus atos (dentre os quais o contrato em discussão) serem pautados por normas de direito público.

O tema já foi enfrentado por este C. Órgão Especial que, em situação assemelhada,

"A sub-rogação dos contratos de concessão de espaço nos aeroportos pela ANAC e INFRAERO, cedentes, implica em análise do contrato administrativo firmado com os prestadores de serviço que ali

Acesso ao Sumário

já atuavam e também das normas reguladoras expedidas pela ANAC, matéria essa afeta às Câmaras da Seção de Direito Público desta Corte, na esteira do que dispõe o artigo 3º, I.3 da Resolução nº 623/2013, *verbis*: *"Ações relativas a licitações e contratos administrativos"*.

"(...)

"... consoante lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ... 'A expressão **contrato da Administração** é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contatos celebrados pela administração pública, seja sob o regime de direito público, seja sob o regime de direito privado. E a expressão **contrato administrativo** é reservada para designar tão somente **os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público**' ..." (CC 0043772-23.2017.8.26.0000, Relator Desembargador XAVIER DE AQUINO, j. 25.10.2017).

3. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e declaro competente a Câmara suscitada (4ª Câmara de Direito Público).

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0057667-51.2017.8.26.0000, da Comarca de Olímpia, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO 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. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.651OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA,

Acesso ao Sumário

BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 7 de março de 2018.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Pensão por morte – Pedido inicial fundado em normas previdenciais – Competência – Autores menores de idade – Irrelevância para fins de fixação de competência – Inexistência de discussão ligada diretamente à infância e juventude – Reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 5ª Câmara de Direito Público."

VOTO

A C. Câmara Especial suscitou conflito de competência nos autos da Apelação Cível nº 1001160-85.2015.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, sendo suscitada a C. 5ª Câmara de Direito Público.

O apelo foi distribuído à 5ª Câmara de Direito Público que não conheceu do recurso e determinou sua distribuição à Câmara Especial, fls. 212/214. Redistribuídos os autos, a Câmara Especial entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Público, suscitando o presente conflito, fls. 228/235.

A Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 5ª Câmara da Seção de Direito Público competente para julgar a apelação, fls. 241/247.

É o relatório.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Câmara Especial, tendo como suscitada a 5ª Câmara de Direito Público. Argumenta a suscitante que a pretensão deduzida no caso sub judice diz respeito a ação objetivando pensão por morte, o que afastaria a competência da Câmara Especial. De outro lado, a suscitada aduz que a ação tem como fundamento dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, tema estranho à Seção de Direito Público.

J.R.B.S. e O.J., menores, representados, respectivamente, por seu genitor

Acesso ao Sumário

e por seu avô, ajuizaram ação em face do Instituto de Previdência Municipal de Severínia – IPREM Severínia – postulando a concessão de pensão em decorrência da morte de sua avó, de quem alegam dependiam economicamente. Contra a sentença de procedência parcial da ação, os autores propuseram apelação, distribuída inicialmente à 5ª Câmara de Direito Público, originando o presente conflito de competência.

De início, pertinente anotar que a competência do órgão jurisdicional em segundo grau é determinada pelos elementos que compõe o pedido inicial, nos termos do art. 103 do RITJSP: "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstância que possam modificá-lo". E ainda, segundo o art. 104, do mesmo estatuto, "a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

Por outro lado, dispõe o art. 33, IV do RITJSP, competir à Câmara Especial o julgamento "dos processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude".

No caso em análise, infere-se dos termos constantes da petição inicial que os autores ajuizaram ação postulando a concessão de pensão decorrente da morte de sua avó, servidora pública municipal. Não há discussão sobre interesses e direitos afetos a criança ou adolescente. O debate se circunscreve a benefício previdenciário.

O art. 3º, inciso I, I.1, da Resolução TJSP 623/2013, estabelece competir à 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público o julgamento das "Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958".

O pedido inicial está fundado em normas previdenciárias e não em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, art. 148, IV, do ECA, c.c. art. 33 do RITJSP, o que afasta a competência da Câmara Especial. As razões da tese dos autores têm por base conceitos de seguridade social relacionados à previdência social. O benefício reclamado é devido ao dependente do segurado que falecer, cujo fator idade é apenas um dos critérios de dependência. A discussão travada nos autos não tem vínculo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, fato que implica no reconhecimento da competência da 6ª Câmara de Direito Público para julgamento da causa presente.

Acesso ao Sumário

Portanto, fundada a petição inicial em normas de previdência social, objetivando a concessão de pensão por morte, é de rigor reconhecer a competência da 5ª Câmara de Direito Público para o julgamento da ação.

Nesse sentido:

"Conflito de Competência. Agravo de Instrumento. Obrigação de

fazer. Direito social. Benefício social. Pedido inicial fundado em normas de assistência social que regem os programas de locação social e o de obtenção de moradia própria a pessoas de baixa renda. Competência. Autora menor de idade. Irrelevância para fins de fixação de competência. Qualquer integrante da família poderia reclamar o direito a uma moradia adequada e não apenas a criança e o adolescente. Inexistência de discussão ligada diretamente à infância e juventude. Reconhecimento da competência da Seção de Direito Público para julgamento da causa presente. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0082394-45.2015.8.26.0000, relator Des. Carlos Bueno, j. 16-3-2016).

"Conflito de Competência. Demanda que versa sobre questão previdenciária de servidor público. Irrelevância, quanto à competência, do fato de o postulante ser criança ou adolescente. Julgamento que não incumbe à Câmara Especial, mas às Câmaras de Direito Público. Art. 3º da Resolução 623/2013. Conflito acolhido, reconhecida a competência da Câmara suscitada." (Conflito de Competência nº 0072679-13.2014.8.26.0000, relator Des. Arantes Theodoro, j. 3-12-2014).

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 5ª Câmara de Direito Público.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0057227-55.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FRANCISCO CASCONI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.992)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO

Acesso ao Sumário

CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 14 de março de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Conflito de competência. Previdência Privada. Ação fundada na Lei nº 4.819/58. Inteligência do artigo 3º, I.1 da Resolução nº 623/13 do Órgão Especial. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 8ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Conflito de competência suscitado pela C. 8ª Câmara de Direito Público ante r. decisão proferida pela C. 31ª Câmara de Direito Privado, que declinou a competência para conhecimento de apelação a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito e remessa a C. 8ª Câmara de Direito Público (fls. 801/808).

É o relatório.

Ação ajuizada por CRISTINA ELISABETE SANCHEZ TRINDADE em face do BANCO DO BRASIL S/A (sucessor do Banco Nossa Caixa), ECONOMUS INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO para restabelecimento do reajuste de 7,5 % na complementação de aposentadoria, previsto em acordo coletivo de trabalho.

Julgada procedente, os réus apelaram.

Distribuídos os autos à C. 31ª Câmara de Direito Privado, por decisão monocrática o Exmo. Des. Paulo Ayrosa declinou a competência a uma das Câmaras da Seção de Direito Público.

Redistribuídos à C. 8ª Câmara de Direito Público, suscitou-se dúvida de competência (fls. 783/790).

Como de sabença, *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*[1].

Isso considerado, a análise do pedido inicial revela disputa sobre a diferença de complementação de aposentadoria, decorrente de contrato de previdência privada firmado com ECONOMUS – INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL e BANCO NOSSA CAIXA (sucedido pelo Banco do Brasil), direito outorgado pela Lei Estadual 4.819/1958 que criou *o "Fundo de Assistência Social do Estado" com a finalidade de conceder aos servidores das autarquias,*

Acesso ao Sumário

1 Art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal

das sociedades anônimas em que o Estado seja detentor da maioria das ações e dos serviços industriais de propriedade e administração estadual, dentre outras vantagens, já concedidas aos demais servidores públicos, *a complementação das aposentadorias e concessão de pensões nos termos das Leis ns. 1.386, de 19 de dezembro de 1951, e 1974, de 18 de dezembro de 1952*.

Isso observado, entendo ser da Seção de Direito Público a competência para julgamento do recurso porque a questão de fundo versa sobre complementação de aposentadoria instituída pela Lei Estadual nº 4.819/1958. Nesse sentir, a competência, deveras, é de uma das C. Câmaras de Direito Público, como está no artigo 3º, I.1, da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal:

> **Art. 3º.** A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> I.1 – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, **questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958**.

Este é o posicionamento deste C. Órgão Especial para ações deste jaez:

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação fundada na Lei Estadual nº 4.819/1958 – Matéria atribuída à Subseção de Direito Público – Art. 3º, I.1. da Resolução 623/2013 deste E. Tribunal – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.*[2]
>
> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Ação fundada na Lei Estadual nº 4.819/58 – Competência atribuída à Subseção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, I.1, da Resolução TJSP nº 623/2013 – Precedentes – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 4ª Câmara de Direito Público.*[3]

E sob minha relatoria:

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação. Questão de fundo versa sobre alcance da Lei nº 4.819/58. Inteligência do artigo 3º, I.1 da Resolução 623/13. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 10ª*

Acesso ao Sumário

2 Conflito de Competência nº 0008624-82.2016.8.26.0000, Relator Desembargador NEVES AMORIM, Órgão Especial, Data do julgamento: 1º/06/2016.

3 Conflito de Competência nº 0047519-78.2017.8.26.0000, Relator Desembargador CARLOS BUENO, Órgão Especial, Data do julgamento: 29/11/2017.

Câmara de Direito Público.[4]

Ante o exposto, tenho como procedente o conflito para fixar a competência na C. 8ª Câmara de Direito Público.

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2214004-34.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MARCOS ROBERTO FERREIRA GRECCO, 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: "DENEGARAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.487)**

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, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, AMORIM CANTUÁRIA, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ADEMIR BENEDITO, EDISON BRANDÃO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Revisão geral e anual da remuneração dos Servidores Públicos – Alegação de Descumprimento dos Arts. 37, X, da CF, e 115, XI, da CE – Existência de Lei regulamentadora – Reparação por danos Materiais – Inadequação da via eleita – Via processual eleita que não serve para obtenção de reparação de danos materiais Ou morais – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

4 Conflito de Competência nº 0026172-23.2016.8.26.0000, j. 28/09/2016.

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. 27/48).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pela denegação do "writ" (fls. 57/66).

É o relatório.

Não assiste razão ao impetrante.

Segundo Hely Lopes Meireles:

"Mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Segue o mestre:

"o objeto, portanto, desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes". Mas, ainda na definição do autor, não é para defender qualquer omissão, mas "apenas para aquela que afete o exercício de direitos constitucionais fundamentais". (Mandado de Segurança, 27ª edição, pg. 259, Editora Malheiros, 2004).

Portanto, para o cabimento do mandado de injunção, é imprescindível a existência de um direito previsto na Constituição que não esteja sendo exercido por ausência de norma regulamentadora.

No caso em exame, temos que inexiste omissão legislativa, isto porque, a Lei Estadual nº 12.391/06, regulamenta a pretensão do impetrante.

Este assunto não é novo neste C. Órgão Especial.

Neste sentido, confira-se:

Mandado de Injunção. Arguição de ausência de norma regulamentadora sobre a revisão 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 palco para se questionar a efetividade da lei que já fixou data base para

Acesso ao Sumário

a revisão da remuneração dos servidores públicos deste Estado. Precedentes. Ordem denegada. (TJSP; Mandado de Injunção 2074404-95.2017.8.26.0000; Relator: Sérgio Rui; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 09/08/2017; Data de Registro: 11/08/2017).

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. (TJSP; Mandado de Injunção 2128254-98.2016.8.26.0000; Relator Arantes Theodoro; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 09/11/2016; Data de Registro: 10/11/2016).

Por fim, quanto ao pedido de indenização R$200.000,00 formulado pelo Impetrante, efetivamente, como exposto em preliminares dos Impetrados, o Mandado de Injunção não é meio procedimental próprio e substitutivo de demanda de cobrança, assim como o mandado de segurança.

Isto posto, denega-se a ordem.

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2182557-28.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é reclamante L.K.A.V. (MENOR), é reclamada 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E NÃO CONHECERAM DA RECLAMAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.048)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 21 de março de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO. ART. 988, II, DO NOVO CPC. ALEGADA INOBSERVÂNCIA À SÚMULA 102 DESTE TRIBUNAL. INOCORRÊNCIA. PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO DE JULGADO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO, QUE DEMANDARIA A ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO SOB A ÓTICA RECURSAL, O QUE COMPETE AOS TRIBUNAIS SUPERIORES E NÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DA CORTE SUPREMA. NÃO CONHECIMENTO.

VOTO

Trata-se de Reclamação ajuizada por menor, portadora de paralisia cerebral, representada por sua mãe. Alega a reclamante que ingressou com medida judicial objetivando ver a requerida, Unimed Seguros, obrigada a custear tratamentos indicados pelo médico que a acompanha, vale dizer, equoterapia, tratamento com o método *Therasuit* e tratamento de hidroterapia assistida sendo que, em sede de tutela de urgência pleiteada na origem, houve concessão de liminar para que a requerida custeasse os tratamentos prescritos à menor; a Unimed Seguros ingressou com agravo de instrumento objetivando cassar a tutela de urgência; a d. Câmara reclamada, em liminar, determinou o custeio de parte do tratamento, afastando a obrigação da agravante em relação ao tratamento com Equoterapia e hidroterapia assistida e, ao final, por maioria de votos, o recurso foi provido convolando-se a liminar em medida definitiva; instada a se posicionar em relação a Súmula 102 deste Tribunal de Justiça, a C. Câmara reclamada rejeitou os declaratórios, ao fundamento de que o verbete em questão não autoriza todo e qualquer procedimento prescrito pelo médico. Por tal razão, maneja a presente reclamação, com amparo no artigo 988, II, do C.P.C.

Processada a reclamação, prestou informações o e. Relator, Desembargador Carlos Alberto Salles (fls. 31/32).

Ingressou nos autos a Unimed Seguros S/A, litisconsorte passivo necessário, ofertando contestação com preliminar de inadmissibilidade

Acesso ao Sumário

da reclamação contra decisão transitada em julgado e, pelo mérito, pela improcedência (fls. 101/119).

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela admissibilidade da reclamação e procedência (fls. 35/47 e 57/68).

É o relatório.

Prima facie, cabe analisar a preliminar de não conhecimento da reclamação levantada pelo litisconsorte passivo, em relação à ocorrência de trânsito em julgado do v. acórdão reclamado.

Colhe-se dos autos que o v. acórdão que julgou os embargos de declaração interpostos em face da decisão ora reclamada foi julgado em 08 de agosto de 2017, com disponibilização no DJE de 24 de agosto e consequente publicação no dia seguinte, vale dizer, 25 de agosto de 2017, sexta-feira, consoante *print* dos autos no site eletrônico do Tribunal de Justiça.[1] O termo inicial do prazo recursal seria, portanto, 28 de agosto de 2017 e o termo final, 15 de setembro de 2017. Interposta a reclamação em 19 de setembro de 2017, estaria coberta a decisão pelo manto da coisa julgada, ainda que não haja nos autos certidão a respeito.

Observa-se, aliás, do citado *print* inserto no sítio eletrônico desta Corte que não constam "subprocessos ou recursos vinculados a este processo", de tal sorte a se presumir tenha a decisão transitado em julgado.

Não obstante, ausente prova do decurso do prazo recursal, que deveria ter sido trazida aos autos pela litisconsorte Unimed Seguros, a preliminar de inadmissibilidade da reclamação, neste ponto, fica afastada.

Superada esta questão, não conheço da presente reclamação.

Com efeito, a Reclamante, menor portadora de paralisia cerebral, representada por sua mãe, amparada no artigo 988 do Código de Processo Civil, em razão de alegada desobediência da Súmula 102 desta Corte ajuizou a presente Reclamação.

Afirma, para tanto, que ingressou com medida judicial objetivando ver a requerida, Unimed Seguros, obrigada a custear tratamentos indicados pelo médico que a acompanha, vale dizer, equoterapia, hidroterapia assistida e tratamento com o método *Therasuit* e que obteve, em sede de antecipação de tutela jurisdicional, decisão liminar da lavra do d. Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé, determinando que a Unimed Seguros promovesse os tratamentos médicos prescritos.

A Unimed Seguros, então, ingressou com agravo de instrumento distribuído à C. 3ª Câmara de Direito Privado que, por maioria de votos, proveu o recurso da agravante, excluindo da obrigação contratual os tratamentos de equoterapia e hidroterapia assistida, ao fundamento de que *"...não restou*

1 (endereço eletrônico constante do texto original)

esclarecido, até o momento, se os benefícios por ventura trazidos por essas terapias não seriam igualmente alcançados por intermédio das terapias cobertas e já disponibilizadas pelo plano de saúde, como fisioterapia, terapia ocupacional e fonoaudiologia." (fls.31/32).

A reclamação, consoante assevera FREDIE DIDIER JR[2]., constitui-se em uma "ação de competência originária de tribunal, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, que tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões destes tribunais".

Está prevista no art. 74, inciso X, da Constituição Estadual[3], bem como no art. 195, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"**Da Reclamação**

Art. 195. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões **ou a observância de suas súmulas**, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de assunção de competência, **será processada na forma da legislação vigente.** ***(* Artigo 195 com redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016).***

Em que pese o enunciado da Súmula nº 102 desta C. Corte, no sentido de que *"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."*, a questão há quer analisada *cum grano salis* e, nesse passo, a ausência nestes autos dos laudos médicos que prescreveram a necessidade, pela menor reclamante, das terapias suso relacionadas, impede a apreciação, pois é regra do § 2º do artigo 988 do Código de Processo Civil, que **"§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal."**.

Ainda que assim não fosse, pretende a reclamante a desconstituição do venerando acórdão de Órgão fracionário, para restabelecer o tratamento prescrito pelo médico e determinado à litisconsorte Unimed por força de decisão liminar em juízo de primeiro grau, o que significa a apreciação do tema, por este C. Órgão Especial, em sede recursal, competência que é dos Tribunais Superiores.

Neste sentido, aliás, em caso semelhante, já decidi, na oportunidade do julgamento da Reclamação nº 2182689-22.2016.8.26.0000, j. em 22/02/2017:

> "É de se observar que a reclamação não pode servir de substituto a recurso que deva ser interposto pela parte, daí porque a taxatividade de seu rol, que não permite ampliação, consoante se vê do artigo 988, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

2 "Curso de Direito Processual Civil", Salvador: Jus Podivm, 2014, Vol. 3, 12ª ed, p. 449.

3 **Artigo 74**. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: (...) **X** – a reclamação para garantia da autoridade de **suas** decisões; ...

No presente caso, a meu aviso, o instituto da reclamação está sendo usado aqui como substituto de recurso, objetivando a desconstituição de julgado de Órgão Fracionário, o que demandaria a análise da Reclamação sob a ótica recursal, o que compete aos Tribunais Superiores e não a este Tribunal.

O texto da Súmula 35 serve a orientar e não a determinar, *ipsis litteris*, que todos os processos que cuidam do mesmo tema deverão ter a mesma conclusão, o que se afigura temerário, em se cuidando o processo de um universo de fatos e fundamentos que demandam apreciação cuidadosa por parte do magistrado.

Consoante já decidiu este Colendo Órgão Especial, na oportunidade do julgamento da Reclamação nº 2092695-80.2016.8.26.0000, Relator Designado o Desembargador Beretta da Silveira:

*"Há de se realçar que a reclamação visa, em essência, a atingir dois privativos fitos: (**A**) guardar a competência de tribunal superior (NCPC, art. 988, I) ou (**B**) assegurar a autoridade em sentido lato de sua decisão (NCPC, art. 988, II a IV).*

Olvidaram-se, com a devida vênia, os Reclamantes que os órgãos fracionários desta Corte mantêm relação de independência com este Órgão Especial, de sorte que a este não cabe revisar as decisões por aqueles proferidas.

As atribuições reservadas a cada fragmento deste Colegiado são próprias e não comportam ingerência recíproca.

No fundo, o que os Reclamantes têm por mira é valer-se deste incidente para substituir recurso, o que é igualmente impossível.

Vários são os precedentes deste C. Órgão Especial na direção de impedir a subordinação dos demais organismos fracionários deste Tribunal, bem como de emprestar efeito recursal à reclamação, cabendo transcrever, dentre muitos, as seguintes ementas:

*"RECLAMAÇÃO. Insurgência contra decisão proferida pela c. Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais que não conheceu do recurso interposto pelo reclamante. Ofensa à resolução nº. 553/11 deste Colendo Órgão Especial. Via eleita inadequada. Instrumento processual guardado por estreita via de admissibilidade. Inteligência do artigo 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ausência dos pressupostos de admissibilidade. Utilização como sucedâneo recursal. Inadmissibilidade Precedentes Reclamação não conhecida." (Des. **Péricles Piza**, j. 28/01/2015).*

"I Reclamação. Instrumento que não se mostra hábil à cassação, pelo Órgão Especial, de acórdão da própria Corte que eventualmente estaria desconsiderando decisão que, sem declarar a inconstitucionalidade de determinada norma municipal, afastou a sua aplicação. Cassação de acórdão proferido pela C. Quinta Câmara de Direito Público. Órgãos fracionários deste Egrégio Tribunal, não se subordinam hierarquicamente

Acesso ao Sumário

ao Órgão Especial, para efeito de revisão de seus julgados.

II A pretensão é reformar decisão de órgão colegiado. Ausência de interesse de agir, na modalidade de adequação. A reclamação não serve de sucedâneo de recursos e ações cabíveis. III Reclamação não conhecida." (Reclamação nº 2079355-06.2015.8.26.0000. Rel. Des. ***Guerrieri Rezende****, j. 29/07/2015)."*

No mesmo sentido dos julgados colacionados nos autos acima referidos, julgado da Corte Suprema, Relatora a Ministra Rosa Weber[4]:

"A jurisprudência desta Suprema Corte se alinha ao entendimento de que não é possível conferir à reclamação a natureza de sucedâneo recursal ou de meio viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado. Tampouco constitui instrumento de uniformização jurisprudencial. Nesse sentido, confira-se: "Impende enfatizar, finalmente, considerada a estrita vocação a que se acha constitucionalmente vinculado o instrumento da reclamação (RTJ 134/1033, v.g.), que tal remédio constitucional não pode ser utilizado como um (inadmissível) atalho processual destinado a permitir, por razões de caráter meramente pragmático, a submissão imediata do litígio ao exame direto desta Suprema Corte. Torna-se evidente, pois, presentes tais considerações, a inadequação do meio processual ora utilizado. É que, como referido, a reclamação não se qualifica como sucedâneo recursal nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado, eis que tal finalidade revela-se estranha à destinação constitucional subjacente à instituição dessa medida processual, consoante adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (Rcl 4.003, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.4.2006)."[5]

Diante do exposto, não conheço da Reclamação.

4 AgRg na Reclamação 16.242/Pará, j. em 24/02/2015

5 Mais recentes: Recl. 2112200-23.2017.8.26.0000, Rel. Tristão Ribeiro, j. em 05/07/2017; Recl 2005264-71.2017.8.26.0000, Rel. Carlos Bueno, j. 03/05/2017, entre outros.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009469-35.2017.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante D.R.A.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 2 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a preliminar e negaram provimento ao apelo, mantida íntegra a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.948)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 19 de fevereiro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação – Infância e Juventude – Ato Infracional – Tráfico de entorpecentes – Recurso da defesa – Efeito suspensivo – Pedido prejudicado – Substituição da medida socioeducativa – Descabimento – Ato infracional análogo a delito equiparado a hediondo – Considerável quantidade de maconha, cocaína e crack – Drogas de maior lesividade à Saúde Pública – Situação de risco e vulnerabilidade evidenciadas pelo relatório de diagnóstico polidimensional – Necessidade da mantença da medida aplicada como forma de viabilizar o processo de ressocialização e reeducação do adolescente – Apelo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 60/61, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a representação formulada contra o adolescente **D.R.A.S.** e aplicou a medida socioeducativa em regime de semiliberdade, por tempo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformado, apela o adolescente pugnando pelo recebimento do recurso em ambos os efeitos. No mérito, persegue, tão somente, a substituição da medida socioeducativa aplicada por outra em meio aberto (fls. 71/77).

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 79).

Devidamente processado, vieram as contrarrazões oferecidas pelo Ministério Público (fls. 90/93).

Mantida a r. sentença (fls. 96), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 104/107, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Ressalto, de proêmio, que o pedido para que seja atribuído efeito suspensivo ao apelo está prejudicado, pois o julgamento está sendo agora realizado.

De qualquer forma, cabe consignar que, quanto ao tema, já deixou assente o Colendo Superior Tribunal de Justiça 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, mais uma vez o digo, de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista [...] as medidas previstas nos arts. 112 a 125 da Lei n. 8.069/1990 não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. [...] Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional"* (AgInt no HC 332.308/MG, Rel. **MIN. RIBEIRO DANTAS**, Quinta Turma, j. 05/10/2017, DJe 11/10/2017).

Assim, prejudicada a preliminar, passo à análise do mérito.

Ao que consta da representação, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), altura do nº (...), bairro (...), (...), o adolescente **D.R.A.S.** e o imputável M.F. se associaram com o fim de praticar tráfico de drogas e traziam consigo drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Acesso ao Sumário

Apurou-se que os agentes estavam parados na via pública, em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, quando foram abordados por policiais civis. Em revista pessoal, na posse do adolescente foi localizada uma bolsa preta contendo 34 (trinta e quatro) pinos de cocaína, 76 (setenta e seis) pedras de *crack* e 08 (oito) porções de maconha, bem como a quantia de R$ 28,00 (vinte e oito reais), oriunda do comércio ilícito.

Indagados, os agentes admitiram a prática da traficância, informando que o adolescente era o responsável pela venda e o imputável exercia a função de "olheiro".

As drogas apreendidas totalizaram 41,8 g (quarenta e um gramas e oito decigramas) de cocaína e 20,2 g (vinte gramas e dois decigramas) de maconha.

A confissão dos indivíduos, as circunstâncias da apreensão, a quantidade, a diversidade e a forma de acondicionamento das substâncias evidenciavam que as mesmas se destinavam ao tráfico.

Devidamente cientificado da imputação que lhe foi atribuída, o adolescente, quando ouvido informalmente, nos termos do artigo 179, da Lei nº 8.069/90, e na presença de defensor, admitiu a prática infracional, esclarecendo que estava atuando no comércio ilícito havia cerca de um mês e auferindo aproximadamente R$ 100,00 (cem reais) por dia.

Consoante a r. sentença, houve o afastamento do ato infracional autônomo de associação para o tráfico de drogas, sendo reconhecida a caracterização somente do concurso de agentes na mercancia de drogas.

Anoto, ainda, que a materialidade e a autoria do ato infracional não foram questionadas pelo apelante, uma vez que apenas almeja a fixação de medida socioeducativa em meio aberto.

E, nesse passo, convém anotar que, como é cediço, a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõe o artigo 122, I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Entrementes, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, foi o adolescente surpreendido na posse de entorpecentes variados (maconha, cocaína e *crack*) e em quantidade suficiente para atingir a um grande número de consumidores, quiçá crianças e outros adolescentes, o que torna sua conduta ainda mais concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

Também não se pode perder de vista que o adolescente ostenta

envolvimento em outro ato infracional (fls. 05/07) e, de acordo com o relatório de diagnóstico polidimensional, abandonou os estudos, por não gostar de frequentar a escola, sendo reprovado no 9º ano do ensino fundamental, em razão de excesso de faltas e notas insuficientes.

Apresentava, ainda, dificuldade em acatar as orientações da genitora, além de ter se iniciado no uso de maconha, o que, em face do cotidiano ocioso, facilitava o seu envolvimento com ações e pessoas inadequadas (fl. 51/56).

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que **D.R.A.S.** reúna condições de se recuperar se adotada medida mais branda, tal como pretendida pela combativa Defensoria Pública.

Na hipótese, aliás, seria a internação, diante das peculiaridades do ato infracional, com significativa variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos, bem como das condições pessoais do adolescente, mais adequada a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização, considerando, ainda, que, caso colocado em meio aberto ou semiliberdade, não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinho, afastar-se do meio criminoso em que se encontra inserido.

Entrementes, dado o conformismo do Ministério Público nesse aspecto, a medida aplicada em primeira instância será preservada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **prejudicada a preliminar**, **nego provimento** ao apelo, mantida íntegra a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004582-88.2017.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.M.A.C. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 2 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.883)**

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, 19 de fevereiro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ato infracional – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado pela prática da conduta infracional equiparada ao crime tipificado no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal – Pretensão de imposição de medida em meio aberto ou, em última hipótese, semiliberdade – Alegação de desacerto na sua aplicação – Inviabilidade do abrandamento, dadas as condições pessoais do adolescente, bem como a gravidade do ato infracional perpetrado – Internação mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo adolescente L.M.A.C. contra a r. sentença que julgou procedente a representação contra ele oferecida, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, aplicando-lhe, por isso, a medida socioeducativa de internação, sem prazo determinado (fls. 108/113).

O apelante visa, preliminarmente, ao recebimento do recurso no duplo efeito e, quanto ao mérito, à substituição da medida extrema por outra necessariamente em meio aberto ou, em última hipótese, semiliberdade. Alega, em síntese, o descabimento da medida de internação, à luz do artigo 227, § 3º, V, da Constituição Federal ao consagrar a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. Nada obstante, suas condições pessoais militam favoravelmente à pretendida substituição da medida socioeducativa aplicada (fls. 140/145).

Bem processado e recebido o recurso apenas no efeito suspensivo (fl. 150), foram apresentadas as contrarrazões (fls. 158/161), mantida a r. sentença combatida e, nesta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 170/172).

É o relatório.

Ab initio, anoto que não há que se falar na concessão do efeito suspensivo ao presente, não só em face de ele restar prejudicado diante do julgamento da matéria, como também, em razão do decidido no Enunciado nº 6, do Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo FOPEJISP: *'A despeito da mudança legislativa do art. 198, inc. VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, persiste o efeito meramente devolutivo dos*

Acesso ao Sumário

recursos interpostos contra sentença de procedência em processo de apuração de atos infracionais, devendo ser definido pelo magistrado na própria sentença a aplicabilidade imediata da medida socioeducativa para efeito de expedição da guia de execução, fundando a decisão nos princípios da imediatidade e da celeridade'.

Em caso análogo, decidiu o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APELAÇÃO. RECEBIMENTO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO. POSSIBILIDADE. LEI N.º 12.010/2009. REVOGAÇÃO DO INCISO VI DO ART. 198 DO ECA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. CONFIRMAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O revogado art. 198, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, previa o recebimento do recurso de apelação interposto em face das sentenças menoristas apenas no efeito devolutivo, não havendo, assim, pela dicção do referido dispositivo, óbice ao imediato cumprimento da medida aplicada, salvo quando houvesse possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, hipótese em que o apelo seria recebido também no efeito suspensivo, consoante reiteradamente afirmado por esta Corte Superior. 2. De forma a dirimir a lacuna gerada pelas alterações introduzidas pela Lei n.º 12.010/2009, malgrado a previsão normativa dos arts. 199-A e 199-B, relacionados ao instituto da adoção, outro caminho não houve senão o recurso à interpretação sistemática entre o Código de Processo Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. O comando inserto no caput do art. 198 do ECA, ao determinar sejam observadas as regras processuais civis no âmbito recursal das ações menoristas, remete ao previsto no art. 520 do CPC, que, por seu turno, determina sejam os recursos de apelação recebidos no duplo efeito, com as exceções nele especificadas, dentre as quais o recurso interposto contra a sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. 4. Há de se atentar que o art. 108, parágrafo único, do ECA, ao prever a possibilidade de ser decretada pelo Juiz, no curso da ação socioeducativa, a internação provisória do menor, com base em indícios de autoria e materialidade, e na necessidade imperiosa da medida, apresenta-se, de certa forma, como uma tutela antecipada em relação àquela que se espera prestada ao fim do procedimento de apuração do ato infracional. 5. No caso dos autos, os adolescentes foram apreendidos em flagrante pela suposta prática de ato grave e análogo ao roubo triplamente majorado que, a par das circunstâncias que particularizaram as condutas antissociais, autorizou fosse decretada a internação provisória dos menores, a qual foi mantida ao longo de toda a instrução processual, não sendo agora razoável que se pretenda a concessão do direito de recorrer em liberdade,*

Acesso ao Sumário

mediante a simples alegação de ausência do trânsito em julgado da sentença socioeducativa. 6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.' (RHC 32.100/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA).

Com relação ao mérito, não merece reparos a r. sentença hostilizada, que deu adequada solução ao litígio.

A autoria e a materialidade da infração restaram incontestes por tudo o que foi trazido aos autos, haja vista o boletim de ocorrência, o auto de exibição e apreensão, a confissão do adolescente durante oitiva informal, o reconhecimento feito pela vítima em juízo e o depoimento da testemunha, obtido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a autorizar a procedência da representação.

No que tange à medida socioeducativa aplicada, a r. sentença mostra-se de igual modo incensurável.

Além da gravidade da conduta infracional perpetrada durante a madrugada, há que se considerar, como bem lançado na r. sentença combatida, que o adolescente já foi inserido nas medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida e responde por outros três processos de apuração de ato infracional, em razão da prática de tráfico de drogas, tudo a indicar que o jovem está inserido no meio infracional (fl. 112). E de acordo com relatório da equipe técnica da Fundação Casa, o ora recorrente interrompeu os estudos, é usuário de drogas, a indicar que não conta com respaldo familiar adequado no momento (fls. 98/103).

Nesse particular, portanto, a medida eleita não se mostra excessiva, tampouco abusiva; ao contrário, revela ser a mais adequada e necessária neste momento diante das condições em que se encontra o jovem recorrente. Isto porque a internação visa proporcionar-lhe a reabilitação, a reeducação e a socialização, impondo-lhe freios e responsabilidades, de modo que beneficiá-lo com medida mais branda só o prejudicará, pois continuará ele a viver livremente, impune e sujeito às influências maléficas das más companhias a que se vê engajado.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0024354-09.2017.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante L.J.V.S. (MENOR), é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE GUARULHOS.

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 40548)**

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, 5 de março de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA. MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DEMONSTRADAS. INTERNAÇÃO. CABIMENTO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO ADOLESCENTE INFRATOR. RECURSO IMPROVIDO.

1. A prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 16, "caput", da Lei 10.826/2003 é gravíssima. Assim, seria necessário que a conjuntura dos demais fatores – objetivos e subjetivos – indicassem a adequação da aplicação de medida socioeducativa distinta da internação.

2. O adolescente completou 18 anos, de sorte que esta é sua última oportunidade de aplicação dos princípios protetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com uma medida socioeducativa adequada, visando obstar seu precoce ingresso no sistema carcerário.

3. O menor demanda rigoroso acompanhamento integral a fim de orientá-lo, fazendo-o ponderar sobre seus atos, corrigir seus comportamentos e adotar valores socialmente positivos. A internação, nesse passo, é salutar e necessária para retirá-lo do ambiente nocivo em que está inserido, afastando-o, assim, do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação (fls. 99/106) interposto em face da r. sentença (fls. 79/84), cujo relatório se adota, que acolheu representação do Ministério Público fundada em ato infracional equiparado ao crime do art. 16, "caput", da Lei 10.826/2003 – Sinarm e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação sem prazo determinado com base no disposto no art. 122, II, do ECA.

Inconformado, recorre o adolescente. Sustenta o não cabimento da internação para a hipótese em apreço. Requer, assim, o provimento do recurso para a aplicação de medida socioeducativa em meio aberto pelo prazo de seis meses.

Processado o recurso, foi recebido (fls. 107), com contrarrazões às fls. 111/115. A d. Procuradoria de Justiça requer o improvimento do recurso (fls. 128/131).

É o relatório.

2. Consta da representação que em (...), por volta das (...), na Rodovia (...), altura do km (...), em (...), o adolescente **L.J.V.S.**, com (...) anos à data dos fatos, portava arma de uso restrito e com número raspado, municiada com 6 cartuchos íntegros, sem autorização e em desacordo com autorização legal ou regulamentar (fls. 01/04).

O menor foi apreendido e, em oitiva informal, admitiu que o revólver estava em seu poder (fls. 07/10).

O adolescente possui antecedentes (fls. 50, 53/55) por ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas.

Assim, do exposto, a materialidade está devidamente comprovada pelo conjunto probatório constante dos autos, notadamente pelo boletim de ocorrência (fls. 07/10), do auto de apreensão e exibição (fls. 18/19) e do laudo pericial realizado na arma (fls. 69/70).

Acesso ao Sumário

A autoria, igualmente, restou comprovada inclusive e especialmente pela confissão do menor.

Superadas as questões envolvendo a autoria e a materialidade do ato infracional – que sequer foram questionadas pela defesa em seu recurso –, passa-se à análise da medida socioeducativa aplicável à espécie, único ponto da sentença contra o qual o recurso se insurge.

Ao reconhecer as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, a Constituição Federal trouxe ao cenário nacional a denominada doutrina jurídica da proteção integral, segundo a qual:

Todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger

> integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas, conforme a necessidade[1].

De fato, até a Constituição Federal de 1988 vigorava sistemática segundo a qual ***"o menor de idade abandonado, ou vítima de maus tratos familiar, ou privado de saúde ou educação era considerado em situação irregular"***. A partir do sistema jurídico inaugurado com a Constituição cidadã, ***"estão em situação irregular os pais ou responsáveis que não cumprem os deveres do poder familiar e o Estado, que não oferece as políticas sociais básicas"***.[2]

Diante das circunstâncias que envolvem o ingresso de um adolescente no meio infracional é que o legislador determinou que a medida socioeducativa, a ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do art. 112 do ECA, deve levar em consideração a ***"capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*** (art. 112, § 1º, do ECA).

Em outras palavras, os adolescentes devem responder por seus atos na medida de sua culpabilidade, e, ainda, considerando suas condições **pessoais** (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc) e **familiares** (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização), único modo de aferir a medida socioeducativa que melhor corresponda às suas necessidades.

Nesse sentido é o entendimento firmado no e. Superior Tribunal de Justiça:

> Para a aferição da medida socioeducativa mais adequada às finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser consideradas as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto, não sendo automática a aplicação da internação a adolescente representado pela prática de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida mais severa (art. 122, § 2º, do ECA)[3].

Na hipótese vertente, verifica-se que a prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 16, "caput", da Lei 10.826/2003 é gravíssima, cuja pena vai de 3 a 6 anos de reclusão.

Assim, seria necessário que a conjuntura dos demais fatores – objetivos e subjetivos – indicassem a adequação da aplicação de medida socioeducativa distinta da internação.

Esta situação de vulnerabilidade em que o adolescente está exposto pode ser agravada quando associada à ausência de respaldo familiar adequado,

1 SPOSATO, Karina Batista. *Direito Penal de Adolescentes*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

2 Op. cit., p. 50.

3 STJ, HC 58.933/SP, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 19/09/2006, DJ 16/10/2006.

propiciando seu crescente envolvimento com o meio infracional. Em tais situações, a internação pode ser a única medida adequada para a ressocialização (art. 122, § 2º, do ECA).

Ademais, o adolescente apresenta condições pessoais e familiares amplamente desfavoráveis. Consignou-se no relatório polidimensional (fls. 76):

> L. apresenta apoio e respaldo familiar insuficiente. A mãe necessita de orientação para desenvolver o papel de autoridade frente o adolescente, a fim de resgatá-lo de envolvimento em dano mais significativo. Neste momento apresenta crítica incipiente e voltada para os prejuízos pessoais. [...] Neste sentido a Equipe de Referência considera pela necessidade de um acompanhamento sistemático, através do qual o jovem possa se comprometer a se determinar em desenvolver os objetivos que fazem parte de um desenvolvimento produtivo, além de compreender as motivações que o levaram a desviar o curso de sua vida.

Logo, o adolescente demanda rigoroso acompanhamento integral a fim de orientá-lo, fazendo-o ponderar sobre seus atos, corrigir seus comportamentos e adotar valores socialmente positivos. A internação, nesse passo, é salutar e necessária para retirá-lo do ambiente nocivo em que está inserido, afastando-o, assim, do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido:

> Apelação – Infância e Juventude – Ato infracional análogo ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Recurso defensivo – Preliminar – Recebimento da apelação no efeito suspensivo – Pedido prejudicado – Mérito – Absolvição – Improcedência – Firme e coerente depoimento dos policiais militares que realizaram a apreensão – Validade – Confissão informal do adolescente em consonância com o restante do conjunto probatório – Responsabilização de rigor – Substituição da medida socioeducativa – Descabimento diante das peculiaridades do caso concreto – Situação de vulnerabilidade evidenciada nos autos – Reincidência em infrações graves – Internação adequada ao caso e necessária ao processo de ressocialização do adolescente – Recurso desprovido.[4]

Frisa-se, por fim, que o adolescente completou 18 anos, de sorte que esta é sua última oportunidade de aplicação dos princípios protetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com uma medida socioeducativa adequada, visando obstar seu precoce ingresso no sistema carcerário.

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

Acesso ao Sumário

4 TJSP, Ap 0015330-70.2015.8.26.0015, Câmara Especial, rel. Pres. Seção de Direito Criminal, j. 01/08/2016.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010117-79.2016.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante MUNICÍPIO DE DIADEMA, é apelada G.M.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso voluntário, para a finalidade explicitada no acórdão, e negaram provimento ao recurso oficial, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42873)**

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, 25 de março de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM CRECHE MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ARTIGO 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA MUNICIPALIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMO MEIO COERCITIVO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO PARA LIMITAR O VALOR DA MULTA IMPOSTA, E RECURSO OFICIAL DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário, nos autos de mandado de segurança impetrado por G.M.S., representada por seu genitor, contra ato do Secretário de Educação do Município de Diadema. A r. sentença de fls. 46/47, cujo relatório se adota, concedeu a segurança, confirmando a medida liminar (fls.

23/24), para que a municipalidade forneça à criança vaga em creche próxima à sua residência, em estabelecimento de ensino público ou privado, neste último caso às suas expensas, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 25,00 (vinte e cinco reais) por dia de descumprimento.

Interposto recurso de apelação pelo Município de Diadema (fls. 56/63), foi sustentada a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, do Princípio da Isonomia e a excepcionalidade da colocação da criança em creche, restrita às hipóteses de comprovação da efetiva impossibilidade de os pais dela cuidarem, privilegiando-se o convívio familiar. Ademais, requer o afastamento da multa cominatória, assim como a ordem para matrícula em escola privada.

Apresentadas contrarrazões (fls. 70/79), subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 92/96).

É o relatório.

Além do recurso de apelação interposto, há reexame necessário conforme o disposto no artigo 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

Não é o caso de dar provimento ao reexame necessário. Já o recurso da Municipalidade deve ser provido em parte.

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*

Acesso ao Sumário

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*

Acesso ao Sumário

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 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*

Acesso ao Sumário

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).

Além disso, 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.

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

Acesso ao Sumário

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 pela parte impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Assim, compete à Administração Pública a escolha da escola em que providenciará a vaga ao menor. Porém, será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros da residência.

E, caso a matrícula da criança seja efetivada em rede particular conveniada de educação infantil, por falta de vagas na rede pública, o Município arcará com o custeio de ensino em âmbito privado.

Por fim, a multa diária é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Colendo STJ (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15). No caso, o valor diário estipulado (R$ 25,00) se mostra adequado e não comporta alteração, senão limitação total, no montante de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Pelo exposto, provejo em parte o recurso voluntário tão somente para limitar a pena de multa, nos termos retro estipulados, e nego provimento ao recurso oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029208-96.2014.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.F.S., é apelado P. DE J. DA 4 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e reconheceram, de ofício, a extinção da medida socioeducativa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.190)**

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, 26 de março de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. ROUBO MAJORADO PELO

EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E TENTATIVA DE LATROCÍNIO. ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DE CAUSA EXTINTIVA DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA.

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de atos infracionais equiparados aos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, I e II, e 157 § 3º c.c. 14, II, todos do Código Penal e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. Conforme disposto na Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, "a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas".

3. A medida socioeducativa de internação não comporta prazo determinado quando de sua aplicação (art. 121, § 2º, do ECA) e tem o seu máximo (03 anos) como parâmetro para fins de prescrição, o que enseja prazo prescricional de 04 anos.

4. Lapso temporal não vencido entre os marcos temporais previstos na legislação.

5. Notícia da imposição de pena privativa de liberdade ao hoje jovem-adulto, o que enseja extinção da medida socioeducativa aqui aplicada por força do artigo 46, III, da Lei do Sinase.

6. Recurso não provido com determinação de ofício.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 190/194, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado aos delitos previstos nos arts. 157, § 2º, I e II, e 157 § 3º c.c. 14, II, todos do Código Penal e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

A d. Defesa, preliminarmente, requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo e a antecipação dos efeitos da tutela recursal. No mérito, pleiteia apenas a improcedência da representação por conta da suposta ocorrência da prescrição (fls. 204/213).

Recurso isento de preparo com contrarrazões às fls. 215/223.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 234/237 pelo

Acesso ao Sumário

improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Como é sabido, a revogação do inciso VI do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente não significa que os recursos relativos à Justiça da Infância e Juventude devam ser necessariamente recebidos no duplo efeito.

Se o magistrado, antes de proferir a sentença, poderia ter decretado a custódia provisória do jovem, não há razão para que, prolatada a sentença, o menor não inicie imediatamente o cumprimento da medida socioeducativa.

Salienta-se que a demora na aplicação da medida inviabiliza a concretização de seus efeitos ressocializadores, tais como a escolarização obrigatória e a profissionalização. Depois, a suspensão da decisão de primeiro grau fará com que o menor cumpra a medida muito tempo após o cometimento do ato infracional, o que certamente afronta o princípio da atualidade.

Nesse sentido, esclarecedor é o voto do ministro Rogerio Schietti Cruz no âmbito do julgamento do HC 301.135 pela quarta turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, DJe em 01/12/2014:

> No âmbito da principiologia da legislação estatutária, as medidas socioeducativas têm natureza eminentemente protetiva, objetivando a ressocialização do adolescente em risco, conferindo-lhe a oportunidade do acompanhamento psicológico, social e pedagógico necessários à sua adequada recuperação e desenvolvimento.
>
> A paralisação do cumprimento da medida de internação pela concessão do efeito suspensivo almejado pela Defesa implicaria despojar o agravante do azo socioeducativo, mantendo-se inalterada a situação que o levou à prática da infração; o que contraria o princípio da proteção integral, que reclama ação imediata e célere, na medida em que a intervenção estatal necessária, nesse caso, se daria tardiamente; ineficaz, portanto, na reeducação do adolescente.

O pedido voltado à antecipação da tutela, por sua vez, resta prejudicado pelo efetivo julgamento do recurso.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que, em (...), M., com 16 anos à época, em unidade de desígnios com o adolescente L.C.O., subtraiu em proveito comum e mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo contra A. A. C. uma motocicleta pertencente à vítima.

Consta ainda que, em (...), os mesmos agentes, em unidade de desígnios e mediante violência real exercida por meio de disparos de arma de fogo contra C.C.G. tentaram dele subtrair uma motocicleta e, em decorrência da violência aplicada, tentaram matá-lo.

Não há controvérsia quanto à ocorrência dos fatos tais como descritos na representação.

No que diz respeito à prescrição, razão inexiste à Defesa.

Conforme disposto na Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, ***"a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas"*** e, como sabido, tal instituto submete-se às regras dispostas nos artigos 109 e seguintes do Código Penal.

Após o trânsito em julgado para a acusação regula-se pela pena aplicada (artigo 110, § 1º, do Código Penal), servindo de base de cálculo, quando aplicado ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o prazo fixado na sentença para cumprimento da medida socioeducativa imposta.

Nos casos, porém, em que a medida não comporta prazo determinado ou que não tenha o Magistrado estabelecido período certo para o cumprimento da medida, deverá ser considerado o prazo máximo fixado pelo legislador para a internação, qual seja, 3 (três) anos, segundo interpretação sistemática da legislação de amparo ao menor.

Nesse sentido, restou decidido pela sexta turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.122.262/MG, relator Ministro Og Fernandes, em 07/12/2009, v.u.:

> 1. Sedimentou-se esta Corte a compreensão de que, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, o cálculo da prescrição deve ter em vista o limite de 3 (três) anos previsto para a duração máxima da medida de internação (art. 121, § 3º, da Lei nº 8.069/90), ou, havendo termo certo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença, reduzindo-se, ainda, pela metade, por se tratar de agente menor de 21 anos.

É diante dessa hipótese que estamos. A internação não comporta prazo determinado (art. 121, § 2º, do ECA), o que nos leva a considerar o prazo máximo para a duração da medida extrema, qual seja, três anos.

Assim, a pretensão estatal prescreveria em 8 (oito) anos, artigo 109, inciso IV, do Código Penal, que, reduzidos à metade em razão da idade do adolescente na data dos fatos, artigo 115 do mesmo diploma legal, dá ensejo a prazo prescricional que se aperfeiçoa em 4 (quatro) anos.

O referido prazo não fluiu entre a data dos fatos e o presente julgamento, o que logicamente significa que não transcorreu entre os marcos temporais previstos como interruptivos da prescrição na legislação penal.

Superada a matéria do apelo, necessário observar a ocorrência de evento que implica na extinção da medida socioeducativa. Por ser questão de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício (art. 61 do CPP, aplicado por analogia).

Em consulta aos autos da ação criminal nº 0002788-32.2017.8.26.0635 (fls. 245/253), obteve-se informação dando conta de que foi prolatada sentença de mérito que julgou a ação parcialmente procedente a fim de aplicar ao ora

Acesso ao Sumário

apelante pena privativa de liberdade em regime inicial fechado.

Já a Lei 12.594/2012 prevê:

Art. 46. A medida socioeducativa será declarada extinta:

(...)

III – pela aplicação de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado ou semiaberto, em execução provisória ou definitiva;

Dessa forma, forçoso reconhecer a extinção da medida socioeducativa de internação aplicada na origem.

3. Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso e reconhece-se, de ofício, a extinção da medida socioeducativa.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006568-61.2016.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante MUNICÍPIO DE DIADEMA, são apelados J.G.S.P. (MENOR) e L.M.S.P. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 26.721)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 2 de abril de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de segurança – Vaga em creche – Período integral – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Concretização do direito pelo fornecimento de vaga em condições de ser usufruída – Limitação à ordem cronológica de

atendimento – Impossibilidade – Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual por entidade pública ou privada conveniada – Reserva do possível afastada – Convívio familiar e acesso à educação infantil, direitos que coexistem harmonicamente – Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento – Necessidade – Direito da criança reconhecido – Disponibilização de vaga em creche próxima, assim entendida aquela que dista até dois quilômetros da residência da criança – Inexistência de vaga em unidade próxima que autoriza a matrícula em outra mais distante, com o fornecimento do transporte – Desdobramento do direito à educação – Multa cominatória – Possibilidade – Recurso voluntário e remessa necessária não providos, com observação.

VOTO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo **Município de Diadema** contra a r. sentença (fls. 41/42) que concedeu a ordem nos autos do *mandado de segurança* impetrado por **J.G.S.P.** e **L.M.S.P.**, assegurando suas matrículas em escola de educação infantil, próxima de suas residências, em estabelecimento público ou privado, neste último caso às expensas do impetrado, sob pena de multa diária no valor de R$ 50,00 (cinquenta reais).

O Município sustenta, em síntese, que trabalha incessantemente para atendimento de toda a população, mas observa que os recursos orçamentários são escassos, fazendo menção à *teoria da reserva do possível*.

Argumenta que o cumprimento da determinação não respeita a fila de espera e causa transtornos à Administração Pública, violando o princípio da isonomia.

Aduz que deve prevalecer a tese da prioridade ao convívio familiar, argumentando que não há comprovação nos autos de que a genitora trabalhe.

Salienta ser incabível a aplicação de multa diária, requerendo o seu afastamento e acrescenta que o Município não tem obrigação de matricular crianças em instituição privada, sob pena de violação ao princípio da isonomia (fls. 45/52).

A municipalidade também comprovou o cumprimento da obrigação (fls. 55/56).

Acesso ao Sumário

Não houve resposta.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (fls.72/79).

É o relatório.

Cuida-se de mandado de segurança por meio do qual se garantiu o acesso de crianças à educação infantil em unidade municipal, próxima de suas residências.

Caracteriza-se o direito à educação como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O artigo 208, IV, da Constituição Federal, determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população, qual seja, o fornecimento de meios para a educação infantil:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;"

Da mesma forma, previu o artigo 54, IV, do ECA:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

(...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por seu turno, fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)."

Acesso ao Sumário

Assim, tanto pela ótica constitucional quanto pela legal, observa-se a obrigação direta do Município em providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até 5 (cinco) anos em suas creches e pré-escolas.

As creches representam garantia dada pelo Estado ao cidadão, de maneira que não pode o Município, por meio de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional,

especialmente porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (artigo 208, § 1º, da CF).

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão de *"oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino."* (artigo 11, V, da Lei nº 9.394/1996). E isto por meio da operação de creches (artigo 30, I, da Lei nº 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se *como direito fundamental* **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337 – SP – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011 – grifei).

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas, também, pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, *"descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito à educação"* (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN – j. 05.11.2015).

E por conta do impedimento do uso da discricionariedade administrativa é que se há de fixar o **atendimento pelo período integral** na creche, sob pena de se esvaziar o fim social da norma, que é a um só tempo permitir o atendimento da criança em sua educação inicial e o exercício do direito constitucional dos pais ao trabalho.

Da mesma forma, submeter a criança à espera em uma fila, quando já buscado o atendimento do direito de índole constitucional na esfera extrajudicial, significa dela retirar o exercício do direito à educação até que a administração se adeque para tal atendimento, o que não se admite. O dever do Estado é prover a todos que necessitem do acesso à educação e não somente a aqueles que estejam em determinada posição em uma lista que só existe pelo descumprimento reiterado da Administração Pública do comando constitucional de acesso pleno ao direito à educação.

Acesso ao Sumário

Tratando-se, como dito, de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo. É que ao direito subjetivo lesado cabe, por normativa constitucional, o direito de ação a ser exercido perante o Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF).

Com isso, *"... ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional"* (STJ – REsp 575.280-SP – 1ª T. – Rel. p/ Acórdão MIN. LUIZ FUX – j. 2.9.2004).

Bem por isto, este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

> ***SÚMULA 65, TJSP:*** *Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais da criança. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras****"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 512-513 – grifei).

Neste ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, não sendo aqui suficiente a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da constituição.

Acesso ao Sumário

No dizer do MIN. CELSO DE MELLO:

*"**A CONTROVÉRSIA PERTINENTE** À 'RESERVA DO POSSÍVEL' **E A INTANGIBILIDADE** DO MÍNIMO EXISTENCIAL: **A QUESTÃO** DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. – **A destinação** de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, **faz instaurar** situações de conflito, **quer** com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer**, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, **daí resultando** contextos de antagonismo **que impõem**, ao Estado, **o encargo** de superá-los **mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros igualmente relevantes, **compelindo**, o Poder Público, **em face** dessa relação dilemática, **causada** pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, **a proceder** a verdadeiras 'escolhas trágicas', **em decisão governamental** cujo parâmetro, **fundado** na dignidade da pessoa humana, **deverá** ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, **em ordem a conferir** real efetividade às normas programáticas **positivadas** na própria Lei Fundamental. **Magistério da doutrina**. – **A cláusula** da reserva do possível – **que não pode** ser invocada, pelo Poder Público, **com o propósito** de fraudar, de frustrar e de inviabilizar **a implementação** de políticas públicas **definidas** na própria Constituição – **encontra** insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. **Doutrina. Precedentes**"* (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011)

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso de pedido de disponibilização de vaga em creche, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, *"... esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade**"* (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS – j. 3.12.2015 – grifei).

Por outro lado, descabido o pretenso condicionamento da concessão do direito à creche à comprovação de trabalho por parte dos genitores. Ao contrário, prevalece a presunção de necessidade da vaga para propiciar oportunidade de trabalho aos pais, conforme ordinariamente ocorre com as famílias brasileiras,

Acesso ao Sumário

notadamente de baixa renda.

Condicionar a concessão da vaga ao desenvolvimento de atividade laborativa pelos pais representa privar a criança do direito de desfrutar de programas educacionais e assistenciais, lembrando que o direito à vaga em creche ou pré-escola não é só de caráter educacional, mas, também, assistencial.

Invariavelmente a obtenção da vaga propicia meios aos pais para desenvolver atividade laborativa, o que reflete em melhores condições para o crescimento familiar.

Relativamente à determinação contida na r. sentença, no sentido de que na impossibilidade de manutenção da criança em creche da rede pública seja a ela dispensada vaga em unidade privada, neste último caso às expensas do impetrado, mantém-se o decidido, uma vez que o que se pretende, efetivamente, é garantir o direito da criança à educação.

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional, mantendo-se a determinação de primeiro grau para a concessão da vaga em estabelecimento de ensino municipal próximo da residência da família.

Cabe observar, contudo, que nos casos em que a municipalidade não consiga inserir as crianças em creche próxima (entendida como aquela que dista até dois quilômetros da residência da família), poderá fazê-la em outra mais distante, desde que lhes forneça transporte.

Por fim, não se acolhe a pretensão da parte recorrente pelo afastamento da imposição de multa processual como medida coercitiva para o cumprimento da obrigação.

A imposição de multa processual à Fazenda Pública como ferramenta de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer já foi declarada legal pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o entendimento consolidado: STJ – REsp 7.707.753/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – DJe. 27.2.2007; AgRg no REsp 796.255/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – DJe. 13.11.2006; REsp 831784/RS – 1ª T. – Rel.ª MIN.ª DENISE ARRUDA – DJe. 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS – 1ª T. – Rel. MIN. JOSÉ DELGADO – DJe 16.10.2006; REsp 851760/RS – 1ª T. – Rel. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI – DJe 11.09.2006.

E o seu valor não merece redução, visto que a multa foi fixada em montante inferior ao adotado por esta Câmara Especial (apenas R$ 50,00 por dia de atraso).

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo voluntário e à remessa necessária, com observação.

Acesso ao Sumário

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1024228-78.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes MUNICÍPIO DE CAMPINAS e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado L.V.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM provimento ao apelo e à remessa necessária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.806)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de março de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de insumos a criança portadora de diversas moléstias – Fraldas descartáveis e dieta enteral – Prova inequívoca da necessidade do tratamento – Direito à saúde – Norma constitucional de eficácia plena – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Prescrição médica – Planejamento público da saúde que não pode negar o direito – Reserva do possível afastada – Determinação de renovação semestral de receita médica para continuidade do atendimento – Honorários advocatícios – Possibilidade – Apelo voluntário e remessa necessária não providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pelo **Município de Campinas** em face da r. sentença (fls.114/118) que julgou procedente o pedido em *ação de obrigação de fazer* movida por **L.V.S.** (menor), condenando o

Município ao fornecimento de seis (6) fraldas diárias, tamanho *M*, e unidades de dieta enteral industrializadas adulto, padrão normocalórica e normoproteíca, isenta de sacarose, lactose e glúten, tudo na quantidade e prazos descritos pelo médico que assiste a parte autora, devendo esta apresentar, na esfera administrativa, receita médica atualizada a cada seis meses. Fixada a verba honorária devida pela municipalidade em R$700,00.

Insurge-se o Município contra os honorários, afirmando a solidariedade da prestação obrigacional existente entre os entes federativos (fls.126/129).

Houve resposta ao recurso (fls.140/145).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pela manutenção da r. sentença, abstendo-se da questão referente aos honorários advocatícios (fls.167/170).

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer pela qual se garantiu o fornecimento de fraldas descartáveis e dieta enteral ao menor portador de Encefalopatia Hipóxico-Isquêmica secundária à Traumatismo Crânio Encefálico (CID G80.9); Paralisia Cerebral Quadriplégica Espastica (CID G80); Epilepsia, Disfagia (CID R13); POT traqueostomia e gastrostomia; POT desconexão laringo-traqueal; Desnutrição proteico-calórica; Insuficiência Respiratória Crônica (CID J96.1); Sialorreia; Traqueíte de repetição; POT correção pé torto; Escoliose de alto grau com deformidade de caixa toráxica grave e úlceras de pressão sacral e escapular.

Como é cediço, pacífica a solidariedade entre os entes federados quanto à obrigação de prover a saúde (artigo 23, II, CF), garantida pela Constituição Federal como direito público subjetivo (artigos 6º e 196, CF). A tese foi confirmada de forma definitiva no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178, com a seguinte ementa:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porque responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente"* (STF – Repercussão Geral no RE 855.175-SE – Pleno – REL. MIN. LUIZ. FUX – j. 05.03.2015 – DJe 13.03.2015).

A decisão reafirma a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, uníssona na existência de solidariedade dos entes federados no dever fundamental de prestação de saúde em favor de qualquer pessoa (STF – ARE 814.878 AgR – 2ª T. – Rel. MIN. TEORI ZAVASCKI – j. 17.03.2015; ARE 894.085 AgR/SP – 1ª T. – Rel. MIN. LUÍZ ROBERTO BARROSO – j. 13.12.2015; RE 717.290

Acesso ao Sumário

AgR/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – j. 18.03.2014).

A posição adotada pelo Tribunal Constitucional não destoa do posicionamento adotado por esta C. Câmara Especial:

> *Súmula 37, TJSP: A ação para fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno.*
>
> *Súmula 66, TJSP: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estados e Município.*

Havendo solidariedade em sentido estrito, permite-se à parte indicar um, algum ou todos os responsáveis pela satisfação da obrigação pretendida (artigo 275, *caput*, do Código Civil), não havendo que se questionar a escolha ou os limites da responsabilidade do escolhido.

Por outro lado, caracteriza-se o direito à saúde como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir o necessário à prevenção de doenças e de restabelecimento da saúde de qualquer um dos entes federados.

A saúde é direito social previsto na Constituição Federal como direito social de natureza fundamental (artigo 6º, CF), com eficácia plena em face do Estado por força do artigo 196, da Constituição Federal (*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*). O próprio Supremo Tribunal Federal já declarou que *"o fornecimento de tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado"* (RE 717.290-AgR/RS – Rel. MIN. LUIZ FUX).

O dever é reforçado quando se trata de direito à saúde de crianças e adolescentes, constituindo *"dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetividade dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária"* (artigo 4º, ECA).

No mais, a norma especial assegura a crianças e adolescentes o atendimento integral na área da saúde, por meio do *SUS*, incluindo o fornecimento de medicamentos e insumos.

Nesse sentido, dispõe o artigo 11, do ECA:

> *"Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.*

Acesso ao Sumário

(...)

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas"

O Estado tem o dever de garantir a todos o acesso aos meios de proteção e recuperação da saúde, direito público subjetivo que não pode ser excepcionado com a aplicação da teoria da reserva do possível.

O fato de a Constituição Federal determinar a realização de políticas públicas para a tutela da saúde não retira a eficácia do direito à saúde ou sua exigibilidade imediata frente à necessidade concreta.

Também não se alberga a alegação de que a determinação judicial para fornecimento de medicamentos e insumos necessários caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes, porquanto o ato judicial que concretiza o direito subjetivo à saúde não se confunde com as escolhas do administrador que tenham caráter coletivo e tendente à realização de normas programáticas, vinculadas a políticas públicas reservadas ao Poder Executivo.

A concretização do direito individual não observado pela Administração Publica faz parte da competência natural do Poder Judiciário, ante a apresentação, para conhecimento, do caso concreto (artigo 5º, XXXV, CF).

O C. Supremo Tribunal Federal já se posicionou, de forma reiterada, pela inexistência de interferência inconstitucional do Poder Judiciário nas decisões do Poder Executivo, pois *"o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde"* (STF – ARE 894.6085-AgR/SP – 1ª T. – Rel. MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO – j. 15.12.2015).

Na mesma direção:

"Suspensão de liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF – SL 47-AgR – Pleno – Rel. MIN. GILMAR MENDES – DJe 30.4.2010).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adota medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 3. Agravo regimental não provido" (STF – AI-AgR 809.018/SC – 1ª T. – Rel. MIN. DIAS TOFFOLI – DJe 10.10.2012).

Outro não é o entendimento desta Corte:

SÚMULA 65, TJSP: *Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da saúde, não se pode admitir que tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender às necessidades individuais de pessoas doentes. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras"* (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 512-513).

No caso, incontroversa a hipossuficiência do menor, a necessidade das fraldas descartáveis está comprovada pelos relatórios médicos e prescrições constantes nas fls.22/30.

Assim, deve ser reconhecida a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional.

De outro lado, acertada a determinação de apresentação de relatório médico atualizado a cada 6 (seis) meses no local da retirada do insumo, provando a necessidade de continuação do atendimento. Fica claro que a interrupção do fornecimento demandará provocação prévia do executado em juízo.

Forçoso é reconhecer o cabimento de condenação ao pagamento de

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios à Defensoria Pública.

Em voto proferido no RE nº 1108013/RJ, classificado como recurso repetitivo, a Ministra ELIANA CALMON afastou, em caso semelhante ao dos autos, a incidência da Súmula 421 do STJ, dispondo que a *contrario sensu*, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município.

No caso dos autos, o Município de Campinas foi demandado pela Defensoria Pública, e, em face da sucumbência experimentada, deve arcar com a verba referente aos honorários de advogado.

O direito à verba honorária é previsto pela Lei Complementar nº 80/94, nos seguintes termos:

> *"Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:*
> *XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (grifei).*

Portanto, levando-se em conta os parâmetros estabelecidos pelo artigo 85, § 2º e § 8º, do CPC/15 e considerando se tratar de causa notoriamente repetitiva, tem-se que os honorários são devidos e o seu valor é razoável e encontra respaldo na jurisprudência desta C. Câmara Especial.

A tese alusiva à solidariedade não exonera de responsabilidade o município, cabendo lembrar que a parte pode demandar apenas um dos devedores solidários, conforme ocorre no caso vertente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo e à remessa necessária.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1025268-21.2016.8.26.0053, da Comarca de Marília, em que são apelantes E. DE S. P. e J. E. O., é apelado M.N.A. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.983)**

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, 9 de abril de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Sentença que concedeu a segurança para garantir que a criança, filha de funcionária pública estadual, permaneça incluída no programa denominado 'Centro de Convivência Infantil – CCI' e matriculada no 'Colégio Realize' até que complete 7 (sete) anos de idade ou conclua o 2º ano do Ensino Fundamental – Apelo da Fazenda Pública visando à reforma da r. sentença – Descabimento – Educação infantil – Direito assegurado pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais – Conflito de normas superado de acordo com a hierarquização preconizada por Kelsen – Resolução normativa que não tem o condão de inviabilizar garantia prevista em Decreto Estadual – Prevalência do melhor interesse da criança – Apelo e remessa necessária não providos.

VOTO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado contra a respeitável sentença de fls. 191/195, que nos autos de mandado de segurança impetrado por G.C.N., em favor de seu filho M.N.A. (DN (...)), contra ato praticado por Secretário da Fazenda Pública do Estado e Coordenador Geral da Administração da Secretaria da Fazenda Pública do Estado, concedeu a segurança, para garantir que a referida criança permaneça incluída no convênio denominado "Centro de Convivência Infantil – CCI" e matriculada no "Colégio Realize", até que complete 7 (sete) anos de idade ou conclua o 2º ano do Ensino Fundamental, em razão da amplitude do Decreto Estadual nº 33.174/91 que garante prevalência de convênios para filhos de funcionários públicos desta unidade da federação com o referido limite de idade.

Apelo da Fazenda Pública, visando à reforma da r. sentença, calcado, em síntese, nas seguintes assertivas: a) em que pese a abrangência do disposto no Decreto nº 33.174/1991, a Resolução SF nº 79/2013 limitou o atendimento dos filhos ou dependentes de servidores fazendários no "Programa de Centros

Acesso ao Sumário

de Convivência Infantil – CCI" até 4 (quatro) anos incompletos; b) a redução do limite etário para permanência no "CCI", de 7 para 4 anos incompletos, foi levada a efeito em atenção à alteração havida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, Lei nº 9.394/96 e Lei nº 12.769/13 e c) de acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Bem processado o recurso e recebido, foram apresentadas contrarrazões (fls. 215/220), houve manifestação do Ministério Público (fls. 224/225), mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fl. 226) e, nesta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do apelo, solução extensiva à remessa necessária (fls. 237/239).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Segundo consta dos autos, o presente mandado de criança foi impetrado por G.C.N. em favor de seu filho M.N.A. (DN (...)), atualmente com 5 (cinco) anos de idade, com vistas a garantir sua permanência no programa denominado *"Centro de Convivência Infantil – CCI"*, instituído pelo Decreto Estadual nº 33.174/91, criado com o objetivo de prestar serviços de acolhimento e atendimento aos filhos de dependentes do servidor público estadual, durante o tempo de permanência no trabalho.

Em decorrência, porém, da Resolução SF nº 79/2013, houve alteração dos critérios de admissão dos infantes no Programa *"CCI"*, em comento, reduzindo sua faixa etária, estabelecendo em seu artigo 1º, *in verbis*, que *"os critérios que deverão ser observados pelas unidades fazendárias, sedes da capital e regional para cumprimento do Programa de Centros de Convivência Infantil – CCI, que tem por objetivo proporcionar a prestação de serviços necessários ao acolhimento e atendimento dos filhos ou dependentes sob guarda ou tutela legal de Servidor Responsável, com idade compreendida entre 5 (cinco) meses até 4 (quatro) anos incompletos, durante o tempo de permanência no trabalho do Servidor Fazendário em efetivo exercício de seu cargo/função-atividade"*.

Acesso ao Sumário

Como bem lançado na r. sentença combatida, a discussão travada nos autos não diz respeito ao direito que a criança "M.N.A." tem à educação, previsto nos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal e nos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais impõem ao Estado (gênero) o dever de assegurar seu efetivo exercício.

O que se discute, na verdade, é a garantia da criança, consistente na possibilidade de ser beneficiada, na qualidade de filho(a) ou dependente de funcionária pública estadual, com sua permanência no *"Programa de Centros de Convivência Infantil – CCI"* até que complete 7 anos de idade, nos exatos termos do Decreto Estadual nº 33.174/91.

E nesse particular, com razão o juízo *a quo*, no sentido de que *"não seria dado a uma das Secretarias de Estado, por meio de Resolução, limitar tais direitos, ainda que a pretexto de adequação à Lei de Diretrizes e Bases"*, de maneira que *"procede na íntegra a alegação contida na inicial, no que diz respeito à ilegalidade da Resolução SF – 79/2013, que de fato não poderia afrontar o Decreto Estadual nº 33.174/91, que assegura a inclusão de crianças até sete anos em Programas conveniados, denominados Centro de Convivência Infantil"* (fls. 193 e 194).

Inadmissível, portanto, que a Resolução SF nº 79/2013 tenha o condão de revogar ou modificar o Decreto Estadual nº 33.174/91, que se trata de norma hierarquicamente superior àquela, isso tudo em consonância, também, com a prevalência do melhor interesse da criança, que é dar continuidade aos estudos no referido *"Centro de Convivência Infantil – CCI"*.

Nesse ponto, de igual modo, vale destacar manifestação do Ministério Público:

"Segundo o princípio da hierarquia das leis, sabe-se que o decreto é capaz de aumentar o alcance da lei, mas não pode restringi-lo. Do mesmo modo, a resolução, que é ato administrativo hierarquicamente inferior ao decreto, não pode restringir seu alcance.

Assim, quando o Decreto Estadual nº 33.174/91 amplia a Lei de Diretrizes Básicas de Educação, tem-se um ato válido. Todavia, quando uma Resolução restringe o alcance de um Decreto, o ato é inválido, pois não possui competência para tanto" (fl. 113).

Da lição de Kelsen a respeito da hierarquização das normas, portanto, na incompatibilidade entre as normas (decreto estadual e resolução, no caso em comento), a celeuma há que ser superada, mantendo-se a garantia prevista no Decreto Estadual 33.174/91, em respeito, aliás, ao melhor interesse da criança.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao apelo e à remessa necessária.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0042390-92.2017.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE CARAGUATATUBA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o presente conflito, designando-se a competência do juízo suscitado (4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santana) para apreciar a demanda. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41502)**

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, 19 de fevereiro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE ALVARÁ PARA LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL. DEMANDA DISTRIBUÍDA JUNTO AO FORO ONDE TRAMITOU A AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA E DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO ONDE ESTÁ LOCALIZADA A CASA DE REPOUSO EM QUE A INTERDITADA ESTÁ INTERNADA. IMPOSSIBILIDADE. DOMICÍLIO NECESSÁRIO DO RESPONSÁVEL LEGAL. MUDANÇA DE DOMICÍLIO QUE SE DÁ APENAS COM A MANIFESTA INTENÇÃO DE MUDAR. EXEGESE DOS ARTIGOS 74 E 76 DO CÓDIGO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO, DA 4ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba em face da decisão declinatória proferida pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santana, nos autos da ação de alvará para levantamento de depósito judicial, ajuizada por C.M.R., ora curador de M.M.R. Argumenta ser incompetente para atuar no presente feito, pois este versa sobre interesse de pessoa interditada, por força da sentença proferida pelo Juízo Suscitado, nos autos do processo nº 0113172-39.2008.8.26.0001, sendo

assim, o domicílio necessário, onde a ação deve ser proposta, é aquele em que o incapaz resida com ânimo definitivo, ainda que esteja em outra localidade temporariamente. Assim, aduz que, segundo o artigo 76 do Código Civil e o artigo 50, do Código de Processo Civil, a ação deve tramitar no Juízo de origem, uma vez que o domicílio do representante legal da interditada é Avenida (...), (...), (...), São Paulo/SP. No entanto, o MM. Juízo suscitado declinou de sua competência informando que a interditada está internada na casa de repouso "(...)", situada na cidade de Caraguatatuba e, por este motivo, determinou a redistribuição da ação para aquela Comarca.

O MM. Juízo suscitado (4ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Santana) foi designado para apreciar e resolver as medidas urgentes.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela declaração da competência do MM. Juízo Suscitado.

É o relatório.

O conflito de competência está configurado, pois ambos os Juízos declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do novo Código de Processo Civil.

O pedido de alvará para levantamento de depósito judicial foi distribuído por dependência ao juízo suscitado (4ª Vara da Família e Sucessões de Santana), que determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas da Família e Sucessões da Comarca de Caraguatatuba.

Ao receber os autos, o MM. Juízo da 2ª Vara Cível de Caraguatatuba suscitou o presente conflito.

Assiste razão ao juiz suscitante.

Com efeito, tratando-se de interesse de pessoa interditada, consoante a regra prevista no artigo 76, *caput* e parágrafo único do Código Civil, o incapaz possui domicílio necessário, qual seja, o do seu representante ou assistente.

In casu, a senhora M.M.R. é pessoa interditada por força de sentença proferida nos autos de nº (...), que tramitou perante a 4ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Santana e, por este motivo, o seu curador requereu que o alvará para levantamento de depósito judicial fosse distribuído por dependência ao processo de interdição (fl.7).

Entretanto, o MM. Juiz da 4ª Vara de Família e Sucessões declinou de sua competência, pois a interditada encontra-se internada em uma casa de repouso na cidade de Caraguatatuba, determinando a redistribuição do feito para esta Comarca.

Porém, a internação em clínica de repouso, mesmo que sem previsão de alta, não implica na alteração de domicílio do internado. Esta alteração, segundo o artigo 74 do Código Civil, somente ocorrerá se a pessoa mudar de residência

Acesso ao Sumário

com a intenção manifesta de o fazer, o que não aconteceu no caso presente.

Além disso, o curador da interditada tem como domicílio a Avenida Emílio Carlos, 1600, Vila Santa Maria, São Paulo/SP (fls.10), nos limites territoriais do Foro Regional de Santana.

A propósito, confira-se decisão deste Egrégio Tribunal de Justiça:

INTERDIÇÃO. INCAPAZ. COMPETÊNCIA. DOMICÍLIO NECESSÁRIO. CURATELA PROVISÓRIA. 1. O incapaz, de acordo com a cogente disposição do art. 76 do CC tem domicílio necessário, que é o domicílio do seu representante legal, do qual é dependente. Nem é correto dizer que o incapaz, porque não domina a vontade, escolheu outro domicílio ou que o mudou para a clínica na qual está internado. A internação em clínica de repouso, ainda que sem previsão de alta, não implica na alteração do domicílio do internado. A alteração do domicílio só ocorre quando a pessoa muda a residência, com a intenção manifesta de o mudar (art. 74 do Código Civil). No caso, a família continua a residir nos limites territoriais do Foro Regional do Ipiranga, Comarca da Capital, e os atos da vida civil do interditando continuarão a ser praticados no mesmo domicílio, por sua representante legal, circunstância que não autoriza reconhecer a intenção de mudar de domicílio. 2. O interditando é idoso, sofre de "Mal de Alzheimer", e consoante constou do atestado médico não tem condições de gerir os atos da vida civil, necessitando, pois, de um curador provisório, até a decisão final do processo. A agravante é filha do autor e foi nomeada inventariante nos autos do inventário de sua mãe (esposa do interditando), situação que autoriza a sua nomeação como curadora provisória. Recurso provido para deferir a curatela provisória a favor da agravante e determinar o regular prosseguimento da demanda na mesma Vara em que o processo foi distribuído. (TJSP; Agravo de Instrumento 0247047-69.2012.8.26.0000; Relator: Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional X – Ipiranga – 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 12/03/2013; Data de Registro: 19/03/2013)

Outrossim, o pedido de alvará judicial possui relação de acessoriedade com o processo de interdição, em que se declarou a incapacidade da proprietária dos valores que se pretende levantar, necessitando, para isto, de autorização judicial.

Neste passo, evidencia-se a competência do MM. Juízo suscitado.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o presente conflito, designando-se a competência do juiz suscitado (4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Santana) para apreciar a demanda.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0055952-71.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE MOGI GUAÇU.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do MM. Juízo suscitado (1ª Vara Cível de Mogi Guaçu). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.122)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 19 de fevereiro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Direito civil. Obrigações. Espécies de Títulos de Crédito. Duplicata. Ação declaratória de inexigibilidade de débito. Condenação ao pagamento de indenização por danos morais e morais. Sustação de protesto. Impossibilidade de declinação de ofício para o foro do local de pagamento. Artigo 17 da Lei nº 5.474/68 (Lei das Duplicatas). Competência territorial, relativa. Súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça. Conflito Procedente.

Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado (1ª Vara Cível de Mogi Guaçu)

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo MM. Juízo da 11ª Vara Cível da Capital contra o MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Mogi Guaçu, nos autos de **ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de tutela antecipada, sustação de protesto e perdas e danos e depósitos** ajuizada por Serra Morena Com. Importação e Exportação LTDA. contra Editora Gráfica Marreco LTDA., sob o fundamento de que o MM. Juízo

suscitado não poderia ter declinado de ofício hipótese de competência relativa, alegando que o foro competente para o processamento do feito seria o local de pagamento.

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de competência está configurado, uma vez que ambos os Magistrados se consideraram incompetentes para conhecer, processar e julgar o pedido (artigo 66, inciso II do Código de Processo Civil), sendo, assim, procedente o conflito.

Assiste razão ao MM. Juízo suscitante.

A demanda foi distribuída inicialmente para a 1ª Vara Cível de Mogi Guaçu, endereço da requerida, que determinou a redistribuição dos autos à Comarca de São Paulo, considerando que o foro competente para apreciação do pedido é o foro do local do pagamento.

No caso em tela, a norma do artigo 17 da Lei nº 5.474/68, que trata das duplicatas, estabelece competência por critério territorial, portanto, de natureza relativa.

Logo, tratando-se de competência relativa, o MM. Juízo suscitado não poderia ter declinado ***ex officio***, nos termos do verbete nº 33 da Súmula do Colendo **Superior Tribunal de Justiça**, ***in verbis***: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*.

A propósito, cita-se o seguinte precedente desta Colenda **Câmara Especial**:

> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de inexistência de dívida c/c indenização por danos morais. Autora que ajuizou a demanda no foro da sede de uma das rés. Conflito suscitado pelo Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Central em face do Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia. Declinação da competência, de ofício, fundada na tese de que a demanda deveria ter sido ajuizada na praça de pagamento do título, isto é, no local em que foi protestado. Descabimento. Competência relativa não declinável de ofício. Súmula 33 do STJ. Ação fundada na alegação de lastro para o saque de duplicata sem aceite. Não prevalência do art. 17 da Lei 5747/68. Feito que deve ter curso perante o foro da sede de uma das corrés, como originalmente ajuizado. Art. 100, IV, 'a', CPC. Conflito julgado procedente para declarar a competência do d. Juízo suscitado.* (CC nº 0.082.334-09.2014, j. de 25.05.2015, Rel. Des. **WALTER BARONE**).

Conclui-se, portanto, que a presente demanda versa sobre **ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de tutela antecipada, sustação de protesto e perdas e danos e depósitos**, portanto, **competência territorial e relativa**, cabendo ao autor a escolha da distribuição

do feito.

3. Procedente o conflito, declaro competente o MM. Juízo suscitado (1ª Vara Cível de Mogi Guaçu).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0050321-49.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 31ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 31ª Vara Cível Central da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.597)**

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, 5 de março de 2018.

RICARDO DIP, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.

– Ação ordinária – Competência funcional absoluta – Possibilidade de declinação de ofício.

– Propositura da ação no foro correlato à agência na qual foi contraída a obrigação posta em litígio – Adequação – Inteligência da alínea *b* do inc. III do art. 53 do Cód. Proc. Civ., c.c. § 1º do art. 75 do Cód. Civ.

Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Versam os autos conflito negativo de competência suscitado pelo M. Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara em face do M. Juízo da 31ª

Vara Cível Central, nos autos de uma ação ordinária ajuizada por Educacional – Projetos Pedagógicos e Corporativos Turismo e Eventos Ltda. contra o Banco Itaú S.A.

Desfiou-se o conflito com o fundamento de que, atinente a uma relação de consumo, o M. Juízo suscitado não poderia declinar *ex officio* da competência, e encaminhar o feito para o foro de domicílio do requerido, tendo em vista a expressa opção da consumidora pelo seu próprio domicílio.

É o relatório.

VOTO:

2. O conflito negativo de competência está configurado, a teor do inciso II do art. 66 do novo Código de Processo Civil.

3. A demanda foi distribuída livremente ao magistrado suscitado que determinou a remessa dos autos ao Foro Regional Jabaquara por entender que a competência é determinada pelo endereço do requerido.

4. Na hipótese dos autos, tratando-se de competência entre foros regionais da Capital, a regra é funcional, de natureza absoluta, há inequívoca possibilidade de declinação de ofício pelo magistrado.

Ocorre, no entanto, que, a despeito do argumento da existência de relação de consumo, na espécie, a distribuição originária do feito se ateve ao foro correlato ao endereço onde se acha a agência na qual foi contraída a obrigação posta em litígio (e-págs. 24-6vº), de modo a observar disposição expressa na alínea *b* do inc. III do art. 53 do novo Cód. Proc. Civ., combinado com o § 1º do art. 75 do Código Civil.

5. É certo que a ideia de "foro" a que alude a legislação identifica-se, no quadrante da Justiça Estadual, à noção de "comarca", de tal modo que poderia ser dito que o versado dispositivo legal estaria somente a autorizar a propositura da ação perante a Comarca de São Paulo – Capital, cumprindo, em degrau sequencial do processo de concretização da competência, perquirir do juízo competente a partir da visualização das normas estaduais de organização judiciária.

6. Sem embargo, é diretriz pacificada no âmbito desta eg. Câmara Especial que, bem ponderadas as peculiaridades e o gigantismo da Comarca da Capital, as normas processuais de fixação de competência de foro devem igualmente se projetar para o interior da Comarca, a integrar ou, quando menos, prestarem-se a referencial interpretativo das normas de organização judiciária.

7. Conclui-se, desse modo, que o endereçamento da demanda ao Foro Central respeitou norma de competência aplicável ao caso.

DO EXPOSTO, assina-se a competência do M. Juízo suscitado, qual seja, o da digna 31ª Vara Cível Central da Capital.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0052842-64.2017.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE MAUÁ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do MM. Juízo suscitado (Vara do Juizado Especial Criminal de Mauá). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.295)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 19 de março de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. ***Desacato. Apuração de crime de menor potencial ofensivo. Remessa dos autos ao MM. Juízo da Vara Criminal Comum em face do pedido de instauração de incidente de insanidade mental. Descabimento. Diligência de menor complexidade. Inteligência dos artigos 61 e 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95.***

Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de Mauá contra o MM. Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal da mesma Comarca, nos autos de ação penal de desacato ocorrido no dia 28 de julho de 2015, no interior da farmácia da UBS – Jardim Zaíra II, praticado por Aparecido Caetano Rorato, que teria desferido ofensas e ameaças contra as funcionárias Maria Aparecida Alves dos Santos e Carmem Lucia da

Acesso ao Sumário

Silva Biason.

Designou-se o juízo suscitado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 49).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito a fim de se declarar a competência do MM. Juízo suscitado (fls. 53/55).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de jurisdição está configurado. Ambos os Magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal).

Assiste razão ao MM. Juízo suscitante.

Consta dos autos que o autor foi denunciado pela prática do crime de desacato perante o juízo suscitado. Em audiência de instrução, debates e julgamento, manifestou-se o defensor do réu, em face do depoimento das vítimas e o atestado médico (fls. 8), pela instauração de incidente de insanidade mental do acusado. Em decisão, o juízo suscitado, determinou a remessa dos autos a uma das Varas Criminais da Comarca, sob o fundamento que o Juizado Especial Criminal não admite caso de incidente de insanidade mental e provas periciais.

Encaminhado os autos ao MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de Mauá suscitou-se o presente conflito negativo de jurisdição.

A necessidade de instauração de incidente de insanidade mental **não** é circunstância que torna a causa complexa. Vislumbra-se, apenas, diligência rotineira realizada nas ações penais e não oferece maiores dificuldades quanto à sua execução ou interpretação, **afastando-se**, assim, o requisito previsto no dispositivo do § 2º do art. 77, da Lei n. 9.099/95.

Nesse sentido, pronunciou-se a **C. Câmara Especial**:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração de contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Instauração de incidente de sanidade mental. Diligência de menor complexidade. Competência absoluta do Juizado Especial. Aplicação dos arts. 61 e 77, § 2º da Lei nº 9.099/95. Designado o MM. Juízo suscitado como competente para julgar o feito. Conflito procedente".* (CJ nº 0.025.169-96.2017.8.26.0000 – j. de 02.10.17 – Rel. Des. **LIDIA CONCEIÇÃO**).

Assim, no caso em tela, não há contenda de que a ação penal *sub judice* apura a prática de crime de menor potencial ofensivo, em tese, delito de desacato, cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, portanto, trata-se de **competência absoluta** do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei n. 9.099/95, com a redação dada pela Lei n. 11.131/2006).

3. Competente o MM. Juízo suscitado (Vara do Juizado Especial Criminal de Mauá).

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2243808-47.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente D.S.C. (MENOR) e impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 39.650)**

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, 19 de fevereiro de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06 – ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ARTIGO 49, II, DA LEI 12.594/12 – PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA RESTRITIVA DE LIBERDADE POR MEDIDA EM MEIO ABERTO – NÃO CABIMENTO.

1. *Writ* impetrado contra decisão que manteve a medida socioeducativa de internação aplicada ao paciente.

2. Inocorrência da ilegalidade apontada.

3. A interpretação literal do artigo 49, II, da Lei 12.594/12 leva a crer que o menor submetido à medida drástica por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça deve ser colocado em liberdade diante da ausência de unidade de internação na comarca em que reside.

4. O dispositivo, entretanto, não pode ser levado em conta de forma isolada, sob pena de violação aos princípios da: a) proteção integral, pois o jovem em

Acesso ao Sumário

conflito com a lei não teria a chance de receber todas as intervenções necessárias para a sua ressocialização; e b) igualdade, uma vez que somente o adolescente que reside em cidade onde não há unidade de internação poderia beneficiar-se da medida.

5. O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva de que está ele plenamente readaptado, ressaltando-se que, no caso de cumprimento de medida em local distante de sua comarca de origem, nos moldes da portaria normativa 285/2016, da Fundação Casa, será concedida verba aos familiares para a visitação do menor.

6. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por Samuel Friedman, Defensor Público, em favor do adolescente D.S.C., contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz Airtom Marquezini Junior, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que manteve o cumprimento da medida socioeducativa de internação, aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, em unidade da Fundação Casa em local diverso de sua residência.

Sustenta que, por inexistir vaga para a internação do menor na comarca de sua residência, nos termos do artigo 49, II, da Lei 12.594/12, encontra-se assegurado ao paciente o direito de ser inserido em programa de meio aberto.

Requer a concessão liminar da ordem para imediata colocação do paciente em liberdade assistida em sua cidade de residência, e, ao final, a concessão definitiva, substituindo-se a internação por medida em meio aberto (fls. 01/07).

Indeferida a liminar (fls. 52/53), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento da ordem ou por sua denegação (fls. 57/59).

É o relatório.

2. Segundo consta, o paciente foi representado pela prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, recebendo ao final da instrução, a medida socioeducativa de internação (fls. 33).

A prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 revela a necessidade da firme atuação estatal a fim de afastar o adolescente do meio delituoso, garantindo sua segurança pessoal e resguardando-se a manutenção da ordem pública.

Acesso ao Sumário

Além disso, a sentença fundamentou-se não só na gravidade da infração, como também na periculosidade social do jovem, que precisava ser urgentemente retirado do meio deletério em que estava inserido.

Dessa forma, não deve prosperar a pretensão da substituição da medida de internação por outra em meio aberto invocando-se as disposições do artigo 49, II, da Lei 12.594/12.

A interpretação literal do dispositivo leva a crer que o menor submetido à medida drástica por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça deve ser colocado em liberdade diante da ausência de unidade de internação na comarca em que reside.

O dispositivo, entretanto, não pode ser levado em conta de forma isolada sob pena de violação aos princípios da: a) proteção integral, pois o jovem em conflito com a lei não teria a chance de receber todas as intervenções necessárias para a sua ressocialização; e b) igualdade, uma vez que somente o adolescente que reside em cidade onde não há unidade de internação poderia beneficiar-se da medida.

O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais condizentes com a vida honesta.

Depois, a Fundação CASA, por intermédio da portaria normativa 285/2016, de 11.2.2016, regulamenta a concessão de verba para transporte de familiares para realização de visitas aos menores. De acordo com o artigo 1º:

> ***"Fica autorizada a concessão de verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento (transporte) de familiares de adolescentes, dos programas de Internação Provisória, Semiliberdade e Internação da Fundação CASA-SP, para visitas e participação em eventos/ entrevista/ elaboração do PIA e outros acontecimentos voltados ao desenvolvimento da medida socioeducativa nos Centros de Atendimento."***

Tal previsão impede a quebra do vínculo afetivo familiar de adolescentes que cumprem medidas fora da comarca de origem.

3. Do exposto, **denega-se a ordem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2002963-20.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente J.T.N.B.

Acesso ao Sumário

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 26.269)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de fevereiro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de homicídio tentado – Medida socioeducativa de internação – Relatório Fundação CASA favorável – Pedido de extinção da medida indeferido – Determinação de submissão do adolescente a avaliação pela equipe técnica do Juízo – Ausência de ilegalidade – Decisão fundamentada – Magistrado que não está adstrito à conclusão de relatórios emitidos pela unidade de internação ou qualquer outro órgão auxiliar da justiça – Aplicabilidade do princípio do livre convencimento – Inteligência da Súmula nº 84, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Ausência de violação do artigo 35, § 2º, da Lei nº 12.594/12 (Lei do SINASE) – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

A Defensora Pública Tatiane Bottan impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **J.T.N.B.**, por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude – DEIJ, da comarca de São Paulo.

Sustenta, em síntese, que o paciente foi representado pela prática de ato infracional, em razão de fatos ocorridos em (...), ou seja, há quase 01 (um) ano, sendo imposta medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, em r. sentença proferida em 27/03/2017.

Afirma, ainda, que a equipe técnica multidisciplinar da *Fundação CASA* apresentou relatório conclusivo sugerindo a extinção da medida. Contudo, acolhendo parecer ministerial, a D. Autoridade apontada como coatora determinou que o paciente fosse submetido à avaliação pela equipe técnica do

Acesso ao Sumário

Juízo, já agendada para o dia 05 de fevereiro próximo.

Alega, no entanto, que a r. decisão carece de fundamentação, porquanto calcada na gravidade abstrata do ato infracional e nos antecedentes do adolescente.

Assegura, ademais, que o relatório aponta que o paciente demonstrou comprometimento no alcance das metas constantes no Plano Individual de Atendimento, com comportamento positivo em todas as áreas abrangidas.

Afiança que o educando está privado de sua liberdade há tempo suficiente para que se reconheça por satisfatória a reprimenda, especialmente diante de seu comportamento positivo e da postura reflexiva e disposta ao envolvimento e ao aprendizado com os técnicos da entidade de atendimento e com os demais internos.

Assevera que o artigo 122, § 2º, do ECA, prevê que a medida de internação não deve ser mantida se houver outra medida adequada, bem como que o SINASE é expresso ao consignar que a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si sós, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave (artigo 42, § 2º).

Garante, também, a medida socioeducativa de internação é permeada por princípios próprios de brevidade e excepcionalidade, nos termos do artigo 121, do ECA, os quais conflitam, no caso concreto, com a manutenção da própria medida.

Requer, assim e em caráter liminar, a liberação do paciente e, no mérito, a extinção da medida socioeducativa de internação ou, subsidiariamente, a sua substituição por liberdade assistida.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 164/168).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 172/176, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Foi imposta ao paciente, em 27 de março de 2017, a medida socioeducativa de *internação*, sem prazo determinado, pela prática de ato infracional equiparado ao crime de homicídio, na modalidade tentada, previsto no artigo 121 c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, figurando como vítima policial militar (fls. 33/36).

Pretende a impetrante, por meio deste remédio heroico, a extinção da medida socioeducativa de internação.

Razão, porém, não lhe assiste.

Acesso ao Sumário

Embora o relatório conclusivo de avaliação da medida, elaborado pela equipe multidisciplinar da *Fundação CASA*, tenha sido favorável à extinção da medida de internação (fls. 129/135), não se pode perder de vista que o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional análogo ao crime de homicídio tentado, porquanto, ao ser surpreendido, ao que tudo indica, subtraindo uma motocicleta, efetuou disparos contra agentes públicos, atingindo a viatura policial (fls. 12/14), o que não pode ser desconsiderado pelo magistrado responsável pelo acompanhamento da medida, razão pela qual se recomenda maior cautela na extinção respectiva.

O MM. Juiz *a quo*, analisando concretamente o caso e suas peculiaridades, manteve a internação do paciente com fundamento tanto na gravidade do ato infracional quanto nas condições pessoais dele, determinando sua submissão à avaliação pela equipe técnica do Juízo (fls. 149/150).

Cumpre consignar que o magistrado não está adstrito à conclusão dos relatórios elaborados pela equipe técnica da *Fundação CASA* ou de qualquer outro órgão auxiliar da justiça, diante do princípio do livre convencimento.

Assim, o relatório favorável à extinção da medida socioeducativa, elaborado pela equipe técnica da unidade de internação, por si só, não é suficiente ao deferimento do benefício, sendo perfeitamente possível ao Juízo afastá-lo, desde que o faça de forma fundamentada, considerando as circunstâncias dos fatos, o que ocorreu no presente caso.

Importante destacar, ainda, que a atividade desenvolvida no processo de execução é jurisdicional e, portanto, cabe ao Poder Judiciário proferir decisão final sobre os incidentes ocorridos, como a extinção, manutenção ou substituição de uma medida socioeducativa.

Impende rememorar, nesse passo, o disposto na Súmula 84, deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

Inadmissível, assim, a imediata extinção da medida socioeducativa, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2204782-42.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente V.S.P.

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 45.495)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 19 de março de 2018.

ADEMIR BENEDITO, Vice-Presidente e Relator

Ementa: *Habeas corpus* – atos infracionais equiparados aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e 333, *caput*, do Código Penal – decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão em razão do descumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida – jovem com paradeiro desconhecido – intervenção determinada para que o jovem seja ouvido em audiência – ausência de ilegalidade – paciente que deverá ser ouvido pelo juiz no dia da apreensão ou, no máximo, no primeiro dia útil subsequente – extinção da medida – impossibilidade – ordem denegada, com observação.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Fernanda Balera Penteado, Defensora Pública, em favor do adolescente V.S.P., contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz Maurício José Caliguere, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que, indeferindo o pedido de extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida, aplicada em razão da prática dos atos infracionais equiparados aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e 333, *caput*, do Código Penal, determinou a busca e apreensão do paciente a fim de que, em audiência, justifique o descumprimento da medida.

Sustenta a ilegalidade da decisão, ante a ausência de fundamentação idônea a justificar a manutenção da medida. Alega que o adolescente não voltou a delinquir e que as medidas socioeducativas são regidas pelo princípio da brevidade, do imediatismo e da contemporaneidade.

Acesso ao Sumário

Requer seja liminarmente concedida a ordem, e, ao final, a cassação da decisão impugnada, extinguindo-se a medida socioeducativa (01/05).

Indeferida a liminar (fls. 180/181), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 186/189).

É o relatório.

Segundo consta, o menor foi representado pela prática dos atos infracionais equiparados aos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e 333, *caput*, do Código Penal, recebendo, ao final, a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 21/26).

Após, em decisão datada de 1º de agosto de 2016, a medida de internação foi substituída por liberdade assistida, pelo prazo necessário à ressocialização (fls. 121).

Não se verifica ilegalidade manifesta na decisão que indeferiu o pedido de extinção da liberdade assistida e determinou a busca e apreensão do jovem a fim de que, em audiência, justifique o descumprimento da medida socioeducativa que lhe foi aplicada (fls. 177).

A Constituição Federal, no artigo 5º, 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 legislador ordinário estabeleceu como garantia processual ao menor infrator o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, IV, do ECA). A reforçar a observância aos artigos acima mencionados, determinou como requisito para a decretação da internação-sanção a realização de prévia audiência, conforme disposto no § 4º do artigo 43 da Lei 12.594/12.

Os relatórios de fls. 141/142, 150/151, 154/156, 165/166 e 168/170 apontam que o menor descumpre deliberadamente a liberdade assistida, não comparecendo à unidade para o seu cumprimento, razão pela qual o MM. Juiz determinou a sua busca e apreensão para que fosse ouvido em audiência.

No presente caso, o paradeiro do paciente é desconhecido, uma vez que se mudou, provisoriamente, para outro Estado, deixando de informar tal fato à equipe técnica responsável pelo acompanhamento do cumprimento da medida de liberdade assistida (fls. 168/170).

Não havia, portanto, alternativa que não fosse a expedição do mandado de busca e apreensão para que o jovem esclareça, em audiência, os motivos do descumprimento da medida socioeducativa.

Frise-se que não houve decretação de internação-sanção do paciente. Ao contrário, com o cumprimento da diligência terá ele oportunidade de esclarecer as razões que o levaram a interromper o cumprimento da liberdade assistida.

Finalmente, assinala-se que também não é caso de se decretar a extinção da medida, que ainda é atual, e não existem nos autos elementos que indiquem a ressocialização do paciente.

Já o fato do menor ter atingido a maioridade, por si só, também não garante a extinção automática da medida socioeducativa, uma vez que o ato infracional foi praticado quando ainda era menor de idade.

Além disso, como previsto no artigo 118, § 2º, do ECA, a medida socioeducativa de liberdade assistida pode ser prorrogada a qualquer tempo.

Para se decretar a extinção da medida, necessária a demonstração de que a sua finalidade foi alcançada e que o jovem já adquiriu aptidão psicológica, adequação temperamental e algum senso de responsabilidade, o que ainda não ocorreu no presente caso.

É o descumprimento que enseja a prorrogação da medida, não podendo o jovem ser beneficiado por sua desídia.

Dessa forma, a decisão não evidencia as ilegalidades apontadas, pois respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Apenas uma observação há de ser feita: na hipótese de apreensão, o paciente deverá ser ouvido pelo juiz no mesmo dia ou, no máximo, no primeiro dia útil subsequente à data da apreensão.

Do exposto, denega-se a ordem, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2004891-06.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente T.A.P.A. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.642)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de abril de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA.

Ato infracional equiparado a furto qualificado (art. 155, § 4º do CP). Decisão determinou a avaliação pela equipe técnica judicial como subsídio para apreciação de pedido de progressão da medida de internação. Relatório técnico não vincula o Magistrado. Inteligência da Súmula nº 84 deste Eg. Tribunal de Justiça. Atendimento ao princípio da proteção integral. Inexistência de ilegalidade.

Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de ***habeas corpus*** da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor do adolescente T.A.P.A., contra decisão que, objetivando melhores subsídios para se efetivar juízo seguro sobre **progressão** da medida socioeducativa de internação, determinou a realização de **avaliação psicossocial pela equipe técnica do Juízo** (fls. 116/117).

Alegou, em resumo, a existência de relatório conclusivo da Fundação Casa comprovando que a medida socioeducativa atingiu sua finalidade e o paciente está apto à convivência social. Argumentou, quanto ao mais, tratar-se de decisão ***extra petita***, uma vez que o Ministério Público e a Defensoria pleitearam pela progressão da medida em curso. Daí a liminar para suspender a internação. No mérito, pugna pela cassação da decisão e a substituição da medida por liberdade assistida (fls. 01/10).

Indeferiu-se a liminar (fls. 124/125). A MM. Juíza prestou informações (fls. 130/131). Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 134/135).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. A ordem deve ser denegada.

Não há ilegalidade ou abuso de poder na decisão que manteve a medida extrema, divergindo do relatório técnico apresentado pela equipe técnica da Fundação Casa.

A Magistrada não está vinculada a qualquer laudo, podendo discordar, fundamentadamente, do seu resultado, como ocorreu na espécie.

Prevalece o princípio do livre convencimento motivado, consoante pacificada orientação jurisprudencial e doutrinária (art. 93, IX da CF).

Este, inclusive, o teor da **Súmula nº 84** deste **Eg. Tribunal de Justiça**:

"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa,

não está vinculado aos laudos da equipe técnica".

Apesar da conclusão positiva da equipe técnica incumbida da execução da medida, a MM. Juíza ***a quo***, de acordo com o seu livre convencimento, entendeu necessário o parecer da equipe técnica do Juízo, como subsídio para melhor apreciação do pedido de progressão da medida socioeducativa.

Ao determinar a avaliação psicossocial a Magistrada usou de cautela, com o intuito de obter melhores elementos de convicção para decidir sobre a substituição a atual medida, buscando, desse modo, a proteção integral do paciente e a finalidade de ressocialização, mormente porque se trata de adolescente reincidente (fls. 30/31), o que recomenda cautela na progressão.

Desse modo, não há qualquer vício capaz de macular a decisão coatora.

3. Denego a ordem.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1010671-57.2017.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente J.E.O., são recorridos I.V.T. (MENOR) e MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

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. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42396)**

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, 10 de março de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. 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 CRIANÇA. DIREITO

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ARTIGO 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA MUNICIPALIDADE. ASTREINTES. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMO MEIO COERCITIVO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de reexame necessário, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por I.V.T., representada por sua mãe, contra o Município de São Paulo. A r. sentença de fls. 48/55, cujo relatório se adota, julgou procedente a demanda, confirmando a tutela de urgência, para determinar que o Município providencie a matrícula da autora na instituição de educação infantil em que cadastrada, ou, na impossibilidade, em outra localizada próxima a sua residência, cuja distância não ultrapasse dois quilômetros, sob pena de multa diária de R$ 50,00 (cinquenta reais).

Não houve recurso voluntário.

Remetidos os autos a este Tribunal, a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 65/68).

É o relatório.

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.

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*

Acesso ao Sumário

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',*

Acesso ao Sumário

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 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*

Acesso ao Sumário

DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. In casu, *não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas. 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da vexata quaestio pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado. 4. Agravo Regimental não provido"* (AgRg no REsp 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.

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*

Acesso ao Sumário

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.

Além disso, 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 pela parte (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da creche, será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

E, caso a matrícula da criança seja efetivada em rede particular conveniada de educação infantil, por falta de vagas na rede pública, o Município arcará com o custeio de ensino em âmbito privado.

De resto, a multa diária é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Colendo STJ (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15). O valor arbitrado é adequado e atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pelo exposto, **nego provimento** ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1011124-64.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e M.A.M.F. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 25.926)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR

MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 21 de março de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Vaga em creche – Direito à educação – Natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Limitação à ordem cronológica de atendimento – Impossibilidade – Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual por entidade pública ou privada conveniada – Disponibilização de vaga em creche próxima, assim entendida aquela que dista até dois quilômetros da residência da infante – Inexistência de vaga em unidade próxima que autoriza a matrícula em outra mais distante, com o fornecimento do transporte – Reserva do possível afastada – Multa cominatória – Possibilidade – Remessa necessária não provida, com observação.

VOTO

Trata-se de remessa necessária da r. sentença (fls. 43/50) que julgou procedente o pedido em *ação de obrigação de fazer* proposta por **M.A.M.F.** (menor), determinando que o **Município de São Paulo** matricule o impetrante em creche da rede de ensino municipal próxima de sua residência, sob pena de multa diária de R$ 100,00 até o limite de R$ 10.000,00 por ano. Fixou condenação sucumbencial de 10% sobre o valor dado a causa (R$ 10.000,00).

Não houve interposição de recurso pelas partes (fls. 59).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (fls. 63/66).

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer pela qual se garantiu acesso de criança a educação infantil em creche da rede municipal, localizada próxima de

sua residência.

Caracteriza-se o direito à educação como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O artigo 208, IV, da Constituição Federal, determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população, qual seja, o fornecimento de meios para a educação infantil:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;"

Da mesma forma, previu o artigo 54, IV, do ECA:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

(...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por seu turno, fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)."

Assim, tanto pela ótica constitucional quanto pela legal, observa-se a obrigação direta do Município em providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até 5 (cinco) anos em suas creches e pré-escolas.

As creches representam garantia dada pelo Estado ao cidadão, de maneira que não pode o Município, por meio de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional, especialmente porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (artigo 208, § 1º, da CF).

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão *de "oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com*

recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino." (artigo 11, V, da Lei nº 9.394/1996). E isto por meio da operação de creches (artigo 30, I, da Lei nº 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se como *direito fundamental* **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337-SP – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011 – grifei).

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas, também, pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, *"descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionalibilidade do direito à educação"* (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN – j. 05.11.2015).

Da mesma forma, submeter a criança à espera em uma fila, quando já buscado o atendimento do direito de índole constitucional na esfera extrajudicial, significa dela retirar o exercício do direito à educação até que a administração se adeque para tal atendimento, o que não se admite. O dever do Estado é prover a todos que necessitem do acesso à educação e não somente a aqueles que estejam em determinada posição em uma lista que só existe pelo descumprimento reiterado da Administração Pública do comando constitucional de acesso pleno ao direito à educação.

Tratando-se, como dito, de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo. É que ao direito subjetivo lesado cabe, por normativa constitucional, o direito de ação a ser exercido perante o Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF).

Com isso, *"... ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional"* (STJ – REsp 575.280-SP – 1ª T. – Rel. p/ Acórdão MIN. LUIZ FUX – j. 2.9.2004).

Acesso ao Sumário

Bem por isto, este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

> ***Súmula 65, TJSP:*** *Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais da criança. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras****"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 512-513 – grifei).

Neste ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, não sendo aqui suficiente a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da constituição.

No dizer do MIN. CELSO DE MELLO:

> *"****A CONTROVÉRSIA PERTINENTE*** *À 'RESERVA DO POSSÍVEL'* ***E A INTANGIBILIDADE*** *DO MÍNIMO EXISTENCIAL:* ***A QUESTÃO*** *DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. –* ***A destinação*** *de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos,* ***faz instaurar*** *situações de conflito,* ***quer*** *com a execução de políticas públicas* ***definidas*** *no texto constitucional,* ***quer****, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República,* ***daí resultando*** *contextos de antagonismo* ***que impõem****, ao Estado,* ***o encargo*** *de superá-los* ***mediante*** *opções por determinados valores,* ***em detrimento*** *de outros igualmente relevantes,* ***compelindo****, o Poder Público,* ***em face*** *dessa relação dilemática,* ***causada*** *pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária,* ***a proceder*** *a verdadeiras 'escolhas trágicas',* ***em decisão governamental*** *cujo parâmetro,* ***fundado*** *na dignidade*

Acesso ao Sumário

*da pessoa humana, **deverá** ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, **em ordem a conferir** real efetividade às normas programáticas **positivadas** na própria Lei Fundamental. **Magistério da doutrina**. – **A cláusula** da reserva do possível – **que não pode** ser invocada, pelo Poder Público, **com o propósito** de fraudar, de frustrar e de inviabilizar **a implementação** de políticas públicas **definidas** na própria Constituição – **encontra** insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. **Doutrina. Precedentes**"* (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011)

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso de pedido de disponibilização de vaga em creche, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, *"... esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. **Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade**"* (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS – j. 3.12.2015 – grifei).

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional, mantendo-se a determinação de primeiro grau para a concessão da vaga em estabelecimento de ensino municipal próximo à residência da família, assim entendido como aquele que dista em até 02 (dois) quilômetros.

Cabe observar, contudo, que, nos casos em que a municipalidade não consiga inserir a criança em creche próxima (entendida como aquela que dista até dois quilômetros da residência da família), poderá fazê-lo em outra mais distante, desde que lhe forneça transporte.

Por fim, a imposição de multa processual à Fazenda Pública, como ferramenta de coerção para o cumprimento de obrigação de fazer, já foi declarada legal pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo o entendimento consolidado: STJ – REsp 7.707.753/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – DJe. 27.2.2007; AgRg no REsp 796.255/RS – 1ª T. – Rel. MIN. LUIZ FUX – DJe. 13.11.2006; REsp 831784/RS – 1ª T. – Rel.ª Min.ª DENISE ARRUDA – DJe. 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS – 1ª T. – Rel. MIN. JOSÉ DELGADO – DJe 16.10.2006; REsp 851760/RS – 1ª T. – Rel. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI – DJe

Acesso ao Sumário

11.09.2006.

O valor arbitrado (R$100,00 por dia de atraso limitado a R$ 10.000,00 por ano) não comporta alteração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à remessa necessária, com observação.

Acesso ao Sumário

CÂMARAS ESPECIAIS DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1009461-92.2015.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante(s) Dinorah Sembenelli e agravado(s) Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro.

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 38.162)**

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 CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 20 de fevereiro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão que determina o sobrestamento do recurso especial que versa matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos – Hipótese que se amolda ao Tema n. 905 STJ – Conveniência da suspensão de todos os recursos especiais.

Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Dinorah Sembenelli e Outros (fls. 320/321), contra a decisão desta Presidência que determinou o sobrestamento do recurso especial conforme disposto no artigo 1.035, parágrafo 5º, e no artigo 1.037, inciso II do Código de Processo Civil, até pronunciamento definitivo das Cortes Superiores.

Alegam as agravantes, em síntese, que, o recurso especial interposto, apesar de realmente corresponder ao discutido no Tema nº 905 do STJ, não

Acesso ao Sumário

preenche os requisitos necessários para sua admissibilidade, devendo ser inadmitido, porque no julgamento do ARE – AgR-QO 663.637, a análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário deve ser prévia a sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos, razão pela qual, não há de prevalecer a decisão agravada.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1030, parágrafo 2º, 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 ao art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> *A questão em debate nestes autos insere-se no Tema nº 905/STJ: "aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração de capital e compensação da mora".*
>
> *Cumpre assinalar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 16.745/DF e Reclamação 16.940/SP – Ministro Teori Zavascki) e o Superior Tribunal de Justiça (Agravo em Recurso Especial nº 59.063 – Ministro Ari Pargendler) já vinham sobrestando recursos em que debatida a aplicação do entendimento consolidado nos REsps 1.205.946/SP e 1.270.439/PR para que se aguardasse a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357/DF e 4.425/DF.*
>
> *Reportando-se aos sucessivos sobrestamentos, o Ministro Mauro Campbell Marques declarou a necessidade de novo pronunciamento da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no regime estabelecido pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil revogado, e determinou a suspensão dos recursos especiais que tratem dessa controvérsia.*
>
> *Cumpre consignar que, apesar da modulação acima mencionada já ter ocorrido aos 25.03.2015 pela Suprema Corte, ainda não houve pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Desse modo, com supedâneo no inciso II do art. 1037 do Código de Processo civil, delibero suspender o Recurso Especial."*

Ab initio, consigne-se, por oportuno, que, a bem da segurança jurídica e da isonomia, um dos pontos medulares do novo Código de Processo Civil, é a imposição do sobrestamento dos recursos excepcionais sobre o exame de admissibilidade, sempre que verse a controvérsia no caráter repetitivo e que ainda não tenha sido decidida pelo STF ou STJ (art. 1.030, inciso V, alínea "a"

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil).

A única aparente cedência a esse regime – isso é intuitivo – apresenta-se na situação de intempestividade, pois, nesse caso, há preclusão da própria via recursal, indutora ao trânsito em julgado. Desse modo, apenas para a hipótese de intempestividade o estatuto reserva procedimento peculiar que supera o sobrestamento (art. 1.036, § 2º do CPC).

Diante de tal quadro, tratando-se de recurso tempestivo, de rigor a preservação da decisão agravada no presente feito.

Ademais, o Tema nº 905, cuja aplicação foi determinada pelo Superior Tribunal de Justiça no AGRAVO no REsp 267.274/SP J. 0/04/2013, apesar da modulação mencionada no despacho de sobrestamento, já ter ocorrido aos 25.03.2015 pela Suprema Corte, o fato é que, ainda não houve pronunciamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como a questão ***sub exame*** amolda-se, perfeitamente, a esse tema, com o permissivo do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, bem como com o permissivo do artigo 1.037, inciso II, do mesmo ***Codex***, o caso é mesmo de sobrestamento do recurso especial até o pronunciamento definitivo do Col. Superior Tribunal de Justiça.

Assim, diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos 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 art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0060705-42.2015.8.26.0000/50003, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ERICO NILSON PEDROSO QUINTANA.

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 25904)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS

Acesso ao Sumário

(PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 23 de fevereiro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo interno. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão proferida às fls. 740, pela Presidência da Seção de Direito Criminal, que julgou prejudicado o recurso extraordinário com fulcro no artigo 1030, inciso I, alínea "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339), em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 766/775).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 776).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o

Acesso ao Sumário

recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) (...) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, nos termos da legislação mencionada e estando os vv. acórdãos recorridos de acordo com o entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fl. 740, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

Com efeito, verifica-se que a Defesa consignou às fls. 714, 715 e 719 que:

[...] ***não existe qualquer fundamentação específica, ligada à argumentação trazida pela peça inicial e ao objeto da ação, mas sim uma negativa genérica de indeferimento da revisão.*** *Entende a defesa, assim, haver OMISSÃO na fundamentação do v. acórdão.*

[...]

O v. acórdão tão somente REPETE A R. SENTENÇA monocrática, não trazendo UM ÚNICO fundamento para negar a revisão que não o próprio decisum revisado! Qual seja não enfrenta a tese revisional sem motivação, o que atenta contra o dispositivo constitucional invocado – art. 93, IX, da CF/88.

[...]

Salta aos olhos que a postura de tão somente reproduzir a decisão revisada, sem qualquer argumento, se repete nos dois v. acórdãos – revisão criminal e embargos de declaração – e constitui evidente falta de fundamentação.

Assim, sendo a falta de fundamentação patente, verifica-se não só OMISSÃO, como NEGATIVA DE VIGÊNCIA ao disposto no ***art. 93, IX, CF/88****. Mister, portanto, o ajuizamento do presente recurso para reconhecimento da nulidade que macula o v. acórdão.*

Já os acórdãos, às fls. 625/638 e 656/666, ao tratarem da matéria em exame, registraram que:

[...] A r. sentença condenatória é a tradução da prova produzida, e tanto ela quanto o v. acórdão estão alicerçados em elementos probatórios

Acesso ao Sumário

presentes nos autos, que deram ao julgador a certeza necessária de ter o Peticionário praticado a conduta a ele imputada, e não qualquer outra.

Os argumentos utilizados para embasar a condenação decorrem das provas colhidas nos autos, cuja interpretação pelo julgador se deu de forma contrária a pretensão do Peticionário, fato que não enseja o erro judiciário, motivador da revisão criminal, pois perfeitamente aceitáveis.

Portanto, conjunto probatório consistente, a condenação, como imposta, é mesmo de rigor, nada justificando a modificação da capitulação do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, do Código Penal), para concussão (art. 316, do Código Penal) por quaisquer dos fundamentos apresentados.

Tratando-se de pretensão de desconstituição de sentença penal condenatória transitada em julgado, ela é admissível quando manifestamente contrária à evidência dos autos, ou ao texto expresso da lei penal, sendo caso de error in judicando. A desconstituição somente deve ocorrer se a sentença for arbitrária porque dissociada integralmente do conjunto probatório, ou da lei, representando uma distorção da função judicante.

Tendo sido dada, no mínimo, uma interpretação razoável ao conjunto probatório e à lei, quando rechaçadas as teses defensivas, não é lícito desconstituir a r. sentença, tudo justificando seja mantida como mostra de efetiva aplicação de Justiça.

[...] As provas foram regularmente apreciadas, e a lei aplicada, e o pedido vem despido de suporte fático ou jurídico a lhe dar consistência, não ensejando se conclua que a decisão é contrária à evidência dos autos ou a texto expresso da lei penal.

O ônus da prova agora é do Peticionário, e ele prova alguma produziu no sentido do desacerto do julgado. Visa a Revisão Criminal reparar erro judiciário o que não é o caso.

Tais decisões estão em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, no sentido de que o acórdão ou decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0027337-82.2012.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravadas Angela Borges de Oliveira Martinelli 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 38.371)**

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 CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 1º de março de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisões monocráticas que negaram 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.

Acesso ao Sumário

– Reestruturação de carreira – Questão não aventada nas instâncias ordinárias e em recurso excepcional – Preclusão consumativa – Não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno interposto 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 de ambas as decisões.

VOTO

Trata-se de agravo interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão desta Presidência que negou seguimento aos recursos extraordinário e especial, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, pela identidade das matérias decididas no acórdão, em conformidade com o *leading case* RE n. 561.836/RN e orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. n. 1.101.726/SP.

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, questão que deixou de ser apreciada no v. acórdão.

É o relatório.

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 deste eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Registre-se, as decisões agravadas proferidas em cumprimento ao art. 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, são 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 restruturação remuneratória.

Assim, 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 ao recurso extraordinário interposto."

"No que concerne à prescrição, bem como à conversão dos vencimentos em URV, considerando o julgamento definitivo do mérito do REsp nº 1.101.726/SP e, em cumprimento ao disposto no art. 543-C, § 7º, I, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nega-se seguimento ao Recurso Especial."

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: "U R V", 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

Acesso ao Sumário

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 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. Dessa forma, não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno interposto contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o a ocorrência 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:

> *"III. Na forma da jurisprudência desta Corte, 'é vedado, em sede de 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).*

No mesmo sentido:

> ARE 726.343/MG, Rel. (a) Min. (a) **CÁRMEN LÚCIA**, DJe 06.02.2013.

Cumpre destacar, ainda, segundo o entendimento dos nobres julgadores quando do julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN, que o princípio da irredutibilidade estipendial recomenda que eventual percentual decorrente da incorreta aplicação da conversão em URV prevista na Lei 8.880/94, será apurado no momento da liquidação de sentença, junto ao juízo de primeiro grau.

Ademais, a verificação da alegada ocorrência de reestruturação da referida carreira para fins de estabelecimento do limite temporal da incorporação do percentual relativo à perda salarial, está afetada ao Tema nº 913 (RE 968.574 – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO) do col. Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já se pronunciou definitivamente do sentido de reconhecer a ausência de repercussão geral por entender que demandaria análise de legislação infraconstitucional.

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 repetitivos, 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, 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,***

Acesso ao Sumário

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.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0007385-27.2012.8.26.0568/50001, da Comarca de São João da Boa Vista, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravada Adriana Maria Cruz Ferreira do Carmo.

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, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.496)**

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 CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 5 de março de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVOS INTERNOS – Decisões monocráticas que negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial – URV – Reestruturação – Remuneratória – Lei. Matérias idênticas aos *leading cases* julgados pelo STF e ao rito dos recursos

repetitivos com julgamento definitivo de mérito pelo STJ.

– A questão 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 matéria idêntica à examinada no RE 561.836/RN.

– A reestruturação remuneratória da carreira de servidores públicos para efeito de aplicação da orientação firmada no Tema nº 5 – URV do STF, é questão idêntica à examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE 968.574/MT, sem repercussão geral.

– 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.

Agravos internos desprovidos.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 211/218 e 230/235) contra decisões desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alíneas "a" e "b", c.c. § 8º do art. 1.035, do CPC-15, negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial.

Alega a agravante, em síntese, quanto ao recurso especial, que é necessária uma adequação ao REsp 1.047.686 por parte da Turma Julgadora. Quanto ao recurso extraordinário aduziu que, o Estado de São Paulo, ao contrário do Rio Grande do Norte, não editou lei com o escopo de disciplinar a conversão do padrão remuneratório dos servidores de Cruzeiros Reais para URV, razão pela qual não podem prosperar as decisões agravadas.

É o relatório.

Recebem-se os recursos como agravos internos, na forma do artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b" do Código de Processo Civil, proferiram-se as decisões agravadas, de seguinte teor, ***verbis***:

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento

Acesso ao Sumário

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. No mais, quanto à discussão acerca da reestruturação de carreira, deve observar-se que, por decisão exarada nos autos de ARE nº 968.574/MT, Tema nº 913, julgamento em 26.08.2016, publicado no DJe 12.09.2016, o eg. Supremo Tribunal Federal deliberou ***não avistar*** *a existência de repercussão geral no debate quanto à existência ou não de reestruturação remuneratória na carreira de servidores, para fins de delimitação temporal das diferenças decorrentes de perda salarial oriunda de imprópria conversão do cruzeiro em unidade real de valor (URV).”*

“No que concerne à prescrição, bem como à conversão dos vencimentos em URV, considerando o julgamento definitivo do mérito do REsp nº 1.101.726/SP e, em cumprimento ao disposto na alínea ‘b’ do inc. I do art. 1.030, do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao recurso no pertinente a esta questão.”

A matéria tratada no recurso extraordinário – 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 questão examinada pela Suprema Corte no *leading case* RE n. 561.836/RN, Tema n. 5: “URV”, oportunidade em que, reconhecida a repercussão geral da matéria, fixou-se a seguinte tese:

“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

Acesso ao Sumário

conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal oco 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 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."

Cumpre destacar, ainda, segundo o entendimento dos nobres julgadores quando do julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN, que o princípio da irredutibilidade estipendial recomenda que eventual percentual decorrente da incorreta aplicação da conversão em URV prevista na Lei 8.880/94, seja apurado no momento da liquidação de sentença, junto ao juízo de primeiro grau.

Ademais, a verificação da alegada ocorrência de reestruturação da referida carreira para fins de estabelecimento do limite temporal da incorporação do percentual relativo à perda salarial, está afetada ao Tema nº 913 (RE 968.574), bem como a questão relativa ao Tema nº 660 (RE nº 748.371) do Col. Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já se pronunciou definitivamente do sentido de reconhecer a ausência de repercussão geral por entender que demandaria análise de legislação infraconstitucional.

Tema nº 913: "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ÍNDICE RELATIVO À PERDA SALARIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DO CRUZEIRO REAL EM UNIDADE REAL DE VALOR (URV). TERMO FINAL DA INCORPORAÇÃO. REESTRUTURAÇÃO REMUNERATÓRIA DA CARREIRA. VERIFICAÇÃO. MATÉRIA

Acesso ao Sumário

INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Possui natureza infraconstitucional a controvérsia relativa à ocorrência ou não de reestruturação remuneratória da carreira de servidor público, para fins de estabelecimento do termo final da incorporação do percentual relativo à perda salarial decorrente da conversão do Cruzeiro Real em URV."

Noutra espiral, não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com a 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 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

Acesso ao Sumário

TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 24/03/2008.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento aos agravos internos.

Por final, no que atina à insurgência contida no agravo de fls. 222/226, alusiva à negativa de seguimento quanto às questões suscitadas nos recursos excepcionais por déficit de requisitos de admissibilidade, para além dos lindes deste agravo interno, preservada a decisão de fls. 205/206 (cf. art. 1.042, § 2º do CPC), subam os autos ao Eg. Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0001144-33.2014.8.26.0288/50000, da Comarca de Ituverava, em que é agravante RENATO GALERA VIEIRA.

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 26.241)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 5 de março de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo interno. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. Recurso com repercussão geral reconhecida e

Acesso ao Sumário

julgamento definitivo do mérito. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão (fls. 328) proferida por esta Presidência da Seção de Direito Criminal, que julgou prejudicado o recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE (Tema 339), em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 349/350).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 351).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, regulamentada pelos Assentos Regimentais nºs 397/2011 e 553/2016, ambos do Colendo Órgão Especial deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

> *Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*
>
> *I – negar seguimento:*
>
> *a) (...) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;*

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada e estando o v. acórdão recorrido de acordo com o entendimento ali firmado, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fl. 328, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso

Acesso ao Sumário

comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

Com efeito, verifico que a Defesa consignou às fls. 305/306 que:

[...]

Não aplicação do artigo 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/06, pois é primário, portador de bons antecedentes, não integra organização criminosa e não se dedica a atividade criminosa, o que contraria a Constituição Federal, art. 93, IX, da Constituição Federal, vez que há vício de fundamentação na decisão atacada.

[...]

Como se vê, os fundamentos utilizados são inidôneos para denegar a aplicação da referida benesse ao recorrente, máxime o fato do celular apreendido conter mensagens e a existência de denúncias anônimas.

Referidas circunstâncias são caracterizadoras do reconhecimento do tipo previsto no art. 33, caput, da lei de drogas, como reconheceu a Colenda Câmara, não podendo, portanto, referidos fundamentos serem utilizados para denegar a aplicação da benesse ao recorrente, que como visto, é primário, portador de bons antecedentes, não se dedica a atividade criminosa, nem integra organização criminosa.

Já o acórdão, às fls. 285/286, ao tratar da matéria em exame, registrou que:

[...]

Observo que andou bem a nobre Magistrada de primeiro grau ao deixar de reduzir a pena do acusado com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Ora, as circunstâncias do caso em comento constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. Como é cediço, a referida causa de diminuição de pena tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "primeira viagem", e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso do acusado. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, o réu demonstra acentuada periculosidade, pois sequer comprovou ocupar atividade lícita, além de ser apreendido com ele um aparelho de telefone celular com mensagens referentes ao tráfico de drogas, não havendo dúvida de que vinha se dedicando a essa atividade criminosa havia algum tempo, havendo nesse sentido, inclusive, denúncias anônimas. Releva notar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, "caput", sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não tem aplicação na espécie dos autos.

Acesso ao Sumário

Tal decisão está em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, no sentido de que o v. acórdão ou a r. decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da r. decisão.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0005678-32.2014.8.26.0575/50002, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado JOÃO ROBERTO MACHITI.

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, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41755)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de março de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA 1998.01.1.016798-9). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E SEUS SUCESSORES INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE OU NÃO DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC. QUESTÃO JÁ DECIDIDA PELO STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA

Acesso ao Sumário

FASE DE CONHECIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, QUANDO ESTA SE FUNDAR EM RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, SEM CONFIGURAÇÃO DA MORA EM MOMENTO ANTERIOR. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO STJ NO JULGAMENTO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA NÃO ABORDADA NO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO DE DISCUSSÃO, NESTA SEDE RECURSAL, ESTREITA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido coincidiu com as orientações firmadas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.134.186/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Sustenta o agravante: (a) a necessidade de demonstração, pelo poupador, do vínculo associativo com o IDEC, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXI, da Constituição Federal; (b) a necessidade de suspensão do processo até julgamento final dos REs 885.658/SP e 573.232/SC, e Resp nº 1.438.263/SP; (c) a necessidade de alteração do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (e) a impossibilidade de utilização da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo para a correção monetária do débito; e (e) a impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Não houve apresentação de contraminuta (cf. fls. 326/328).

É o relatório.

Inicialmente, anoto que o presente recurso está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se 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

Acesso ao Sumário

celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E esse não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do recurso interposto e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

Em relação à ordem de suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento do dia 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948), enviados por esta Presidência como representativos de controvérsia.

De todo modo, a referida ordem não repercutiria neste feito, por limitar-se às execuções individuais com origem na Ação Civil Pública nº 0403263-60.1993.8.26.0053 ajuizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC contra o Banco Nossa Caixa S/A (incorporado pelo Banco do Brasil S/A).

Ademais, julgados os Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, também sob o regime dos recursos repetitivos por acórdãos publicados em 14.10.2014 e 16.10.2014, respectivamente, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que os juros de mora incidem a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública quando esta se fundar em responsabilidade contratual, salvo a configuração da mora em momento anterior.

Por sua vez, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, a Corte Superior fixou as seguintes teses para efeitos do regime dos recursos repetitivos: *"1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp. nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 20, § 4º, do CPC."*.

Nesse contexto, o acórdão recorrido (cf. fls. 262/272 e 287/290) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ao

concluir pela: (a) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da execução de sentença; (b) fixação do termo inicial dos juros de mora na citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (c) pelo cabimento dos honorários advocatícios, em fase de cumprimento de sentença.

Assim, é de rigor, a aplicação do art. 1.030, I, *b*, do Código de Processo Civil.

De resto, não há como analisar a questão referente à correção monetária, pois configurada a preclusão da matéria.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0011694-35.2012.8.26.0619/50001, da Comarca de Taquaritinga, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada MARIA LUIZA DI FOGGI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "nego provimento aos agravos internos, v.u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41800)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de março de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: Agravo Interno. Ação Civil Pública. Sentença proferida pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Ação Coletiva nº 1998.01.1.016798-9). Execução/ Liquidação Individual. Alcances objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Observância da coisa Julgada. Legitimidade ativa dos poupadores e seus sucessores independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC. Questão já decidida pelo STJ. Ausência de demonstração do

Acesso ao Sumário

desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento representativo de controvérsia repetitiva. Decisão mantida. Agravo interno em recurso especial desprovido.

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 em ação coletiva ajuizada por associação. Caráter infraconstitucional da matéria. Ausência de repercussão geral (STF, repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 901.963/SC, transitado em julgado em 04/11/2015). Decisão mantida. Agravo interno em recurso extraordinário desprovido.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em ação civil pública, negou seguimento a Recurso Especial, pois o acórdão recorrido coincidiu com as orientações firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.391.198/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Insurge-se, ainda, contra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, em virtude de o v. acórdão ter abordado matérias cuja repercussão geral foi afastada pelo Supremo Tribunal do Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 901.963/SC. Sustenta a necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXI, da Constituição Federal, em consonância com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP. Argumenta, ainda, que a matéria estaria pendente de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, que determinou o sobrestamento dos recursos que tratem do mesmo tema.

Houve contraminuta as fls. 470/478.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para

Acesso ao Sumário

regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

De fato, julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Confira-se a fls. 430/431.

Nesse contexto, o acórdão recorrido (cf. fls. 378/383) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação superior ao concluir pela desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da execução de sentença.

Por outro lado, a Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 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 art. 1.035 do Código de Processo Civil, verbis: "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. § 1º. 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.

No caso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 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 a fls. 432/435.

Registre-se, ainda, que a Suprema Corte procedeu a recente distinguishing na aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE

Acesso ao Sumário

nº 573.232/SC (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, DJe de 19.9.2014), 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 nº 901.963/SC (rel. min. Teori Zavascki, DJe de 16.9.2015) 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.

De resto, o RE nº 885.658/SP (Rel. Min. GILMAR Mendes, DJe de 10.9.2015) foi julgado, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sem efeito repetitivo. E não se aplica a ordem de suspensão proferida no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento do dia 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0035825-31.2009.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravados Antonio Celso Cardoso 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 40.040)**

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 CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 22 de março de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

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.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão desta Presidência que negou seguimento aos recursos extraordinário e especial, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, pela identidade das matérias decididas no acórdão, em conformidade com o *leading case* RE n. 561.836/RN e orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. n. 1.101.726/SP.

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

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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 artigo 1.030, parágrafo 2º, 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 ao artigo 1.040, inciso I, 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 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."*

Acesso ao Sumário

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 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-

Acesso ao Sumário

se ao exame da correção da decisão agravada à luz das razões articuladas no recurso excepcional inadmitido. Dessa forma, não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno interposto contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o a ocorrência 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:

> *"III. Na forma da jurisprudência desta Corte, 'é vedado, em sede de 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).

No mesmo sentido:

ARE 726.343/MG, Rel.(a) Min.(a) **CÁRMEN LÚCIA**, DJe 06.02.2013.

Cumpre destacar, ainda, segundo o entendimento dos nobres julgadores quando do julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN, que o princípio da irredutibilidade estipendial recomenda que eventual percentual decorrente da incorreta aplicação da conversão em URV prevista na Lei 8.880/94, será apurado no momento da liquidação de sentença, junto ao juízo de primeiro grau.

Ademais, a verificação da alegada ocorrência de reestruturação da referida carreira para fins de estabelecimento do limite temporal da incorporação do percentual relativo à perda salarial, está afetada ao Tema nº 913 (RE 968.574 – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO) do col. Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já se pronunciou definitivamente do sentido de reconhecer a ausência de repercussão geral por entender que demandaria análise de legislação infraconstitucional.

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 repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

Acesso ao Sumário

"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, 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.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, ficam mantidas as decisões.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2185976-90.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA, é agravado PREFEITO MUNICIPAL DE FRANCA.

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 29.925)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente),

Acesso ao Sumário

EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 23 de março de 2018.

PEREIRA CALÇAS, 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.

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 Presidente da Câmara Municipal de Franca interpôs agravo interno, sob a alegação de ausência de similitude entre a matéria do recurso interposto com aquele apontado como paradigma.

Contraminuta às fls. 9/11.

É o relatório.

Admissível o pronto julgamento do recurso, com o permissivo do art. 2º, I, do Assento Regimental n. 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).

E, a despeito do bem elaborado recurso, mostra-se adequada a solução posta na decisão recorrida.

Com efeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE nº 878.911, reconhecendo a existência de repercussão geral, que ensejou 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* amolda-se a esse tema e o acórdão recorrido

convergiu ao tratamento jurídico dispensado quando do julgamento do *leading case* (30/09/16). Afinal, a Lei nº 8.428, de 31 de agosto de 2016, do Município de Franca, alterou o Capítulo XX da Lei Municipal nº 4.972, de 11 de fevereiro de 1998 – Estatuto do Magistério Público Municipal, dispondo sobre direitos e benefícios a serem observados durante a readaptação de professores e especialistas de educação, daí incorrer em vício formal de inconstitucionalidade, por invadir esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Ademais, impende considerar que, em suas razões de agravo, o Presidente da Câmara Municipal de Franca não apresentou novos argumentos, além dos já considerados no momento da prolação da decisão recorrida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 9000046-39.2009.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante YVETE NAIME (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42798)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 26 de março de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. A PROPOSITURA DE AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS BANCÁRIOS É CABÍVEL COMO MEDIDA PREPARATÓRIA, BASTANDO A DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES, A COMPROVAÇÃO DE PRÉVIO PEDIDO À

Acesso ao Sumário

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NÃO ATENDIDO EM PRAZO RAZOÁVEL E O PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO, CONFORME DECIDIDO PELO STJ, NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.349.453/MS, JULGADO EM 10.12.2014, SOB O REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Yvete Naime contra decisão que, em ação cautelar de exibição de documentos, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.349.453/MS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Sustenta a obrigatoriedade da exibição dos documentos solicitados por haver relação de consumo e ter havido pedido administrativo, não atendido em prazo razoável.

Não houve apresentação de contraminuta (cf. fls. 154).

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Acesso ao Sumário

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.349.453/MS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. Confira-se a fls. 156/158.

Nesse contexto, o acórdão recorrido (fls. 107/109) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela falta de interesse de agir do agravante, ante a não comprovação de relação jurídica entre as partes. Destaca-

se o seguinte trecho do julgado: *"O documento de fls. 09 não mostra qualquer cotitularidade da conta com a apelante, sendo assim, não está comprovada a relação jurídica desta com o Banco Apelado."* (cf. fls. 109).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1036633-91.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada A.M.S.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, para julgar a dúvida procedente, com observação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.283)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de março de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa ao ingresso de escritura pública de inventário pela falta de prévias inscrições das partilhas de bens de titulares de domínio que se casaram e se separaram ou divorciaram – Registro do novo título que pressupõe a atualização dos estados civis dos proprietários – Especialidade subjetiva – Averbações de divórcio e de separação que dependem, porém, da apresentação de escritura pública ou de carta de sentença – Inteligência do subitem 14 da letra "b" do item 11 do Capítulo XX das NSCGJ – Inscrições prévias obrigatórias das partilhas de bens decorrentes da separação e do divórcio – Afastamento – Inteligência da nota ao subitem 14 da letra "b" do item 11 do Capítulo XX das NSCGJ – Averbação de dissolução da sociedade conjugal que pode ser feita independentemente da partilha de bens – Recurso provido, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a r. sentença de fls. 56/59, que julgou improcedente a dúvida suscitada pelo Oficial do 14º Registro de Imóveis da Capital e determinou o registro na matrícula nº (...) da escritura pública de inventário dos bens deixados por A.M.S.

Sustenta o apelante, em resumo, que as inscrições prévias da separação, divórcio e partilha de bens relativos aos herdeiros da falecida é imprescindível para que a matrícula esclareça aos interessados quem são os verdadeiros proprietários do bem; e que o afastamento do óbice gera instabilidade incompatível com o fólio imobiliário (fls. 65/71).

A.M.S., uma das suscitadas, apresentou contrarrazões (fls. 76/79).

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 86/94).

É o relatório.

No ano de 1991, por meio do registro do formal de partilha dos bens deixados por J.F.S., a titularidade do imóvel descrito na matrícula nº (...) do 14º RI da Capital foi dividida na seguinte proporção: metade para A.M.S., viúva do falecido, e um sexto para cada um de seus filhos (J.C.S., A.S. e A.M.S.), que, à época do falecimento de J. (1968 – fls. 7), eram todos solteiros e menores (cf. R.9 da matrícula nº (...) – fls. 7).

Com o falecimento de A.M.S. (em 01.11.2012 – fls. 16), seus filhos apresentaram para registro escritura de inventário, por meio da qual partilharam a metade do imóvel da matrícula nº (...) em três partes iguais. Ocorre que, passados vários anos, os beneficiados pela partilha ostentam estados civis diversos do que ostentavam em 1968. J.C.S. é separado judicialmente; A.S. é casado com I.Z.S.; e A.M.S. é divorciada (fls. 15).

O Oficial negou o registro do título, exigindo a apresentação das cartas de sentença de separação e divórcio, respectivamente, de J.C.S., que foi casado com J.E.L.H., e de A.M.S., que foi casada com H.G., com a homologação das partilhas de bens.

Suscitada a dúvida, esta foi julgada improcedente pela r. sentença de fls. 56/59, com fundamento no registro do título não afrontar a continuidade e a possibilidade de futura averbação da separação judicial e do divórcio.

Recorre o Ministério Público pleiteando o restabelecimento do óbice ao registro da escritura pública.

Respeitada a convicção da MM. Juíza Corregedora Permanente, o recurso merece acolhimento.

A atualização do estado civil dos herdeiros na matrícula é medida necessária.

Acesso ao Sumário

Isso porque, de acordo com o R.9 da matrícula nº (...), J.C.S., A.S. e A.M.S. permanecem como solteiros, embora sejam, respectivamente, separado, casado e divorciado, estados civis mencionados no título levado a registro (fls. 15).

Assim, para que se observe a especialidade subjetiva, previamente ao registro do novo título, necessário que sejam averbadas as mudanças de estado civil dos três herdeiros de A.M.S. Deverão ser realizadas, portanto, as seguintes averbações: casamento e separação judicial de J.C.S.; casamento de A.S.; e casamento e divórcio de A.M.S.

Essas averbações, na particularidade do caso em exame, não se realizam somente com a apresentação das certidões de casamento atualizadas para a concretização de todas essas averbações.

Com efeito, de acordo com o subitem 14 da letra "b" do item 11 do Capítulo XX das NSCGJ:

> *11. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:*
>
> *(...)*
>
> *b) a averbação de:*
>
> *(...)*
>
> *14. escrituras públicas de separação, divórcio e dissolução de união estável, das sentenças de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro;*

Desse modo, embora os casamentos possam ser averbados por meio da apresentação das certidões respectivas, as inscrições da separação e do divórcio dependem da exibição de escrituras públicas ou de cartas de sentença que tratem da questão.

E isso ocorre porque o tema da partilha de bens, informação de fundamental importância para o registro imobiliário, constará exclusivamente na escritura pública ou no processo judicial de separação ou divórcio.

Por outro lado, caso a escritura ou carta de sentença não trate da partilha ou adie a decisão sobre o tema para momento futuro, não haverá motivo para que não se realize a averbação. Sobre a matéria, estabelece a nota ao subitem 14 da letra "b" do item 11 do Capítulo XX das NSCGJ:

NOTA: A escritura pública de separação, divórcio e dissolução de união estável, a sentença de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento será objeto de averbação, quando não decidir sobre a partilha de bens dos cônjuges, ou apenas afirmar permanecerem estes, em sua totalidade, em comunhão, atentando-se, neste caso, para a mudança de seu caráter jurídico, com a dissolução da sociedade conjugal e surgimento do condomínio "pro indiviso".

Isso quer dizer que não se pode exigir a prévia partilha dos bens de J.C. e de A.M. para o registro da partilha do quinhão de titularidade de A.M.S. (fls. 7). Apresentados os documentos necessários para a averbação dos três casamentos, da separação de J.C. e do divórcio de A.M., a escritura copiada a fls. 15/24 obterá qualificação positiva.

E isso se dá mesmo nesse caso, em que A.M.S., que agora é divorciada, e J.C.S., ora separado, casaram-se com seus respectivos cônjuges pelo regime da comunhão universal de bens e, na forma dos artigos 1.667 e 1.668 do Código Civil – assim como de seus correspondentes do Código de 1916 –, os quinhões que receberam enquanto menores passaram a pertencer também a seus consortes.

Indiscutível que informações completas sobre a titularidade do bem são sempre mais adequadas, de modo que o registro prévio da partilha facilitaria o entendimento da situação dominial do bem. No entanto, considerando as previsões das Normas de Serviço já citadas, embora a atualização dos estados civis seja necessária, não se pode exigir o prévio registro das partilhas de bens para o ingresso do título ora apresentado.

Por todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação, para julgar a dúvida procedente, com a observação de que embora os casamentos, a separação e o divórcio dos herdeiros devam ser averbados, o registro da escritura copiada a fls. 15/24 não depende das prévias partilhas dos bens decorrentes da separação de J.C.S. e do divórcio de A.M.S., acaso não tenha havido partilha.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004286-05.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes OSVALDO DOS SANTOS CORDEIRO e MARIA SANTOS SOARES CORDEIRO, é apelado 4º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida suscitada, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 16 de março de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de Compra e Venda, em que a vendedora é representada por procuração – Outorgante falecida antes da lavratura – Prevalência, excepcionalmente, da validade do mandato, dadas as suas peculiaridades – Contrato acessório de compra e venda imobiliária, já quitado – Validade da escritura – Registro cabível – Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação tirado de r. sentença do MM. Juiz Corregedor Permanente do 4º Oficial de Registro de Imóveis, que julgou procedente dúvida suscitada para o fim de manter a recusa a registro de escritura de compra e venda imobiliária, em que a vendedora, já falecida, é representada por procuração, tida por extinta com a morte.

Sustentam os apelantes que a peculiaridade da situação, em que o mandato é contrato acessório de compromisso de compra e venda já quitado, faz com que a morte da outorgante não o extinga. Defenderam a validade da procuração e da escritura pública, que comportaria registro.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Consoante dispõe o art. 682, inciso II, do Código Civil, a morte do mandante faz cessar o mandato. Esta a norma em que se funda o Oficial para obstar o registro da escritura de compra e venda versada nos autos, dando por revogado o mandato outorgado ao interessado em virtude da morte da outorgante.

Não obstante, na hipótese vertente, o mandato se reveste de características peculiares. Trata-se, em verdade, de contrato acessório de compra e venda imobiliária já quitada, com a específica finalidade de viabilizar o registro da transferência do bem. Ou, na dicção do art. 686, parágrafo único, do Código Civil, de mandato com poderes de cumprimento ou confirmação de negócio anteriormente entabulado ao qual está vinculado, de tal sorte que irrevogável, por explícita disposição da norma em voga.

Assim é que a morte do mandante, ainda que conhecida pelo mandatário, não faz cessar o mandato em questão, não se aplicando o disposto no art. 682, inciso II, do Código Civil. É o quanto esclarece o Ilustre Desembargador Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

"De modo excepcional, não se extinguirá pela morte do mandante o mandato em causa própria (art. 685) e aquele estabelecido no interesse comum, portanto também do mandatário. ***Outra hipótese é a de o mandante já ter quitado o mandatário de todas as suas obrigações antes do falecimento****."* ("Código Civil Comentado", SP: Manole, 2016, 10ª ed., p. 681; sem grifos no original).

Irrelevante, neste passo, que o texto do art. 686, parágrafo único, do Código Civil mencione "revogação" e não, "extinção" do mandato. A intelecção da norma é obstar o fim do mandato, impedindo a concretização do contrato do qual é acessório, mormente se já quitado.

Mais uma vez, pertinentes os ensinamentos do Eminente Desembargador Claudio Luiz Bueno de Godoy, ao discorrer sobre a irrevogabilidade do mandato, na hipótese do parágrafo único do art. 686 referido:

"É, por exemplo, o mandato conferido para pagamento de débitos, enfim para a execução de contratos, inclusive preliminares. São, no dizer de Caio Mário, mandatos acessórios de outro contrato, ou mesmo cláusula dele constante (Instituições de Direito Civil, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. III, p. 265)" ("Código Civil Comentado", SP: Manole, 2016, 10ª ed., p. 686).

Sobre o tema, a lição de Maria Helena Diniz:

"Prevalecerão, apesar do óbito do mandante, a procuração em causa própria (RT 502:66; CC art. 685, 2ª parte) e o mandato outorgado para dar escritura de venda de imóvel cujo preço já tenha sido recebido (AJ 100:149, 96:59, 97:71; RF 134:442). ("Curso de Direito Civil Brasileiro", 28ª ed., vol. III, Saraiva, 2012, p. 424).

Nesse sentido, entendendo vigente o mandato e viável o registro, mesmo com a morte do mandante, a sedimentada orientação deste E. CSM:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – ALIENANTES REPRESENTADOS POR MANDATÁRIO – FALECIMENTO DE DOIS DOS VENDEDORES MANDANTES – MANDATO NÃO EXTINTO – APLICAÇÃO DO ART. 686 DO CÓDIGO CIVIL – POSSIBILIDADE DE REGISTRO – RECURSO PROVIDO." (Apelação Cível nº 3000355-45.2013.8.26.0408, Rel. Des. Elliot Akel, DJ 30/4/15).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECUSA DE INGRESSO DE ESCRITURA DE VENDA E COMPRA COM CESSÃO DE DIREITOS - VENDEDORES, REPRESENTADOS POR PROCURADOR, FALECIDOS NA ÉPOCA DA LAVRATURA DO ATO – AFIRMAÇÃO DE INVALIDADE DO ATO PELA CESSAÇÃO DOS PODERES OUTORGADOS – EXAME QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA QUALIFICAÇÃO DO TÍTULO, RESTRITA AOS ASPECTOS FORMAIS – RECURSO PROVIDO." (Apelação Cível n.º 3000311-

Acesso ao Sumário

26.2013.8.26.0408, Rel. Des. Elliot Akel, 30/4/15).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura de Compra e Venda – Provável falecimento de outorgante vendedora representada por procurador e conseqüente extinção do mandato, que não autoriza a recusa do título – Qualificação registrária limitada ao juízo cognitivo formal – Recurso provido." (Apelação Cível 562-6/6, Rel. Des. Gilberto Passos, j. 30/11/06).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a dúvida suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000369-43.2016.8.26.0257, da Comarca de Ipuã, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE IPUÃ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e mantiveram a recusa do registro do título, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.284)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 22 de fevereiro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente para manter a recusa do registro – Cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes deste Col. Conselho Superior da Magistratura – Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Banco do Brasil S.A. contra r.

sentença que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Ipuã em promover o registro da Cédula Rural Pignoratícia nº 40/06068-3 porque o prazo da garantia é distinto do prazo do vencimento da obrigação.

O recorrente alega, em suma, que o art. 61 do Decreto-lei nº 167/67 não impede a utilização de outros tipos de documentos para a renegociação de dívidas. Disse que o contrato apresentado para registro da garantia versa sobre direito disponível e deve ser preservado em atendimento aos princípios da conservação dos negócios jurídicos e da boa-fé. Afirmou que as Resoluções nº 3.986/2011 e 4.106 do Banco Central do Brasil, editadas em conformidade com as normas do Conselho Monetário Nacional que atua por força da Lei nº 4.595/64, permitem a renovação simplificada do crédito, razão pela qual a data de vencimento da cédula corresponde à da futura renovação.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O art. 61 do Decreto-Lei 167/67 prevê que o prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário não excederá o prazo da obrigação garantida:

> **"Art. 61. O prazo do penhor rural, agrícola ou pecuário não excederá o prazo da obrigação garantida e, embora vencido o prazo, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.**
>
> **Parágrafo único. A prorrogação do penhor rural, inclusive decorrente de prorrogação da obrigação garantida prevista no *caput*, ocorre mediante a averbação à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor".**

O art. 1.439 do Código Civil, de igual modo, determina que os prazos do penhor agrícola e do penhor rural não podem ser superiores aos das obrigações garantidas:

> **"Art. 1.439. O penhor agrícola e o penhor pecuário não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas.**
>
> **§ 1º Embora vencidos os prazos, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem.**
>
> **§ 2º A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor".**

No presente caso, a Cédula Rural Pignoratícia apresentada para registro tem vencimento em 18 de janeiro de 2021 (fls. 14), mas o vencimento da última prestação devida pela obrigação garantida ocorrerá em 20 de dezembro de 2016 (fls. 15).

A divergência entre a data do vencimento da cédula e a data do vencimento

das prestações previstas para pagamento da obrigação garantida decorre da previsão contratual sobre a possibilidade de Renovação Simplificada de Crédito (fls. 14/16).

Essa renovação, porém, dependerá da eventual concessão de novo crédito, se estiverem presentes as condições previstas no contrato e nas normas editadas pelo Banco Central do Brasil, inserindo-se entre essas condições o integral pagamento do débito que tem seu vencimento previsto para 20 de dezembro de 2016 (fls. 17, letra "b").

Verifica-se, desse modo, que a dissonância entre a data de vencimento da cédula e a data de vencimento das obrigações tem como causa a previsão contratual de possibilidade da concessão de novo financiamento que será diverso daquele objeto da obrigação atualmente garantida, visando o custeio de safra distinta, hipótese que não se coaduna com a vedação legal de previsão de vencimento da cédula com prazo que excede o da obrigação atualmente garantida.

Essa vedação, por seu turno, não é afastada por normas do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional sobre a possibilidade de concessão de novo crédito mediante Renovação Simplificada, porque não se sobrepõem à legislação aplicável.

Importa anotar, ademais, que a atual redação dos arts. 61 do Decreto-Lei 167/67 e 1.439 do Código Civil foi introduzida pela Lei nº 12.873/13, com isso afastando antiga divergência sobre a recepção do texto original do art. 61 do Decreto-Lei 167/67 pela Constituição Federal de 1988.

Prevalece, portanto, a jurisprudência deste Col. Conselho Superior da Magistratura que não admite o registro de Cédula de Crédito Rural Pignoratícia com prazo de vencimento superior ao da obrigação garantia:

> **"Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de cédula rural pignoratícia – Prazo de garantia dissociado do prazo de vencimento da obrigação – Impossibilidade – Precedentes desse Conselho – Apelação desprovida"** (Apelação Cível 0006933-25.2014.8.26.0575, Rel. Des. Pereira Calças, j. 02.06.16.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a recusa do registro do título.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006511-11.2015.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante M.L.S., é apelado

Acesso ao Sumário

OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE LEME.

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 37.298)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 9 de março de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Arrolamento de Bens – Carta de adjudicação – Partilha de imóvel adquirido na constância do casamento do falecido – Casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916 – Regime da separação obrigatória de bens – Súmula n.º 377 do STF – Deve ser partilhada a integralidade dos bens para solução do estado de indivisão provocado pela morte de um dos cônjuges – Indicação do título pelo qual houve a transmissão do bem adjudicado – Recusa mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por M.L.S. contra a r. sentença de fls. 84/87, que manteve a recusa ao registro de carta de adjudicação expedida nos autos de arrolamento de bens deixados por R.O.J., que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Leme.

Em síntese, a apelante sustenta que deve ser afastado o óbice ao registro da carta de adjudicação, pois o falecido era proprietário de somente metade ideal do imóvel inventariado. Entende ser incorreta a partilha da totalidade do imóvel, pois a outra metade ideal pertence à pessoa viva.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 107/111).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Segundo consta dos autos, o título foi recusado porque o imóvel inscrito sob a matrícula nº (...) do Registro de Imóveis da Comarca de Leme, pertencente aos cônjuges R. e L., não foi levado por inteiro aos autos de arrolamento de bens para que esta recolhesse sua meação, e também por não indicação do título pelo qual houve a adjudicação do imóvel.

A natureza judicial do título apresentado não impede sua qualificação registral quanto aos aspectos extrínsecos ou aqueles que não foram objeto de exame pela Autoridade Jurisdicional.

O item 119, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça é expresso acerca do dever do Oficial do Registro de Imóveis a tanto, como se constata de sua redação:

> *119. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais.*

Essa questão é pacífica nos precedentes administrativos deste órgão colegiado, entre muitos, confira-se trecho do voto do Desembargador Manuel Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça à época, na apelação nº 0001561-55.2015.8.26.0383, j. 20.07.17:

> *A origem judicial do título não afasta a necessidade de sua qualificação registral, com intuito de se obstar qualquer violação ao princípio da continuidade (Lei 6.015/73, art. 195).*
>
> *Nesse sentido, douto parecer da lavra do então Juiz Assessor desta Corregedoria Geral de Justiça, Álvaro Luiz Valery Mirra, lançado nos autos do processo n.º 2009/85.842, que, fazendo referência a importante precedente deste Colendo Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível n.º 31.881-0/1), aduz o que segue:*
>
> *"De início, cumpre anotar, a propósito da matéria, que tanto esta Corregedoria Geral da Justiça quanto o Colendo Conselho Superior da Magistratura têm entendido imprescindível a observância dos princípios e regras de direito registral para o ingresso no fólio real – seja pela via de registro, seja pela via de averbação – de penhoras, arrestos e seqüestros de bens imóveis, mesmo considerando a origem judicial de referidos atos, tendo em conta a orientação tranqüila nesta esfera administrativa segundo a qual a natureza judicial do título levado a registro ou a averbação não o exime da atividade de qualificação registral realizada pelo oficial registrador, sob o estrito ângulo da regularidade formal (Ap. Cív. n. 31.881-0/1)."*

Acesso ao Sumário

No caso destes autos, o título foi devolvido em virtude do que dispõe a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento celebrado pelo regime da separação

legal de bens são presumidos como de propriedade comum dos cônjuges, pois também é presumida a existência de esforço comum para a aquisição.

O registro do título aquisitivo faz presumir a propriedade (art. 1.245 e seguintes do Código Civil) e produz todos os efeitos legais enquanto não for cancelado, ainda que por outro modo se prove que o título foi desfeito, anulado, extinto ou rescindido (art. 252 da Lei nº 6.015/73).

A matrícula faz presumir que R. adquiriu a metade ideal do imóvel por compra e venda quando era casado pelo regime da separação legal de bens com L., cuidando-se de bem comum.

Uma vez estabelecida a comunicabilidade, o bem imóvel em questão deveria ter sido inventariado em sua totalidade e não como ocorreu (metade ideal), de modo a possibilitar, com o registro do título judicial nestes termos, o registro do título sob exame. Tal providência não foi tomada, o que torna inviável o registro, pois a situação, tal como se apresenta, configura quebra do princípio da continuidade.

O mencionado casamento foi celebrado na vigência do Código Civil de 1916, assim, não há discussão acerca da aplicabilidade da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal de Federal. E, por essa razão, como o bem foi adquirido na constância de casamento celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens, presume-se a comunicação, de modo que a integralidade do imóvel deve ser objeto do arrolamento.

Segundo Afrânio de Carvalho: *"não importa que, em se tratando de cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão de bens, metade ideal do imóvel já lhe pertença desde o casamento, porque o título reúne essa parte ideal, societária, com a outra, a sucessória, para recompor a unidade real do 'de cujus'. A partilha abrange todo o patrimônio do morto e todos os interessados, desdobrando-se em duas partes, a societária e a sucessória, embora o seu sentido se restrinja por vezes à segunda.*

Por isso, dá em pagamento ao cônjuge sobrevivente ambas as metades que lhe caibam, observando dessa maneira o sentido global da operação, expressa na ordem de pagamento preceituado para o seu esboço, a qual enumera, em segundo lugar, depois das dívidas, a meação do cônjuge e, em seguida, a meação do falecido que, na hipótese, passa também ao cônjuge" (Registro de Imóveis, Forense, 3ª Edição, p. 281).

Assim, mostra-se necessário que todos os bens do falecido sejam declarados por inteiro para que a cônjuge sobrevivente recolha a sua meação, mesmo que não haja outros herdeiros. Como decorrência da sucessão hereditária, abre-se para todo o patrimônio do casal um estado de indivisão, que só é solucionado com a partilha.

Em outras palavras, será na partilha que a meação será separada e entregue

Acesso ao Sumário

ao sobrevivente, partilhando-se a outra metade entre os herdeiros, ainda que o único herdeiro seja o próprio cônjuge.

Por fim, observa-se que, no título apresentado, houve a atribuição de metade ideal do imóvel à recorrente M.L.S. Não está claro se houve a transmissão da metade ideal correspondente à meação ou se houve a transmissão da metade correspondente à herança. Assim, deverá constar da carta de adjudicação a que título houve a transmissão da metade ideal do bem à recorrente, sem ignorar as exigências legais pertinentes ao negócio jurídico celebrado, preservando-se assim o princípio da continuidade.

Em suma, são essas as razões pelas quais devem ser mantidos os óbices ao registro da carta de adjudicação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1050704-98.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.R.G.S., é apelado 3º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA CAPITAL.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e mantiveram a recusa do registro do título, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.312)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de março de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CARTA DE SENTENÇA EXPEDIDA EM AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL – PRETENSÃO DE CISÃO DO TÍTULO PARA REGISTRO SOMENTE DA PARTILHA, POR NÃO INTERESSAR À BENEFICIÁRIA O REGISTRO DO DIREITO

REAL DE HABITAÇÃO – NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA RENÚNCIA AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO POR MEIO DE ATO OU INSTRUMENTO PRÓPRIO, UMA VEZ QUE FOI CONSTITUÍDO NO MESMO TÍTULO EM QUE PROMOVIDA A PARTILHA DO IMÓVEL – RENÚNCIA À MEAÇÃO PELA SEPARANDA, ASSUMINDO O EX-CÔNJUGE A PROPRIEDADE DO IMÓVEL E A OBRIGAÇÃO DE PAGAR INTEGRALMENTE O DÉBITO GARANTIDO POR HIPOTECA – RENÚNCIA TRANSLATIVA QUE ENSEJA, EM TESE, A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO "CAUSA MORTIS" E DOAÇÃO – ITCMD, RESSALVADA EVENTUAL ISENÇÃO A SER RECONHECIDA PELA FAZENDA DO ESTADO – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO, COM MANUTENÇÃO DA RECUSA DO REGISTRO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por S.R.G.S. contra r. sentença que manteve a recusa do Sr. 3º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo em promover o registro, na matrícula nº (...), de carta de sentença extraída de ação de separação judicial porque não foi comprovado o pagamento ou demonstrada a isenção do Imposto de Transmissão "causa mortis" e Doação – ITCMD devido pela atribuição da totalidade do imóvel ao ex-marido, e porque não foi atribuído valor para a constituição do direito real de habitação em favor da apelante e de seu filho, devendo esse valor ser apurado por meio de avaliação, ou com uso do valor venal do imóvel, para fim de cálculo dos emolumentos.

Alega a apelante, em suma, que renunciou à propriedade do imóvel por não ter recursos para pagar as parcelas do financiamento garantido por hipoteca, assumindo seu ex-marido a obrigação de efetuar esse pagamento de forma integral. Afirma que permaneceu no imóvel depois da separação judicial, com seu filho, mas acabou por desocupá-lo por não ter meios para arcar com os débitos que sobre ele incidiam. Apesar disso, e em razão da falta de registro da carta de sentença, acabou sendo condenada a pagar as despesas condominiais que são devidas por seu ex-marido. Aduz que necessita do registro da carta de sentença para não mais responder pelos débitos que recaem sobre o imóvel e que não pretende o registro do direito real de habitação, pois descaracterizado pela desocupação voluntária do imóvel (fls. 109/117).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso (fls. 189/191).

É o relatório.

A certidão de fls. 16/18 demonstra que a apelante e seu ex-marido são proprietários do apartamento (...) do (...) andar do Bloco (...) do Edifício (...), objeto da matrícula nº (...) do 3º Registro de Imóveis de São Paulo, e que o deram em hipoteca constituída em favor do Banco Bradesco S.A. que, por sua vez, promove execução hipotecária em que o imóvel foi penhorado.

A apelante pretende o registro de carta de sentença (fls. 28/58) extraída de ação de separação consensual em que, mediante transação, renunciou à sua meação sobre o imóvel e aos direitos decorrentes de ação de execução movida pelo credor hipotecário, assumindo seu ex-marido a totalidade do débito (fls. 33).

Pretende, também, a cisão do título para que não seja registrado o direito real de habitação constituído para si e em favor do filho do casal, nascido em (...), porque não mais residem no imóvel e não têm recursos para arcar com os débitos que sobre ele incidem.

O direito de habitação foi previsto na separação judicial em cláusula com a seguinte redação: *"A separanda terá direito a habitação do imóvel junto com seu filho, sem ônus e por tempo indeterminado"* (fls. 33/34).

Segundo alegado, a apelante e seu filho já não residem no imóvel e não pretendem exercer direito de habitação porque não podem se responsabilizar pelas despesas que sobre ele incidem.

No Registro de Imóveis vigora o princípio da rogação, ou da instância, com necessidade de solicitação do registro pelo apresentante do título ou pela autoridade competente.

Porém, a existência de dois ou mais atos distintos no mesmo título impõe o registro de todos quando forem ligados entre si, sendo nesse sentido a lição de Afranio de Carvalho ("Registro de Imóveis", 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 272):

> *"(...) Em suma, a atividade de ofício caberá:*
>
> *(...)*
>
> *C) quando, no mesmo título, se reunirem dois ou mais atos distintos, mas ligados entre si, caso em que se fará o registro de todos".*

Cuida-se de norma de proteção dos titulares dos diferentes direitos reais que decorrerão do registro dos dois ou mais atos contidos no mesmo título e que não pode ser afastada pela simples manifestação da apelante, no procedimento de registro, no sentido de que não pretende a constituição do direito real de habitação.

Não há vedação para que a apelante e seu filho renunciem ao direito real

de habitação constituído em seu favor, mas desde que o façam mediante uso do instrumento próprio que, neste caso concreto, poderá consistir em manifestação ao Juízo da separação, para homologação da renúncia e aditamento da carta de sentença, ou na lavratura do instrumento de renúncia, observada a forma prevista em lei e a regular representação do filho da apelante que ainda não completou 18 anos de idade.

Por sua vez, a renúncia da apelante à meação na propriedade do imóvel tem requisitos distintos daqueles incidentes para a renúncia ao direito real de habitação.

A propriedade por ser um direito real patrimonial permite o exercício de disposição por seu titular, enquanto exercício da autonomia privada.

Contudo, de acordo com Miguel Maria de Serpa Lopes (*Tratado dos registros públicos*. v. IV. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 158):

> *"A verdadeira renúncia é a abdicativa. Pode ser definida como o ato unilateral em que se manifesta a vontade de perder um direito com a completa ausência de uma intenção principal e direta de com isso outorgar uma vantagem a quem quer que seja".*

Porém, não é incomum o uso do termo renúncia para designar ato de disposição do domínio, ou de outro direito real, em favor de pessoa certa.

A renúncia translativa, em favor de pessoa certa, tem natureza de doação quando realizada por liberalidade do renunciante, caracterizando-se, neste caso, a hipótese de incidência do imposto de transmissão "causa mortis" e por doação vigente no Estado de São Paulo.

Ainda *in casu*, a renúncia efetuada pela apelante em sua separação consensual tem nítido aspecto translativo porque teve como finalidade atribuir ao seu ex-marido a totalidade da propriedade do imóvel e, em conjunto, a responsabilidade pelo pagamento integral dos débitos decorrentes do contrato de financiamento garantido por hipoteca:

> *"A Separanda renuncia à parte que lhe caberia no bem imóvel financiado, assim como do desfecho da Ação de Execução Hipotecária que lhes movem o Banco Bradesco S/A, acima citado, sendo certo que o Separando assume em caráter geral e de forma irrevogável pelo despacho do litígio mencionado, ou seja, toda a dívida que incidir sobre o imóvel 'sub judice', cabendo a ele a responsabilidade de informar àquele Juízo, bem como a parte contrária junto aos Contratos firmados nas datas de 05 de dezembro de 1989 e 05 de junho de 1990 (docs.)"* (fls. 33).

Disso decorre a caracterização da renúncia como sendo translativa.

Ademais, a existência de débito garantido por hipoteca impedia a renúncia abdicativa sem a anuência do credor hipotecário que, porém, não foi apresentada.

Assim porque a renúncia não pode afetar direitos de terceiros, e assim

ocorrendo há necessidade do consentimento dos titulares dos direitos afetados, ou segundo José Alberto C. Vieira (*Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 448/449):

> *"Encontrando-se o direito de usufruto onerado, o poder de disposição é afectado pela medida da oneração. Como resultado, sempre que o titular do direito real cause com a renúncia a extinção de outros direitos reais sobre a coisa, ele deve obter antecipadamente o consentimento dos titulares dos direitos implicados".*

A renúncia manifestada pela apelante, portanto, não se revestiu dos requisitos necessários para a caracterização de renúncia abdicativa, razão pela qual se mostra correta a exigência de comprovação da declaração e recolhimento do Imposto de Transmissão "causa mortis" e por Doação – ITCMD, ou de sua isenção.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a recusa do registro do título.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Corregedor-Geral da Justiça)

Discurso de boas-vindas proferido por ocasião da visita da equipe do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) à Sessão do Órgão Especial, como parte de sua Inspeção Ordinária no Tribunal de Justiça de São Paulo (Sessão realizada em 07.03.2018).

Senhor Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Seja bem-vindo a esta Corte de Justiça, que se engrandece com a presença de Vossa Excelência e de sua Equipe, com destaque para a fidalguia de todos.

Vossa Excelência, Magistrado conceituado, inclusive pelo exercício de elevados cargos (Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Corregedor Geral da Justiça Federal; Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral; e desde agosto de 2016, Corregedor Nacional de Justiça), traz ao Judiciário bandeirante uma visão proficiente, com vistas ao aperfeiçoamento do Sistema de Justiça. E é a partir daí e da troca de experiências que podemos almejar o aprimoramento.

Mas não é apenas a trajetória de Vossa Excelência, homem de ação, honrado, que impressiona a todos, magistrados, servidores e jurisdicionados. É também a dedicação diuturna por uma Justiça melhor; pela prestação da jurisdição com qualidade e rapidez; pelo comprometimento com a causa pública; pela preocupação com o cidadão, sem jamais esquecer que os destinatários da ação de Vossa Excelência são homens e mulheres com virtudes e defeitos, que se dedicam a uma causa maior, que é o bem comum da sociedade!

Desse quadro é que advém o respeito que lhe é creditado.

Vossa Excelência, ao tomar posse na E. Corregedoria Nacional de Justiça, estabeleceu com muita clareza o norte da administração que se iniciava: o estabelecimento de diretrizes e metas para aprimorar o funcionamento das Corregedoria-Gerais de Justiça nos Estados; a fiscalização com o intuito de orientar, seja no âmbito judicial como no extrajudicial; e o exercício do poder disciplinar, em casos pontuais, sempre com o cuidado de preservar a imagem do investigado.

Esteja Vossa Excelência certo de que atingiu as metas que estabeleceu (e atingirá ainda outras tantas). Hoje as Corregedorias-Gerais e a Corregedoria Nacional trabalham num ambiente sólido e respeitoso de corresponsabilidade

Acesso ao Sumário

pelos destinos da justiça de primeiro grau e das atividades das serventias extrajudiciais; trabalham voltadas à fiscalização e orientação prioritárias a magistrados e servidores, tudo com vistas à eficiência dos serviços; e, em casos pontuais, particulares, apuram desvios que possam contaminar o bom nome do Poder Judiciário, construído por gerações de magistrados, a quem devemos reverenciar.

E não se pode deixar de proclamar que Vossa Excelência sempre preservou intocada a autonomia das Corregedorias Estaduais, postura de quem é Grande.

Receba, senhor Corregedor Nacional, as expressões do reconhecimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, de seu Colendo Órgão Especial, hoje reunido para saudá-lo, e em especial da Corregedoria Geral de São Paulo, pelo trabalho desenvolvido com responsabilidade e comprometimento, com tenacidade, retidão e independência, que engrandece e dignifica a todo Judiciário.

Sintam-se, Vossa Excelência e a Equipe de Magistrados e Servidores da Corregedoria Nacional, em Casa.

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da posse solene da Diretoria Executiva e do Conselho Consultivo, Orientador e Fiscal da Associação Paulista de Magistrados (APAMAGIS) e sua posse como Presidente da Associação (Solenidade realizada em 09.03.2018).

Senhoras e senhores, boa noite.

Hoje é um dia de muita emoção para todos nós do grupo "Unidos pela Magistratura", em razão da confiança depositada pelos associados para a missão que nos foi atribuída neste biênio de 2018/2019, o que acabou sendo demonstrado pelo expressivo comparecimento às urnas e pela grande votação alcançada – a maior já registrada em toda a história da Apamagis – com eleição plena da chapa, a de todos os membros da Diretoria e do Conselho.

Já, para mim, especialmente. Não há como subir neste palco sem que um filme comece a passar em minha mente. Filme este que tem seu início há quase 26 anos, em junho de 1992.

Aqui subi, pela primeira vez, após passar no concurso da magistratura, para com minha turma tirar a famosa foto do jantar de ingresso, sempre oferecido pela Apamagis. Ainda anestesiado pela vitória pessoal, estava meio perdido, pois não sabia quais desafios teria pela frente na nova carreira de juiz.

Acesso ao Sumário

Mas, as visitas frequentes à Apamagis, sempre aliadas à convivência do dia a dia com meus pares, me fizeram entender que aqui era a casa do magistrado de São Paulo.

Aqui, aprendi a contar com apoio dos colegas mais antigos e experientes para superar os obstáculos e suportar as adversidades inerentes ao exercício da judicatura.

Nos anos que se seguiram, por várias vezes, aqui voltei a subir, pois, tendo me envolvido diretamente na vida associativa, acabei acompanhando as seguidas diretorias, mas sempre na condição de coadjuvante.

O interesse pelo associativismo certamente herdei de meu pai Oswaldo, apesar da pouca convivência com ele, pois Deus resolveu convocá-lo muito cedo, quando eu mal tinha completado 18 anos.

Desde minha infância, com muito orgulho, tive a oportunidade de vê-lo participar com entusiasmo e brilho nos olhos das atividades da Associação dos Fiscais de Renda – AFRESP.

Assim, ao seguir os passos de meu pai, o destino acabou me reservando mais esta honrosa surpresa.

Volto a subir nesse mesmo palco, desta vez para ocupar o cargo de presidente da Apamagis, ao lado da querida colega Vanessa Mateus, 1ª vice-presidente, do amigo Claudio Levada, 2º vice-presidente, e dos demais estimados colegas eleitos para o Conselho Consultivo, Orientador e Fiscal:

Raphael Salvador, Carlos Monnerat, Érika Brandão, José Arimatea, Fernando Nishi, Maria de Fátima, Maria Domitila, Miguel Petroni, Nilton Oliveira, Pedro Cauby, Renzo Leonardi, Roque Mesquita, além do colega Oscild de Lima Júnior (membro nato).

Em nome do grupo, agradeço a confiança depositada por nossos pares e renovo nosso principal compromisso firmado durante a campanha e que agora, após o encerramento do processo eleitoral, passa a ser de todos os associados.

Fazer da Apamagis, braço político da magistratura paulista, uma entidade cada vez mais forte, coesa e atuante, capaz de enfrentar as adversidades, sem descuidar um só instante da defesa dos direitos e das prerrogativas de nossos magistrados, da ativa e aposentados, e de nossas pensionistas.

Consequentemente, tenha certeza, meu colega e amigo Jayme Martins de Oliveira Neto, estaremos todos juntos em Brasília, ao lado da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), certos de que com tais ações efetivaremos o fortalecimento e a independência do Poder Judiciário nacional, como única forma de garantir ao cidadão uma prestação jurisdicional imune a qualquer pressão política ou econômica.

Entretanto, alerto que estamos assumindo a Apamagis num cenário

Acesso ao Sumário

nacional muito conturbado, decorrente de uma crise política sem precedentes e agravado por um desequilíbrio de contas públicas que ainda não foi equalizado pelas diversas esferas da administração dos entes federativos que compõem o Estado brasileiro.

E, nesta esteira, não posso deixar de chamar a atenção para o momento difícil pelo qual passa a magistratura nacional, em razão de projetos legislativos, que se aprovados acabarão, em síntese, por subtrair competências constitucionais, por enfraquecer financeiramente o Poder Judiciário e por intimidar os magistrados que precisam de tranquilidade e definição correta dos limites de sua atuação.

São exemplos destas propostas legislativas a criminalização da conduta dos magistrados na prática de atos decorrentes do exercício da jurisdição (PL 8.347/2017 e PL 7.596/2017), a alteração de competência legislativa para elaboração de normas da magistratura, até aqui exclusiva do Supremo Tribunal Federal (PEC 64/2015), e a criminalização de pagamentos de verbas indenizatórias (PLS 82/2018).

A magistratura nacional ainda vem sofrendo com investidas que sustentam, pelos meios de comunicação, ser o Poder Judiciário fonte de despesa correspondente a 1,4% do PIB, com gastos de R$ 84 bilhões, mas um retorno financeiro de apenas R$ 41 bilhões, em 2017.

Estranhamente, para chegar a estes números nacionais de todos os Tribunais do País, deixa-se de contabilizar a recuperação pelo Judiciário dos ativos fiscais, por meio das execuções judicias, e dos ativos ilícitos, decorrentes da corrupção pública que estão sendo repatriados por meio dos processos judiciais criminais e de improbidade administrativa.

Esquecem esses mesmos interlocutores, ao que parece de forma propositada, de que a atividade do Poder Judiciário não é econômica e, muito menos, de arrecadação.

É, sim, na sua essência, de prestação de serviço ao cidadão, resolvendo conflitos e pacificando a sociedade, tudo para a garantia dos direitos e liberdades do povo brasileiro.

Da mesma forma, a magistratura nacional também vem sendo vítima de seguidas reportagens jornalísticas, a maioria fundada em dados estatísticos, em valores do fisco federal e em remunerações globais de magistrados, tudo extraído sem qualquer critério técnico e de forma atabalhoada de portais de transparência da administração pública.

Tais reportagens se assemelham a dossiês direcionados a denegrir a imagem do Judiciário e dos magistrados, com manifestações opinativas recheadas de citações equivocadas de ilegalidades ou inconstitucionalidades quanto às verbas previstas em lei, reiteradamente tachadas de privilégios ou de penduricalhos.

Essa parte da imprensa, utilizando-se desse material tendencioso, também

acaba por produzir reportagens, artigos e editoriais atacando as legítimas manifestações públicas das diversas associações de magistrados do país, como a que ocorreu no último dia 1º de fevereiro, em Brasília, tachando a reunião de "associativismo travestido de sindicalismo", de "ação corporativista" e de "ativismo judicial".

Insofismável a incoerência nas manifestações opinativas de parte da imprensa. De um lado, exalta a liberdade de expressão, é contra a censura e o cerceamento das liberdades individuais. Mas, de outro, esquecendo-se, ao que parece, do que vivenciou durante o regime militar, tem se valido desses mesmos expedientes para atacar, condenar e censurar manifestações públicas legítimas das entidades de classe dos magistrados, todas salvaguardadas pela Constituição Federal.

Essa ala da imprensa, estranhamente, dá as costas para os princípios constitucionais expressos no artigo 5º da Carta Magna, negando aos magistrados e suas associações alguns dos direitos e garantias fundamentais, esquecendo-se de que numa democracia a todos é assegurada a livre manifestação do pensamento (inciso IV), de que todos podem reunir-se pacificamente, em locais abertos ao público (inciso XVI), e de que todos têm o direito de associar-se independentemente de autorização (incisos XVII e XVIII).

Diante do que expus, fica a dúvida: neste momento difícil por que passa o Brasil, tanto no cenário econômico, como no político, decorrente também das seguidas fases e processos judiciais da "Operação Lava-Jato" e que estão resultando na prisão de empresários e políticos, a quem poderá interessar fragilizar o Poder Judiciário nacional e desacreditar os magistrados?

Se ainda não temos a resposta, não precisamos sair da América do Sul para apontar o perigo que corre a sociedade brasileira.

Lembremo-nos do que vem ocorrendo com o Poder Judiciário na Venezuela e na Bolívia, bem como, num passado mais remoto, no Peru, durante o governo Fujimori

Será que é isso que a imprensa e o cidadão querem para o Poder Judiciário do Brasil?

Tendo a certeza de que não é, pois, em uma contextualização com viés de censura a alguns dos direitos e garantias fundamentais, o prejulgamento de prerrogativas constitucionais não contribui com as discussões em questão, já que não haverá segurança jurídica e nem paz social onde não há um Judiciário forte e independente à disposição do cidadão.

Portanto, conclamo meus pares que, mesmo diante deste cenário, não deixem de ter esperança e de ser otimistas, mesmo que tenhamos o trabalho redobrado, que tenhamos de estudar muito, que tenhamos de brigar para demonstrar a verdade, uma vez que não podemos nos deixar vencer pela corrupção sistêmica

Acesso ao Sumário

que ainda persiste nos meandros da administração pública.

Como afirma o filósofo e educador Mario Sergio Cortella, esses democracidas já levaram dinheiro de natureza pública, acabaram com a economia do país, acabaram com parte da integridade política do país, acabaram com o emprego de muita gente, com os recursos para educação e saúde, mas eles não podem levar nossa esperança e nosso otimismo mais uma vez, pois temos de acreditar nas instituições brasileiras e lutar por um país melhor.

Eles não vão vencer enquanto existirem juízes no Brasil e fortes associações de magistrados como as que aqui estão hoje representadas.

Vamos continuar a exercer tão importante missão social, o que fazemos diariamente, com extrema honradez e com enorme gratidão a Deus, mesmo quando trabalhamos muitas vezes com estruturas deficientes do Estado, com sacrifício familiar e da própria saúde, mas lutamos e perseveramos no cargo de juiz, com a certeza e a felicidade do dever cumprido, pois contribuímos para que nossa sociedade possa desfrutar no futuro de um Brasil democrático e bem mais justo.

Para encerrar, não posso deixar, primeiro, de declarar o meu eterno amor e gratidão à minha mãe Clio e ao meu pai Oswaldo, que já se encontram em outra dimensão, certamente de lá assistindo esta cerimônia.

Obrigado por terem me educado e me forjado para o caminho do trabalho, da honestidade e da fraternidade, reconhecimento que também estendo à todos os meus parentes, dede meus avós, pelo suporte e exemplos que sempre tive na vida familiar.

Aos meus dois filhos Maria Esther e João Rafael, não lhes direi que me perdoem pela ausência, nem pelas horas roubadas de convívio. Isto porque, dentro do possível estive presente. O melhor de tudo é que sempre quando nos encontramos nos abraços, expressei o meu imensurável amor.

Vocês dois são a razão de meu viver, de minha luta, de meu trabalho e minha perseverança como única forma de contribuir para que possam desfrutar no futuro de um Brasil melhor e bem mais justo.

Acesso ao Sumário

Minha gratidão a todos os meus colegas de chapa e demais colaboradores que acreditaram em mim, mesmo após o incidente de saúde que sofri em agosto de 2017, e continuaram trabalhando durante a campanha de forma redobrada, dia e noite, durante os finais de semana, para que o projeto de gestão que elaboramos em conjunto fosse o escolhido e referendado pelos nossos eleitores da Apamagis.

Meus agradecimentos aos demais magistrados e magistradas das associações que aqui comparecem, todos para emprestar seus prestígios a esta singela solenidade e conosco celebrar mais essa vitória.

Aos funcionários da Apamagis, sem os quais a nossa associação não teria o

serviço de atendimento e de excelência que apresenta.

Finalmente, é um privilégio ser escolhido para liderar a magistratura paulista com o apoio de toda essa equipe de magistrados e magistradas e de pensionistas que integram a Diretoria, o Conselho e todos os Departamentos sociais, pelo que peço a Deus que nos abençoe e Nossa Senhora de Aparecida que nos proteja neste biênio de 2018/2019.

Parabéns Apamagis pelos seus 65 anos.

Forte abraço a todos

Obrigado

ADRIANO CAMARGO PATUSSI (Juiz de Direito)

Discurso proferido em nome dos vitaliciados, por ocasião da Solenidade de Vitaliciamento dos Magistrados aprovados no 185º Concurso para Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 12.03.2018).

Senhor Presidente, Excelentíssimo Desembargador Manoel Pereira Calças, em nome de quem cumprimento a todos os presentes.

Há dois anos estávamos aqui, no mesmo Salão dos Passos Perdidos, compartilhando com pessoas queridas um momento ímpar em nossas vidas. Fomos empossados no tão sonhado cargo de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comemorávamos o fim de uma longa, árdua e gratificante jornada de estudos, ao tempo em que nos preparávamos para desempenhar a profissão que tanto almejamos.

À época, dominados por uma alegria contagiante e ansiosos para iniciarmos nossa atuação como julgadores, prometemos perante todos cumprir com retidão, amor à Justiça, fidelidade às Leis e às Instituições vigentes, os deveres do cargo de Juiz de Direito.

O juramento era sincero, e não poderia ser diferente. Todavia, ainda não tínhamos a plena convicção do que era ser um Magistrado. As incertezas e inseguranças ainda se misturavam com a emoção da aprovação no concurso público. A expectativa com a nova profissão e, consequentemente, com o novo estilo de vida, gerava um misto de felicidade e apreensão.

Passado este estágio inicial, demos início à nossa preparação na Escola Paulista da Magistratura. Em seguida, vivenciamos a experiência de assumirmos nossa primeira comarca e autuarmos, efetivamente, como juízes. Certamente um momento inesquecível.

Acesso ao Sumário

O dia a dia forense nos apresentou diversos desafios. Foram longas estradas percorridas até chegarmos nas mais distantes cidades de nosso Estado. Causas complexas julgadas, com relevantes impactos no cenário político e criminal. Demandas delicadas no âmbito da família, que nos exigiram sensibilidade ao sentenciar. Problemas administrativos e burocráticos, os quais até então não imaginamos que também deveriam ser resolvidos por nós. Atividade correcional em cartórios e delegacias.

Atuação com menores infratores e em situação de risco. Firmes decisões proferimos envolvendo o Poder Público. Lidamos com execução penal, Tribunal do Júri, Direito Civil e Tributário. Acompanhamos rotineiramente as atualizações legislativas e jurisprudencial, visando a uma tutela jurisdicional de qualidade.

Enfim, é por isso que rezamos todos os dias. Não nos queixando das dificuldades de nossas atribuições, mas agradecendo a Deus por nos confiar essa missão. Judicamos por amor, porque fomos escolhidos e somos vocacionados.

O tempo passou e aqui nos encontramos novamente para reafirmarmos nosso compromisso perante o Tribunal e o povo paulista. Agora mais sensatos, maduros e conscientes de nossas responsabilidades e da importância deste mister.

Em meio a críticas advindas de pequena parcela da população, eis que seguimos firmes em nossos propósitos e lutando, assim como no início, por uma sociedade mais justa e solidária.

Como dito em primeiro de março de 2016: “a conquista pessoal há de ser uma conquista social. É o que hoje nos é confiado e o que faremos nos tempos vindouros”.

Muito Obrigado

Acesso ao Sumário

RICARDO HENRY MARQUES DIP (Desembargador)

Discurso proferido em nome da banca examinadora do 185º Concurso para Ingresso na Magistratura, por ocasião da Solenidade de Vitaliciamento dos Magistrados aprovados (Cerimônia realizada em 12.03.2018).

SENHOR PRESIDENTE, faz quase 40 anos que sou juiz, e, ao largo destas quatro décadas, **alegrias**, nesta carreira que tem muito de sacerdotal (*ministri Dei sumus*), **alegrias** misturei a tristezas, **contentamentos** a ilusões frustradas,

projetos bem sucedidos a planos abdicados, nisto que é muito próximo de um resumo correntio das vitórias e traumas de todos os magistrados.

Mas destes quase 40 anos, se algo tenho a destacar em meu *curriculum vanitatum* é o fato ímpar de premiar-se minha carreira com a Presidência do 185º Concurso de Ingresso na Magistratura de São Paulo. Já por ter sido este prêmio uma outorga muito generosa do egrégio Órgão Especial desta Corte, a que não posso menos do que render o melhor de minha homenagem. Já por me dar ensejo ao convívio quase diário com almas da têmpera eleita dos Desembargadores Artur Beretta, Wanderley Federighi e Alex Zilenovski, e do Professor e Advogado Eduardo Arruda Alvim, aos quais nomes justo é acrescentar os dos Desembargadores Luciana Bresciani e João Batista Rebouças de Carvalho, integrantes da Comissão multiprofissional que tão bem e gravemente acolitou a Comissão de Concurso do 185. Faltam-me agora palavras −e elas me faltarão para sempre−, palavras que possam sintetizar a emoção que havia em conviver com o ânimo perseverante de justiça e de fervor institucional que me ensinava e distribuía esta gente de coração nobilíssimo, inteligência e cultura notáveis, que integrava as Comissões do 185.

Dois anos e pouco passaram-se, e aquele grupo de concursantes recrutados em um certame que, severo embora, quis sempre tanto ser gentil no trato, quanto justo na avaliação, aquele grupo fez-se nossa renovada magistratura bandeirante. Ei-los já todos −**somos juízes**−, provados nas primeiras experiências da vida judiciária, experiências gratas, mas já também dolorosas, ei-los já todos, **somos juízes**, portando a bandeira de nossa tradição paulista quase sesquicentenária.

Zelo tenho agora, em verdade, por sua sorte, pois quisera eu, fosse o moço que já não sou, estar com eles, estes nossos jovens magistrados, por mais largo tempo na trincheira de defesa indeclinável da magistratura, da magistratura que hoje suporta guerras e guerrilhas exteriores, às quais se juntam erosões internas, nesta quadra histórica em que a revolução cultural −sob a influência ideológica dos herdeiros de Gramsci e Marcuse− ameaça desconstruir o fecundo patrimônio que nos foi legado por Nossos Maiores.

Senhor Presidente, quando vai chegando a hora de minha geração passar à reserva, é gratificante, muito gratificante, perseverar na esperança de que esta "**gente do 185**" não permitirá sucumba o pavilhão de nossa Magistratura, e esperar que um dia, bem lá à frente, estes nossos magistrados brademainda alto e com justificado orgulho o lema propício que o Des. Beretta cunhou para confessar o pecadilho de vaidade de todos nós: "**Viva o 185!**"

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Solenidade de Vitaliciamento dos Magistrados aprovados no 185º Concurso para Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 12.03.2018).

Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ricardo Henri Marques Dip (Presidente), Artur Cesar Beretta da Silveira, Wanderley José Fedrighi, Alex Tadeu Monteiro Zilenovski e digno Professor Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, representante da OAB.

Senhoras e Senhores

Horas atrás, ao preparar esta oração, fazia eu menção à radiosa tarde paulistana, com céu azul anil e sem vestígios de nossa pauliceia garoa. Observo, no entanto, que neste momento cai uma chuva abençoada, maravilhosa e criadeira, no linguajar do campo. Como agricultor e pecuarista só posso bendizer e me alegrar com a chuva que faz a terra florescer e produzir.

Estamos festivamente reunidos neste majestoso ambiente que, orgulhosamente, nominamos de "salão dos passos perdidos", expressão paradigmática inspirada em idêntica denominação aplicada a similar espaço existente no Palácio da Justiça de Roma, a cidade eterna que é berço do Direito Romano, matriz do Direito Português e do Direito Brasileiro. As escadarias edificadas em mármore de Chiampo, o piso de Carrara, as 16 colunas jônicas de granito vermelho da centenária Itu, os capitéis de bronze artisticamente desenhados pelo escultor Domiciano Rossi, conformam a sobriedade que remarca o Palácio da Justiça de São Paulo, expressão máxima da genialidade do arquiteto Ramos de Azevedo e, inegavelmente, um dos mais belos edifícios de nossa capital, local de reconhecido brilho arquitetônico e cenário de memoráveis batalhas em prol do Direito e da Justiça.

Acesso ao Sumário

Aqui, no sacrossanto santuário da Justiça paulista, realiza-se venerável ritual que já se repetiu por 184 vezes: a cerimônia de vitaliciamento de juízes substitutos do Estado de São Paulo.

Portanto, em cumprimento ao disposto no artigo 95, inciso I, da Constituição Federal, que prevê a concessão aos juízes da garantia de vitaliciedade que pode ser adquirida após dois anos de exercício do cargo, bem como a teor do art. 13, inciso II, alínea "o" do Regimento Interno desta Corte de Justiça, o Egrégio Órgão Especial deliberou, em sessão realizada aos sete dias de fevereiro deste ano de 2018, por votação unânime, aprovar a proposta de vitaliciamento dos Juízes Substitutos aprovados no 185º Concurso para Ingresso na Magistratura paulista, após o cumprimento do estágio obrigatório e à vista do parecer favorável

da douta Corregedoria Geral da Justiça e do Colendo Conselho Superior da Magistratura paulista.

Não posso deixar de destacar a este seleto auditório, eminentes Juízes, que os senhores recebem o ornamento da vitaliciedade neste secular Tribunal de Justiça em momento histórico de nosso País, num cenário de grave crise econômico-financeira, moral, social e política de nossa Nação, mercê do que a célebre teoria de Montesquieu, - o iluminista de Bordeaux, pai da teoria da separação dos poderes -, vem sendo brutalmente violentada. O Espírito das Leis, obra fundamentada na filosofia de Aristóteles, que deu origem ao sistema de freios e contrapesos (the checks and balances), que amalgamou o empirismo britânico e o pragmatismo norte-americano, deixa de ser observado na República Federativa do Brasil. Em razão disso, os ataques ao Poder Judiciário e a todos os servidores públicos não escondem o real objetivo de uma injusta campanha difamatória, que tem como escopo macular a imagem que o Poder Judiciário angariou perante a grande maioria dos brasileiros.

Diante de tal quadro, cumpre-me relembrá-los que o juramento que os senhores fizeram de cumprir a Constituição Federal, a legislação brasileira e o Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, deve servir de farol altaneiro a guiar-vos no exercício da sagrada missão de fazer justiça, observando os princípios insculpidos no artigo 37 da Carta Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesta linha de comportamento, impõe-se enfatizar que o bom juiz, a boa juíza, deve ser alguém que assuma a missão de fazer justiça com bondade e coragem, independência, altruísmo, devendo, para tanto, dedicar-se cada vez mais aos estudos, ser substancialmente honesto, agir com imparcialidade, paciência, temperança, prudência, sensatez, humildade, modéstia, simplicidade, amor ao trabalho, brandura no trato com as partes e servidores, sem que se olvide da indispensável energia no exercício do mister judicial, dedicação e comprometimento. A toga que nos é outorgada pela cidadania, conquistada em respeitado e rigoroso concurso de títulos e provas, deve ser conduzida pelo magistrado com a pureza advinda do fundo de vossos corações. Ressalto que a honestidade não é considerada virtude, mas obrigação e singelo ponto de partida, imprescindível como a capacidade civil e o diploma de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais para ser Juiz. A desonestidade é o pior defeito que pode trazer desonra para aquele que usa a toga de magistrado. Juiz desonesto não é juiz, mas simples e vil criminoso. Ademais, o bom juiz deve saber usar o "sim" e o "não", constituindo-se virtude inerente ao magistrado saber dizer sim e não com destemor e coragem. O sim e o não devem ser ditos com base nos fatos provados e na Constituição Federal e legislação ordinária.

Em razão de tais reflexões, quando defendo de forma intransigente as garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de

vencimentos, faço-o certo de que o Juiz deve cumprir rigorosamente os deveres de assiduidade, pontualidade, produtividade, civilidade, urbanismo, tolerância, comprometimento e amar a Magistratura com a devoção do vocacionado que logrou nela ser admitido, como ocorre com todos vós.

Postura e compostura são exigências impostas aos Juízes e Juízas. Somos magistrados durante vinte e quatro horas por dia e até o dia de nossa morte. Por isso, em qualquer situação, em toda situação, em qualquer lugar, em todos os lugares, não vos esqueçais que sois magistrados e, por isso, tendes o dever de assim se portar, assim se vestir, assim falar, assim pensar. Há uma autêntica toga imantada em nosso corpo e em nossa alma, que deve permanecer inconsútil, tal qual estava à primeira vez que a usamos e até que ela nos sirva de mortalha.

Independência e liberdade, sem autoritarismo. Ser justo, sem ser justiceiro. Reconhecer o erro demonstra coragem, e não tibieza. Por isso, voltar atrás quando constatar que não tomou a melhor decisão, ou diante de fatos supervenientes, ou, ainda, por simples reflexões ou evolução no modo de pensar.

Nosso Corregedor Geral da Justiça velará pelo cumprimento de tais deveres.

Anoto, ainda, que o Tribunal de Justiça é classificado como instituição. Nesta senda, rememorando clássicas lições de Maurice Hauriou, professor da Universidade de Toulouse, Santi Romano, professor na Universidade de Modena, Otto von Gierke, professor da Universidade de Berlim, dentre outros grandes institucionalistas, constata-se, na medida em que o Tribunal de Justiça é constituído por um grupo de pessoas com indiscutível forma de organização social, com atuação perene e estável, que elege como pedra angular a ideia fundamental de distribuir Justiça – objetivo perfilhado como ideal por todos os componentes do Judiciário: Magistrados e servidores, sendo todos regidos por um estatuto interno (Loman e Regimento do Tribunal) –, forte no princípio da hierarquia, bem como ancorado no respeito mútuo, no solidarismo, na socialidade, no afeto, no amor ao próximo, na dignidade da pessoa humana, regida pelos princípios éticos e legais, avulta com clareza sua natureza institucional. Insisto, se fazemos parte de uma Instituição, devemos cumprir nossos deveres legais e estatutários, bem como fazer valer nossas prerrogativas constitucionais e legais.

Terminando esta oração quero cumprimentar os componentes da Banca Examinadora do Concurso, que, com devoção e competência, dedicaram-se a garimpar, entre os milhares de candidatos que se apresentaram ao certame, aqueles que a bateia mostrou serem, efetivamente, os melhores e vocacionados para a judicatura. Agradeço, ainda, a Escola Paulista da Magistratura, na pessoa de seu Diretor, o desembargador Francisco Loureiro, pela imensa contribuição na formação dos novos magistrados. Quero agradecer a seus pais, irmãos, amigos, namorados, namoradas, esposos e esposas, companheiros e companheiras, enfim, todos aqueles que participaram do crescimento, educação,

aperfeiçoamento, de cada um dos Magistrados que é recepcionado nesta tocante e emblemática solenidade de passagem na carreira da Magistratura de cada um de vós.

Quero dizer a vós, Magistrados ora vitaliciados, que o Tribunal de Justiça espera muito de cada um de vós, tendo a certeza de que não nos decepcionareis e que, mercê do brilho de vossas inteligências, cultura, dedicação, comprometimento e amor pela função jurisdicional, sereis lapidado pela rica experiência da vida dedicada à judicatura. Com isso, quando os múltiplos invernos vividos como magistrados tiverem tingido de branco os cabelos de cada um de vós, como ocorre com este que vos fala em nome de nossa Corte bandeirante, que seus filhos e netos, demais familiares e amigos possam repetir a frase inscrita na cripta de Ruy Barbosa, plantada no Tribunal da Justiça da Bahia: "Estremeceu a Pátria, viveu no trabalho e não perdeu o ideal".

Tenho dito.

FÁBIO DE OLIVEIRA QUADROS (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse dos novos Desembargadores Cláudio Antonio Marques da Silva e Elói Estevão Troly (Solenidade realizada em 13.03.2018).

Excelentíssimo Senhor Presidente,

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem a honra de receber dois novos integrantes.

São eles os Desembargadores Elói Estevão Troly e Cláudio Antonio Marques da Silva, que, respectivamente, chegam à mais alta Corte de nosso Estado após 32 e 28 anos de brilhantes carreiras, em que demonstraram ser portadores de atributos pessoais e profissionais que fizeram que seus nomes ficassem marcados pelas Comarcas onde exerceram a Magistratura.

Agora, em definitivo no segundo grau de jurisdição, após a experiência profícua como Juízes Substitutos deste Egrégio Tribunal.

Os julgamentos colegiados descortinam nova realidade na carreira do Magistrado que, a partir de então, tem a responsabilidade de conhecer o conteúdo daquelas decisões submetidas a seu crivo revisor, muitas vezes após longos meses da apreciação do juiz singular, o que exige mais atenção e cuidado redobrado na formulação dos votos a serem levados a seus pares.

Também (indispensável) ter necessário espírito aberto para novos

Acesso ao Sumário

argumentos, novas situações de fato que sejam apresentados à discussão por outros integrantes do órgão colegiado que integra.

Referidas particularidades não deverão trazer aos Desembargadores Elói e Claudio qualquer dificuldade em seu trato porque pessoas dotadas de todas as qualidades para com elas lidar, afinal, são muitas décadas no multifacetado exercício da resolução dos litígios submetidos às suas jurisdições.

Assim o dizem suas brilhantes carreiras.

O Doutor Elói Estevão Troly iniciou-a em novembro de 1985, como Juiz Substituto na 13ª Circunscrição Judiciária de Araraquara, foi promovido para as Comarcas de Monte Azul Paulista, Americana, ao Foro Regional de Santana, nesta Capital e removeu-se para Americana até sua vinda para o segundo grau de jurisdição como Juiz Substituto a partir de 19/11/2017.

O Doutor Cláudio Antonio Marques da Silva assumiu o cargo de Juiz Substituto da 14ª Circunscrição Judiciária de Barretos em 19/02/1990, Comarca onde também exerci a Magistratura. Foi sucessivamente promovido para as Comarcas de Nova Granada, Itapeva, de Auxiliar da Capital, Osasco, São Caetano do Sul e Capital (11ª Vara da Fazenda Pública) e, logo após, removido para o cargo de Juiz Substituto em Segundo Grau.

Chegam ao Tribunal de Justiça como Desembargadores por ato de 07/02/2018 e assim o fazem em época qualificada por injustos ataques generalizados ao Judiciário.

Partem eles de diversas fontes interessadas em desqualificar os Magistrados e suas decisões, em época de aberto combate à apropriação do Estado por verdadeiras sociedades do crime, inspiradas apenas em perpetrar-se como ímprobos mandatários, unicamente para usufruir o poder do qual se julgam donos olvidando-se de seus juramentos de representar e bem servir ao povo.

Através dos mais diversos meios procuram enlamear a honra daqueles que ocupam cargos no Judiciário e Ministério Publico e que após longos anos de carreira e inestimáveis serviços prestados à coletividade mantém-se cônscios de seus deveres e obrigações.

Desnecessário dizer que tão maléficos intentos não serão concretizados e sempre será preservado o Estado democrático de direito que tem na Magistratura sua irrestrita fiadora.

Senhoras e senhores, somaram, portanto, os Doutores Elói e Cláudio Antonio seus nomes àqueles que defendem tais ideais tão logo ingressaram na Magistratura e, novamente, o fazem nesta oportunidade, e passam a tê-los registrados nos anais do Tribunal de Justiça e passam a ostentar as insígnias do cargo, mas não é só, eles, seus nomes, serão introduzidos em painéis distribuídos pelas paredes deste Palácio de Justiça, centenária e suntuosa obra arquitetônica criada pela genialidade de Ramos de Azevedo.

A solidez do magnífico edifício, contudo, não é só percebida e admirada pelos que nele adentram, pela opulência de suas colunas, pela beleza e elegância de seus afrescos e vitrais, pela nobreza do madeiramento, mas pelos ilustres nomes de seus membros que dão sustentabilidade ao espírito de Justiça que reina nessa edificação.

Sabem, assim, os novéis desembargadores que seus dignos nomes, patrimônio herdado de seus nobres familiares, passam a ser também sustentáculo deste que sempre será nosso Palácio da Justiça.

Muito obrigado.

CLÁUDIO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse e de Elói Estevão Troly, como Desembargadores do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 13.03.2018).

Autoridades presentes, colegas, familiares, amigos, minhas senhoras, meus senhores.

Tenho dois sentimentos que estão presentes em todas as pessoas que passam por um momento como este que agora estou vivendo: o sentimento de júbilo e o sentimento de agradecimento. Sobre o primeiro tenho pouco a falar, porque é evidente a minha alegria e o meu orgulho. Sobre o segundo me estenderei um pouco mais, porque tenho muito, muito a agradecer.

Primeiramente aos meus pais (in memoriam), familiares, Rosangela – por tudo o que tem feito e faz por mim –, Flávia, Fernando, Daniel, meu irmão Celso, meus primos (que os tenho como irmãos). Por tudo o que sempre fizeram, sempre me apoiaram, sempre me estimularam. São minha razão de viver e primeiros entre os meus agradecimentos.

Também devo muito a colegas que me auxiliaram com grande generosidade durante toda a carreira, desde o início e até mesmo antes de entrar na Magistratura. Peço perdão por não mencionar o nome de todos, porque não haveria tempo suficiente para tanto, mas destacarei aqui aqueles que mais me marcaram e para os quais tenho esse dever de agradecimento, o qual encontro neste momento a oportunidade propícia de fazê-lo.

Exercia a advocacia empresarial e ao mesmo tempo pretendia fazer o concurso. Enfrentava algumas dificuldades, como todas as pessoas que trabalham de dia e estudam à noite. Aliás, isto é o que acontece comigo desde os 15 anos, sempre estudando à noite e trabalhando de dia. Naquela época,

Acesso ao Sumário

portanto, como Advogado de empresa, tinha muita dificuldade por falta de experiência na área penal e de processo penal. O Desembargador José Roberto Coutinho de Arruda, que já me cumprimentou pelo dia de hoje, foi o primeiro a me incentivar, o primeiro a me ajudar bastante naquele momento. Eu conseguia uma folga todas as quartas-feiras, com autorização do gerente do departamento legal, e ia para Osasco, onde o Doutor Coutinho de Arruda era titular da 1ª Vara Criminal. Ele marcava a pauta com todas as precatórias às quartas-feiras e como os advogados não compareciam, na maioria das vezes, me nomeava como ad hoc, franqueando-me o cartório e propiciando um aprendizado que é mais do que se espera de alguém que incentiva, mas aquilo que realiza um amigo mesmo, disposto a nos receber e nos ajudar.

Sou eternamente grato ao Desembargador Arruda. Nunca me esquecerei disso.

Nós começamos nossa carreira, a turma do meu concurso, exatamente nesta sala, porque ainda não existia a Escola Paulista da Magistratura, que hoje é liderada pelo ilustre Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, que me honra com sua presença. Nós ouvíamos palestras e à tarde tínhamos algum estágio no curso de iniciação.

Logo fui para Barretos e lá conheci o Desembargador Fábio de Oliveira Quadros e os colegas hoje aposentados e atuando na advocacia Hélio Navarro e Luiz Henrique Cunha. Mais do que dar boas-vindas, foram amigos e me ajudaram muito, porque o trabalho é bem diferente depois que saímos da advocacia e ingressamos na Magistratura. Tropeça-se na experiência das primeiras audiências. O Juiz Substituto é novo, mas nas comarcas atuam Advogados muito experientes, com muitos anos de carreira, como ocorre nesse Estado, onde milita a elite da Advocacia deste País, da qual Vossa Excelência, Doutor Luiz Flávio Borges D'Urso, é referência. Meus colegas me ajudaram demais. Foram amigos, e aquela convivência fez com que eu os colocasse no meu curriculum como aqueles que jamais esquecemos.

Passei por outras comarcas. O tempo maior que permaneci foi na 11ª Vara da Fazenda Pública Central, onde também tive o privilégio de conviver com colegas como Domingos Franciulli, alguém que muito estimo. Oito anos estivemos ali trabalhando, oito anos de alegria, de apoio. Não é que não tivéssemos alguma discussão ou divergência, mas jamais foi proferida uma palavra ríspida sequer. Então é possível imaginar a alegria e o privilégio que tive com essa convivência.

Eu me preparava já naquele tempo para a segunda instância, então participei de dois mutirões promovidos pela Presidência, dos quais participavam Câmaras com juízes convocados. Eram presididos pelo Desembargador Walter Swensson, que também me ajudou muito no aprendizado do julgamento de colegiado. Foi muito bom, tive grande proveito quando da minha remoção para a 14ª Câmara

de Direito Público.

Ali, novamente fui muito bem recebido pelos colegas, entre eles o Desembargador José Jarbas de Aguiar Gomes, que já era referência no Ministério Público e veio abrilhantar a Magistratura com seu conhecimento, experiência e bondade. Depois, na Presidência de João Alberto Pezarini, Octavio Augusto Machado de Barros Filho, que na companhia de Geraldo Euclides Araujo Xavier, Henrique Harris Júnior, Mônica de Almeida Magalhães Serrano, Rodolfo César Milano (que auxiliava, como eu) e Silvana Malandrino Mollo, me propiciaram quase seis anos de grande convivência, com muita alegria e muito aprendizado.

Na Seção de Direito Público também pude conviver com o Desembargador Ricardo Mair Anafe e pude testemunhar o empenho de Sua Excelência para que todos os Desembargadores e Magistrados Substitutos tivessem todas as condições, as melhores condições, de ali trabalhar, além de uma preocupação intensa para que não houvesse qualquer atraso e até fossem superadas as metas do Conselho Nacional de Justiça. Considero esse período um grande privilégio para mim e minha carreira.

E agora, com essa promoção, fui recebido muito carinhosamente pelo Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente da Seção de Direito Criminal, além de amigo, colega de turma da Faculdade de Direito do Largo São Francisco. E já comecei a trabalhar com colegas muito amigos como Fábio Poças Leitão, José Antonio Encinas Manfré, Willian Roberto de Campos e Ricardo Sale Júnior.

É um momento de grande alegria para mim. Repetida alegria, porque eu e meus colegas saímos daqui no início da carreira e fomos para todo o interior, nas mais diversas comarcas, e voltamos agora. Lá em Barretos tive a oportunidade de conhecer o caríssimo colega Elói, que por grande felicidade divide comigo esse momento de alegria. Foram momentos muito gratificantes.

Nós não tínhamos uma experiência de vida profissional, mas tínhamos alegria e esperança. Voltamos aqui agora com alguma experiência e redobrada alegria e esperança, o que é próprio daqueles que fazem aquilo que gostam, aquilo que é sua vocação.

Eu já tive oportunidade de aplaudir colegas de concurso que aqui chegaram antes e terei a oportunidade de aplaudir os demais que virão.

Agora é tempo de prestar minhas homenagens a dois deles que partiram muito cedo. Trata-se de Ricardo Fiore e de Edmar de Oliveira Ciciliati. Faleceram e foram exemplo, enquanto entre nós, de colegas, de juízes e de amigos. Até poucos dias eu ainda tinha a esperança de ver aqui mais um colega que era a alegria de todos nós: o já aposentado Arthur Allegretti Joly.

Infelizmente ele nos deixou. Era uma pessoa de alegria incrível, sempre abraçando e estimulando a todos. Eu o conheci logo que cheguei à Capital, já

que era praxe naquele tempo passar ou pelo DIPO ou pelas precatórias antes que fôssemos alocados como auxiliares nas varas. Nessa época eu conheci o Arthur Jolly, colega que jamais esqueci. Sempre, sempre alegre. O único momento em que o Arthur ficava triste era quando via algum colega triste. Se a tristeza era grande ele sem cerimônia abraçava e chorava junto, mas logo se alegrava.

Agora pouco o Desembargador Fábio Quadros mencionou este prédio maravilhoso, pelo qual passamos e vemos as fotos de nossos líderes do passado. Temos que homenageá-los sempre. Mas não só os líderes cujas fotos estão em exposição, mas também os liderados, aqueles que honraram a toga com trabalho e dignidade e que nos legaram esse patrimônio histórico e

moral que hoje, para gáudio de todos nós, é honrosamente presidido por Vossa Excelência, Desembargador Manoel de Queiroz

Pereira Calças, cercado pelos notáveis membros do Conselho Superior da Magistratura. Notáveis sim, porque não estariam aqui colocados por seus pares se não o fossem.

Agradeço a todos os colegas e autoridades presentes, parentes e amigos, e proferindo estas palavras devolvo a palavra a Vossa Excelência. Muito obrigado.

ELÓI ESTEVÃO TROLY (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse e de Cláudio Antonio Marques da Silva, como Desembargadores do Tribunal de Justiça (Solenidade realizada em 13.03.2018).

Boa tarde a todos.

Em nome do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calça, cumprimento todas as autoridades presentes já nomeadas pelo cerimonial.

Senhores Magistrados, membros do Ministério Público, Advogados, Servidores, familiares, senhores e senhoras:

A GRATIDÃO É O BÁLSAMO DA ALMA.

Neste momento de alegria e intensa emoção, externo, com todas as forças e o pulsar do coração, meu sincero e profundo agradecimento:

A DEUS, pela vida e saúde.

Por ter nascido filho de LUIZ MÁXIMO TROLY e de CONCEIÇÃO LOPES TROLY, que me trouxeram à luz em berço honrado, com todas as condições que

Acesso ao Sumário

me permitiram buscar os sonhos e os ideais e, acima de tudo, pelos princípios fundamentais para construção de uma vida digna, devotada à família e ao trabalho.

Ao meu irmão, Edson Luiz Troly, pela dedicação constante à nossa família e apoio incondicional às minhas empreitadas.

Aos meus filhos, Bruno Stefano e Hugo Stefano, por terem me dado, desde a tenra idade, a oportunidade de aprender a ensinar; e, agora, já adultos, por me ensinarem a aprender. Ao lado deles, Cinthya, esposa do Bruno, e Isabela, namorada do Hugo, minhas noras queridas. Meus amados filhos que, por si sós, justificam minha existência.

De forma especial, — nesta vida e por toda a vida, — AGRADEÇO à minha esposa, VERA LÚCIA SONEGO TROLY, pelo amor, compreensão, dedicação, partilha de sacrifícios, paciência, cuidado extremo com os filhos, enfim, por percorrer todas as fases, do período pré-vestibular, da universidade, das instâncias e entrâncias, diuturnamente ao meu lado, incentivando-me e se tornando, ao longo do tempo, meu sustentáculo. Das entranhas da alma, digo: muito obrigado por tudo que me tem feito durante esses quase trinta e três anos de carreira. Em seu nome, cumprimento e rendo sinceras homenagens às esposas de todos os magistrados e, de igual forma, aos maridos de todas as magistradas de nosso Tribunal de Justiça.

Agradeço por ter nascido em Matão, terra em que, desde os primórdios, cultivam-se a fé, a dedicação ao trabalho e o cuidado com a educação. Lá, desde a infância até meus 18 anos, cursei escolas públicas de qualidade e tive extraordinários professores, que me ensinaram os postulados básicos da formação e o conhecimento necessário para galgar os degraus seguintes, a quem também rendo os mais sinceros agradecimentos e homenagens. Honra-me ser matonense.

Também agradeço aos ilustres e renomados mestres que tive na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), dentre eles, o Professor Des. Walter Piva Rodrigues, na pessoa de quem também registro merecidas homenagens a todos eles.

O início, como Juiz Substituto, ocorreu na Comarca de Araraquara. Os primeiros passos foram dados com orientação, conselhos e ensinamentos fundamentais de grandes magistrados, aos quais muito agradeço na pessoa do Doutor Heitor Luiz Ferreira do Amparo. Essa época foi, para mim, verdadeira "Escola da Magistratura".

Em Monte Azul Paulista e em Novo Horizonte, primeira e segunda Comarcas, tive a mesma ventura. Minha esposa e eu conhecemos pessoas maravilhosas que se tornaram muito amigas e leais, até hoje assim mantidas e consideradas, apesar do distanciamento da convivência.

Acesso ao Sumário

Em 1.991, promovido à Comarca de Americana. Nosso primeiro filho, o Bruno, tinha então quatro anos; logo em seguida, nasceu o Hugo. Desde então nossa família tem sido acolhida e valorizada pelos americanenses. Pela bondade da população e reconhecimento da Câmara Municipal, recebi o título de Cidadão Americanense. Tal como em relação a Matão (Terra da Saudade), tenho honra de ser cidadão de Americana, a "Princesa Tecelã".

Em Americana, os colegas magistrados tornaram-se grandes amigos e praticamente membros da mesma família. É impossível resumir em palavras a excelência do ambiente de trabalho, da amizade, lealdade e comprometimento de todos seus juízes. A qualificação e a dedicação dos seus funcionários. A harmonia e respeito existentes entre a magistratura, os advogados e os membros do Ministério Público, uma marca histórica da Comarca.

Promovido em 2004 para esta Capital, tive a felicidade de trabalhar no Foro Regional de Santana durante quase sete anos. Novos e valiosos amigos foram acrescidos. Sinto-me privilegiado por ter atuado e convivido no querido "Fórum de Santana".

Retornei em fevereiro de 2011 à Comarca de Americana, elevada a entrância final. Foram quase sete anos de trabalho prazeroso ao lado dos antigos e novos amigos magistrados.

Durante toda essa trajetória, sempre contei com valorosos e dedicados funcionários para compartilhar os deveres funcionais e o atendimento aos jurisdicionados. Os servidores são imprescindíveis à administração da Justiça.

Minha acolhida neste Tribunal, pela Egrégia Presidência, pelo Conselho Superior da Magistratura e demais magistrados, foi extraordinária e inesquecível.

Em especial, agradeço à Colenda 1ª Câmara de Direito Privado, onde comecei como Juiz Substituto em Segundo Grau, há poucos meses. A manifestação de respeito, reconhecimento e apoio integral são exemplares. Novamente, a alegria de reencontrar velhos amigos e de conhecer novos, agora já igualmente tidos como de longa data, pela empatia e abertura à formação de sincera amizade.

Acesso ao Sumário

Não foi diferente em relação aos colegas e amigos da 15ª Câmara de Direito Privado, que passo a integrar como Desembargador. O apoio e o respeito merecem reconhecimento e gratidão.

Agradeço, também, à minha equipe de assistentes e escreventes, pela dedicação, seriedade e comprometimento. Muito obrigado.

E, na sequência desse mantra, minha gratidão ao Desembargador FÁBIO DE OLIVERA QUADROS, grande amigo desde os tempos de início da carreira, paradigma de magistrado e exemplo de ser humano. Suas palavras muito ultrapassam meus modestos méritos. São próprias de sua imensa bondade.

Ao Desembargador Cláudio Antonio Marques da Silva, que hoje também toma posse, parabéns. Desejo-lhe saúde e paz para a nova empreitada. Que nossa

amizade cresça e permaneça forte e inabalável, alimentada pela seiva desse dia.

Agora, — senhor Presidente, demais autoridades, familiares e amigos, — peço a Deus saúde e energia para continuar o trabalho de magistrado, com humildade e consciência de quem muito ainda precisa aprender. Tenho a máxima honra de integrar o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal Bandeirante. Pretendo compartilhar todos os esforços da magistratura paulista para propiciar, da melhor forma e presteza possível, a distribuição de Justiça aos cidadãos, ao povo paulista, lutador, forte e trabalhador, os destinatários finais de nosso trabalho, a razão de ser de nossa missão.

Os tempos atuais são difíceis. Alguns podem pretender enfraquecer o Poder Judiciário. Não vão conseguir. O Judiciário é um dos Poderes da República; não é dos juízes. É o guardião da Constituição e das leis nacionais. Preserva a paz social, os direitos fundamentais. Propicia o avanço e a manutenção do Estado Democrático de Direito. Não esmorecerá na preservação desses princípios.

Não nos esqueçamos de que as instituições democráticas permanecem e são imprescindíveis à vida em sociedade, ao respeito e à proteção da liberdade e para definição da responsabilidade de todos, indistintamente. Os homens que as integram em determinado momento histórico são passageiros, efêmeros. As instituições continuam e devem ser aperfeiçoadas.

Todos os avanços tecnológicos atuais e muitas ideias de falsa modernidade não substituem o marco fundamental e o norte, a base e a direção, consubstanciadas no humanismo. Que não tenhamos necessidade de outros renascimentos, sofridos e sangrentos, para restabelecer e manter o respeito humano e solidário na vida em sociedade. Que a luz permaneça a iluminar o caminho para nos afastar dos obstáculos, das valas traiçoeiras, dos extremismos irracionais, próprios das sendas escuras, do breu indefinido. Que a coragem, — ponto de equilíbrio entre os extremos da covardia e da temeridade, — seja nossa principal arma para lutar por uma vida melhor para todos.

Desembargador Cláudio, meu caro amigo, tomemos o arado, com mãos firmes!!!

Muito obrigado a todos.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da Posse dos novos Desembargadores Cláudio Antonio Marques da Silva e Elói Estevão Troly (Solenidade realizada

em 13.03.2018).

(Cumprimentos às autoridades presentes, empossados e familiares)

Minhas senhoras, meus senhores.

Ainda estou no noviciado, não tenho a experiência do Presidente Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, mas já presidi algumas posses nesse curto espaço de tempo. Aliás, a última, dos Desembargadores Carlos Vieira Von Adamek e Ramon Mateo Júnior, foi feita a quatro mãos: começou na Presidência do Desembargador Paulo Dimas e terminou aqui.

Assistindo a esta cerimônia, neste salão tão ornamentado, arquitetonicamente tão complexo e maravilhoso, que evoca a beleza e a tradição desta Corte, não pude deixar de notar um contraste que me causou extrema alegria: a simplicidade dos eminentes Desembargadores, que com palavras singelas abriram seus corações e contaram a história de suas vidas. Nesse historiar dos passos do passado que os fizeram chegar a este Tribunal de Justiça demonstraram e aplicaram aquilo que gosto de chamar de "pedagogia do exemplo". Realmente, Doutor Cláudio Antônio Marques da Silva e Doutor Elói Estevão Troly, os senhores deram uma aula de modéstia, de singeleza, de simplicidade e de amor.

A primeira coisa que eu senti foi o amor, porque ambos, ao falarem com o coração, a primeira coisa que fizeram foi tratar do sentimento da gratidão. Ambos, na mesma linha de pronunciamento, falaram em primeiro lugar de seus pais. Na sequência, de suas esposas, de seus filhos, de seus irmãos, dos seus primos e dos demais componentes do núcleo familiar. Este é um exemplo em uma época em que o respeito aos pais e aos antepassados deixa de ser aquilo que deveria ser e sempre foi, um dever de respeito e de gratidão. Foi uma aula.

Na sequência do amor à família, aos amigos e aos colegas, enalteceram o trabalho. Ambos começaram a trabalhar na meninice. Demonstram que, ao contrário dos valores que hoje têm sido imprimidos em nossa sociedade, no sentido de que nossos filhos devem apenas estudar, na verdade o trabalho enobrece e faz com que cada ser humano saiba dar valor a cada conquista que logra obter. Foi outra aula.

Em terceiro lugar, Vossas Excelências demonstraram a esse seleto auditório a emoção de se poder fazer aquilo que se ama. Pela data do término dos cursos de bacharel em Direito de cada um é possível perceber que vieram às pressas para o seio da Magistratura. Isso demonstra que atenderam o chamado vocacional, atenderam o clamor do coração. Ambos com voz embargada disseram que amam o que fazem – e quem ama o que faz, o faz bem feito. Foi exatamente o sentimento que cada um dos senhores, Magistrados que são, transmitiu aqui para todos os que estão participando desse momento tão alegre, tão feliz, tão emotivo e ao mesmo tempo tão referto de significado.

Trabalho, amor aos estudos, dedicação. Cada um dos senhores demonstrou

que sabia o que queria, por que queria e em razão do quê se dedicavam tanto a chegarem à Magistratura paulista.

Quero ressaltar a todos que não conhecem os currículos dos dois Magistrados que ambos são cultos, ambos egressos das Arcadas de São Francisco, ambos tiveram a melhor formação jurídica que se pode ter. E com isso trazem para cá aquilo que aprenderam no Pátio do Largo de São Francisco.

Mais ainda, o início da carreira de cada um, um na Morada do Sol, outro na Terra do Peão de Boiadeiro, cada qual trazendo o pó da estrada percorrida e o amor àquilo que se faz, em uma autêntica cavalgada e chegaram aqui a trote, a galope ou à carreira. Chegaram e venceram.

Hoje nós os recebemos com imensa alegria, com o carinho que arrebata a toda plateia por que todos que aqui se encontram, tal qual o Fábio Quadros que o recebeu em Barretos, o Heitor Ferreira do Amparo, meu colega de concurso que nunca deixou Araraquara. Aliás, ambos que os receberam são do meu concurso, esse entrelaçar de histórias nos faz apaixonados pela Magistratura paulista.

Saibam que cada um dos Juízes de São Paulo está bem representado pelos dois Desembargadores que aqui chegam, com a experiência haurida ao longo de carreiras feitas com vagar, sem correria. No passo que diz respeito à carreira perseguida e que trazem para o Tribunal de Justiça uma pletora de experiências, de amor, de paixão pela carreira. E que têm postura e compostura, que é o que se exige do Magistrado. A toga lhes é leve.

Vossas Excelências irão prosseguir a história da Corte paulista, da Corte Bandeirante, fazendo com que a função jurisdicional que brota do coração de cada um, da inteligência fulgurante que têm, da cultura conquistada ao longo de muitos estudos, será para nós o exemplo para os novos juízes – na medida em que ontem, neste mesmo horário, vitaliciamos o último grupo de magistrados que estava à espera.

Então, fica a certeza de que o exemplo de Vossas Excelências servirá de farol para os novos magistrados. Hoje, ao ouvi-los discursar, senti pura e simplesmente o que é ser Juiz, o que é amar a Magistratura, o que é ser um Juiz paulista. Que Deus vos abençoe e que São Paulo continue a ter Juízes do porte, do quilate, da estatura moral e intelectual de Vossas Excelências.

Tratem de continuar a ser felizes, exercendo a Magistratura pelos largos anos que têm pela frente. Que Deus os abençoe.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

JOSÉ EDENIR SCARAMAL (Servidor da Comarca de José Bonifácio)

Discurso proferido por ocasião da inauguração das instalações do Fórum da Comarca de José Bonifácio (Solenidade realizada em 23.03.2018).

Exmo. Sr. Doutor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, Presidente do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para mim poder saudá-lo neste momento, é motivo de grande júbilo. V. Exa. pode nem se recordar, mas fui seu aluno de Direito Comercial nos bancos acadêmicos da Faculdade de Direito Riopretense, carinhosamente chamada de Fadir, no final da década de 70, quando V. Exa. era Juiz de Direito na Comarca de São José do Rio Preto. Se não bastasse, V. Exa foi o patrono da minha turma "bacharelandos de 1978". Tenho ainda o convite de formatura onde é bem clara a inscrição: Turma Manoel de Queiroz Pereira Calças. V. Exa. se destacava como mestre pela maneira desenvolta e prática que ministrava a aula. Em sua pessoa cumprimento todos os demais membros da Magistratura Paulista aqui presentes.

Membros do Ministério Público, Prefeitos, Vereadores, Polícia Civil, Polícia Militar, demais autoridades, funcionários do Judiciário, do qual tenho a honra de fazer parte, família do homenageado Oficial de Justiça Sérgio Bertoni, senhores, senhoras.

O homenageado Sérgio Bertoni nasceu nesta cidade no dia 08 de junho de 1939, filho de Orlando Bertoni e Maria José de Jesus. Casou-se no dia 26/01/1959 com Maria Inácia Santiago.

Exerceu a função de Servente Extranumerário do quadro da Secretaria do Tribunal de Justiça, de 25/09/59 a 15/12/1965. Em 16 de dezembro de 1965 tomou posse no cargo de Oficial de Justiça, exercendo-o até 22 de novembro de 1994, quando merecidamente aposentou-se.

Durante esse período, prestou relevantes serviços à Justiça como Voluntário do Comissariado de Menores, chegando a exercer por longo tempo a função de Chefe desse serviço.

Prestou serviços em todos os pleitos eleitorais durante todo o período, quer nas mesas receptoras, quer nas apuradoras, e até mesmo acompanhando o Juiz Eleitoral durante a votação, uma espécie de braço direito.

Infelizmente às 17 horas do dia 19 de julho de 2007 veio a óbito na cidade de Salvador

– BA. Seu corpo foi trasladado para esta cidade e aqui sepultado.

Toda a família Bertoni deve sentir a sua falta em seu meio, pois o Todo Poderoso lá de cima o chamou para junto de si, mas por outro lado pode se sentir honrada pelo grande homem que foi e que fez história junto à comunidade

Acesso ao Sumário

Bonifaciana, principalmente nos meios forenses onde tive a oportunidade de batalhar junto com ele cumprindo os mandados que nos eram destinados.

Pelos méritos e pelos relevantes serviços prestados à Justiça com grande amor e dedicação, o E. Conselho Superior da Magistratura, em sessão realizada no dia 29 de março de 2016, aprovou manifestação favorável da Douta Comissão de Honraria e Mérito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando a denominação de "Central de Mandados Oficial de Justiça Sérgio Bertoni".

Após encerradas as solenidades de inauguração do novo e tão sonhado prédio do Fórum, convido familiares do homenageado, autoridades, e demais pessoas que assim o quiserem, para se dirigirem até a sala onde funciona a Central de Mandados e ali poderão ver estampada e bem visível a placa indicativa "Central de Mandados Oficial de Justiça Sérgio Bertoni".

ANDRÉ DA FONSECA TAVARES (Juiz Diretor do Fórum da Comarca de José Bonifácio)

Discurso proferido por ocasião da inauguração das instalações do Fórum da Comarca de José Bonifácio (Solenidade realizada em 23.03.2018).

Exmo. Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, em nome de quem saúdo todas as demais autoridades presentes e já nominadas.

Bom dia a todos! Sejam bem-vindos a Comarca de José Bonifácio, que vos recebe com imensa satisfação.

Hoje é dia de alegria e um sábio já disse que um reino perfeito seria constituído exatamente de paz, justiça e alegria. Realmente, não são estes os valores universais que almejam todos os ordenamentos jurídicos? Como haver justiça sem paz e alegria? E que alegria pode haver sem paz e justiça?

Dos três valores, quero falar sobre a alegria, sem ser piegas. Alguns a chamam de paixão pelo trabalho, amor, dedicação, entusiasmo, encontro de finalidade e sonhos. Em outros lugares é chamada de "bom ambiente de trabalho" ou "clima organizacional". Para os economistas e financistas, é o "animal spirits" ou "bull market". Entre os militares, é a chamada "moral da tropa". Em nossa Constituição pode ser encontrada na previsão da dignidade da vida humana. No ambiente forense, é que nos capacita psicologicamente para manter o equilíbrio, a serenidade e a coragem.

Seja qual for a definição, qualquer organização humana, de uma família a

Acesso ao Sumário

um País, não prescinde dela.

Já foi constatado, Ssnhor Presidente, que o novo prédio da Comarca aumentou sensivelmente o ânimo e a disposição de todos. Aqui cabe elogiar principalmente os servidores que, mesmo no prédio antigo e ainda sem a refrigeração do ar no prédio novo, em calor escaldante, não deixaram de cumprir o dever com dedicação.

Houve paciência dos juízes e promotores, que estavam desprovidos de gabinete de trabalho.

Somos gratos pelo antigo prédio sede, que nos serviu durante 60 anos, desde setembro de 1958. Contudo, o crescimento da Comarca de José Bonifácio não permitia mais local apertado.

A história deste novo prédio começa em 2005 e, na verdade, iniciou como busca pela ampliação do prédio antigo. Uma delegação foi enviada de José Bonifácio ao Palácio da Justiça naquele ano e foi recebida gentilmente pelos Desembargadores Salles Abreu e Christiano Kuntz que sugeriram a construção ao invés de reforma do prédio antigo. No mesmo dia, a Secretaria de Justiça do Governo do Estado, por meio do Doutor Luiz Antônio Marrey recebeu a solicitação verbal e os estudos foram iniciados.

O convênio entre o Estado de São Paulo e o Município de José Bonifácio foi assinado em 4 de julho de 2008, em terreno doado pelo Município. A pedra fundamental da construção foi lançada em 2011.

Agora, em nova sede, depois de 13 anos do início do sonho do novo prédio, a Comarca de José Bonifácio não deixará de sonhar. O sonho mais antigo da Comarca, exteriorizado em 1999, é a 3ª Vara Judicial da Comarca, prevista agora no Projeto de Lei Complementar Estadual 54/2013. Com o novo prédio, existem agora as condições materiais para a realização deste sonho, com espaço para sala de audiência, gabinete e Cartório da Vara a ser criada.

Os números da Comarca impressionam, principalmente após o funcionamento do processo digital. A distribuição nos últimos 12 meses foi de 8.389 novos processos (considerados os incidentes e cumprimentos de sentença) e a quantidade movimentações processuais no sistema eletrônico totalizou 441.083, sendo uma das maiores da região, com baixa taxa de congestionamento, totalizando um acervo de 22.633 processos em andamento em todas as unidades judiciárias, contando o Setor de Execução Fiscal e o CEJUSC (destes, mais de 12.500 apenas nas duas Varas Cumulativas). A complexidade dos processos também não é baixa, com muitos processos criminais para o porte dos quatro Municípios integrantes da Comarca de aproximadamente 40 mil eleitores, além de recuperações judiciais e causas de valor. Sempre bom lembrar que a Comarca era de segunda entrância. Tudo isso mostra como os juízes, promotores, servidores e advogados estão trabalhando arduamente para melhor atender a

Acesso ao Sumário

população, final destinatária deste novo prédio.

Terminamos por agradecer a Vossa Excelência, Senhor Presidente, pelo carinho e consideração com a Comarca de José Bonifácio, prestigiando a solenidade. Nosso muito obrigado, com votos de compromisso no que pudermos auxiliar na gestão de Vossa Excelência, que ora se inicia.

Agradecemos também aos Desembargadores Salles Abreu e Christiano Kuntz pela plantação da semente cujo fruto agora se colhe, bem como a Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo.

Agradeço ao Doutor TIAGO OCTAVIANI, juiz da 1ª. Vara da Comarca, que prestou auxílio em todas as etapas.

Agradecemos ainda os MM. Juízes Diretores do Fórum que me antecederam na função, Doutor Lucas Figueiredo Alves da Silva e Doutor Sandro Nogueira de Barros Leite, assim como a todos os servidores do Fórum, em especial as servidoras SILVIA MARIA, ora aposentada, MARIA DE LOURDES, SYLVIO, NELI, ANAY CARLOS, RENATA, EVAIR, WALTER, FELIPE e ARLINDO, que se desdobraram para materialização deste sonho, como pude testemunhar nestes últimos 6 anos.

Agradecemos a Doutora Maria Isabel Carusi, advogada e na época Presidente da Câmara Municipal, empenhando o apoio do Legislativo Municipal à solução do problema das instalações do Fórum, bem como os prefeitos que administraram o Município desde então, CELSO GAÚCHO, DOUTOR PEDRO BRANDÃO e EDMILSON PEREIRA.

Agradeço ainda a presença dos colegas magistrados que prestigiam a solenidade, nos fazendo sentir entre amigos.

Sabemos que mais pessoas deram sua parcela de contribuição e desde já peço escusas pela impossibilidade de citar todos os nomes, tarefa sempre espinhosa.

Agradeço a todos pelo carinho de terem vindo compartilhar conosco essa alegria, desejando retribuição sem medida, com multiplicação dos sonhos, animo e entusiasmo.

Muito obrigado e tenham todos um bom dia.

CARLOS AUGUSTO LORENZETTI BUENO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da entronização do busto de Waldir Troncoso Peres (Solenidade realizada em 02.04.2018).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, d.d. Presidente deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem respeitosamente saúdo e cumprimento todas as demais presentes.

Confesso que ao ser convidado para representar a nossa Corte nesta homenagem ao dr. Waldir Troncoso Peres pensei em agradecer a enorme honra e em seguida sugerir nome que reunisse melhores condições, sabendo de minhas limitações e consciente da responsabilidade do encargo, considerando a grandeza do homenageado e a sua importância no nosso mundo jurídico.

Reconsiderei, todavia, Senhor Presidente, assumindo o risco de não corresponder à confiança e assim empanar o brilho da solenidade. Essa reconsideração se deve ao fato de que meu pai teve convivência pessoal e profissional com o dr. Waldir, durante muitos anos, além de ser eu colega e amigo do desembargador Moacir Peres, filho do homenageado, sendo dele admirador há muito tempo. Estou então à vontade, e muito honrado, para fazer essa saudação a ambos.

O dr. Moacir Peres chegou ao extinto e saudoso TACRIM quando eu ali já integrava uma Câmara Criminal, a 3ª. Sempre se destacou pelo brilho, cultura, inteligência e preparo na função judicante, vindo da nobre classe dos advogados.

Em sua obra "Juízes Criminais (o seu recrutamento)", ed. 1.932, anotou J. Soares de Mello, tio de nosso desembargador Luis Soares de Mello Neto: "o estágio para a magistratura, no paiz da melhor magistratura, é a advocacia. Na advocacia tem sido recrutado juízes para o mais alto de nossos tribunaes. Da advocacia sahiu Pedro Lessa. Foi o maior dos juízes brasileiros. Na oração aos moços ensinou o gigante da advocacia brasileira: 'na missão do advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas identicas no objeto e na resultante: a Justiça. Com o advogado, Justiça militante. Justiça operante, no magistrado', concluindo Soares de Mello que "o grande advogado torna-se um grande juiz" (pg. 129).

Exatamente o caso de Moacir Peres.

Meu pai foi advogado criminalista por mais de 55 anos. Dizia que se por acaso algum dia terminasse a profissão de advogado simplesmente "morreria de fome". Profissionalmente, ainda segundo ele, não sabia fazer mais nada.

E por diversas vezes contou passagens do dr. Waldir no mundo da advocacia criminal, sempre enaltecendo suas inúmeras virtudes e qualidades.

Certa vez trabalharam juntos num Júri – um como assistente de acusação e outro como defensor -, em caso que dizia respeito a um crime passional: o marido matou a mulher a facadas. No início do julgamento comentou meu pai comigo, ali presente: "meu filho, hoje vou levar chumbo grosso!" E no final do Júri acrescentou: "o dr. Waldir é um gigante no Tribunal do Júri".

Foram contemporâneos na gloriosa Faculdade de Direito do Largo de São

Acesso ao Sumário

Francisco e desde então tornaram-se amigos. Já naquela época de estudante o dr. Waldir era conhecido como "Espanhol".

Meu pai é da turma de 1.945, formando-se junto com o pai de nosso desembargador Renato de Salles Abreu Filho. O dr. Waldir é da turma seguinte, 1.946, o que significa observar que os dois conviveram juntos por vários anos na mesma faculdade.

Eu mesmo tive duas oportunidades de como magistrado trabalhar em processos cujos réus foram defendidos pelo nosso homenageado.

O primeiro como juiz substituto de primeira instância, na Vara Distrital da Casa Verde, onde ele conseguiu a absolvição de seu cliente, sendo minha sentença confirmada por este Tribunal. Defendia o dr. Waldir um capitão da Polícia Militar que ao invadir determinado local público e acusado de agredir pessoas obedecia ordem hierárquica de um coronel, sendo essa a tese da absolvição.

Na segunda vez eu era substituto de Segunda Instância, nesta Corte de Justiça. Tratava-se de processo em que os pais agrediram o filho de 1 ano de idade, levando a criança à morte. Caso gravíssimo. Graças ao trabalho da defesa o Tribunal – fui o relator – desclassificou o crime de homicídio qualificado para o de lesões corporais seguidas de morte (a autoria havia sido admitida pelos pais).

Brilhante, nos dois casos, o trabalho do dr. Waldir.

Foram mais de 50 anos de Tribunal do Júri. É claro que derrotas sempre nos acompanham na vida profissional (aliás, na pessoal também!). O que importa, todavia, é que o dr. Waldir na grande maioria dos casos obteve a vitória. Não vêm à tona quais foram os casos específicos julgados, merecendo destaque nesta oportunidade o seu excelente trabalho em cada um dos julgamentos, deixando evidentes a sua competência, inteligência, segurança e carisma nas defesas de suas teses.

Mais de 1.000 Júris!

No primeiro deles tinha 21 anos de idade, em Casa Branca. Disse ele a respeito: "a cidade tinha quatro advogados. Dois estavam viajando e dois se deram por impedidos. Estava começando a cursar o quarto ano de Direito. Eu não tinha permissão legal para defender, mas, pela falta de defensor, fui nomeado pelo juiz. E desde então o Júri me seduziu, me encantou, me deixou feliz e eu passei o resto da vida nele, levando adiante minha felicidade".

Observou muitos anos depois que os julgamentos pelos Tribunais do Júri lhe traziam imensa saudade porque se sentia socialmente muito útil. Entre defender os que não possuíam recursos e aqueles que os possuíam em abundância – e portanto os honorários eram bons – "dentro de uma dimensão humana era melhor defendendo os pobres do que o fazendo em relação aos milionários".

Acesso ao Sumário

E complementou o pai do dr. Moacir, em entrevista à qual tive acesso pela Internet: "está inscrito na Constituição Federal que entre os direitos do homem, de todos eles, está como destaque o direito de defesa, tratando-se de abrangência total e absoluta, não admitindo nenhuma exceção. Entender o contrário se traduziria em negar a própria Constituição do País".

"O advogado criminal – palavras do dr. Waldir – é um homem que tem de ter a sensibilidade para saber o nível do resultado que ele pode obter. Eu nunca pretendi na minha vida o absurdo. Eu nunca pleiteei uma absolvição inviável".

Disse ainda ele: "muitos me perguntam o segredo do sucesso. Mas o sucesso tem apenas alguns pressupostos, como o trabalho sem fadiga, a dedicação, a lealdade, o companheirismo, uma boa integração à classe, uma empolgação constante, a leitura e o estudo".

A defesa no Processo Penal é mais do que um imperativo constitucional; é uma imposição do direito natural do homem, de buscar o reconhecimento do direito de manter-se em liberdade, que é o seu status, através de quem saiba ou teoricamente possa fazê-lo. Inclusive para se dar ao acusado a satisfação psicológica de ter sido respeitada a sua condição de ser humano.

Segundo outro criminalista, o dr. Manoel Pedro Pimentel, que exerceu honradamente o cargo de magistrado, chegando à Presidência do TACRIM, o advogado, no Tribunal do Júri, "tem a difícil missão de convencer os jurados, demonstrando a verdade da tese que sustenta. Contará, de início, com a resistência normal que todos os homens de bem opõem ao crime; terá contra si, ainda, a circunstância de ter sido o réu pronunciado, o que já permite um juízo de acusação mais coerente; lutará, enfim, contra o mundo individual de cada um dos julgadores, com todos os seu preconceitos e convicções, idéias e mitos, que são o sustentáculo de todo o edifício das suas personalidades, que não podem ser afastados de um momento para o outro".

Prossegue o Professor Pimentel: "o auditório do advogado, no Júri, tem profundo e necessário interesse no conteúdo da acusação e da defesa, porque além da crítica formal que é feita individualmente, há uma responsabilidade social em jogo e que será posta à prova através do julgamento de valor jurídico, cujas consequências terão reflexo no direito de liberdade de um semelhante".

E salientando que o Júri é tarefa reservada aos mais aptos, preparados e conscientes, conclui nesse ponto o festejado criminalista: "a experiência prova que só o advogado com largo tirocínio é capaz de desempenhar com perfeição o papel que lhe é destinado no Júri. Somente ele tem condições para sentir a reação dos jurados, que se traduz por pequenas impaciências ou longas atenções; somente ele sabe tirar partido de um imperceptível sinal de aprovação ou de desaprovação que o jurado manifesta de repente; somente ele – advogado experiente – poderá apresentar no momento exato o argumento certo, esperado

pelo jurado duvidoso, que apenas aguardava aquela afirmação para se entregar convencido" ("Advocacia Criminal", ed. 1975, pg. 209/210).

Tais qualidades, aliadas à sua invejável eloquência, perspicácia e sensibilidade, além da experiência, eram inerentes ao advogado Waldir Troncoso Peres, deixando ele o seu nome gravado na lista dos grandes criminalistas brasileiros.

Durante a vida o dr. Waldir frequentou o tradicional "Restaurante Itamaraty", bem defronte à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Sentava-se sempre na mesma mesa.

Depois que faleceu, em 12 de abril de 2.009 – nasceu em 30 de outubro de 1.923 -, seus amigos nela colocaram uma placa com os dizeres: "durante mais de meio século o saudoso advogado Waldir Troncoso Peres escolheu esta mesa, compartilhando afetos com amigos e companheiros da Faculdade de Direito. Foi considerado um dos mais importantes criminalistas do Brasil, exercendo a especialidade com brilho invulgar. Sua atuação no Júri o tornou conhecido como o "Príncipe dos Advogados".

Certamente cada advogado que continua frequentando o mesmo local já teve a oportunidade de se referir ao filho do famoso Jacob do Bandolim quando em sua canção disse que "naquela mesa está faltando ele e a saudade dele está doendo em mim".

Em seu enterro na cidade natal, Vargem Grande do Sul, foi saudado pelo também renomado advogado criminalista Paulo Sérgio Leite Fernandes: "a morte é uma obrigação, como disseram os filósofos. Existe o mistério de nascer e o mistério de morrer. Aqueles que sobrevivem choram pelos que se foram. Choram por Raimundo Pascoal Barbosa, por Dante Delmanto, por Evandro Lins e Silva. E agora choram por Waldir Troncoso Peres".

Disseram sobre o dr. Waldir em homenagens póstumas: "seu raciocínio hipnotizava o jurado, embriagava o promotor e sensibilizava o magistrado. Começava a falar baixinho, no Júri, mas crescia e prendia a atenção de todos, nas elocubrações e paráfrases oportunas e bem colocadas" (Francisco Antonio Diniz Junqueira).

Ainda: "era lhano no trato, humilde, igual, companheiro. Figura franzina, ombros levemente caídos, despido de vaidades materiais, pouco impressionava àquele que o conhecia de relance. Candente na fala, tomado de amor infindo pela humanidade e conhecedor profundo dos segredos da alma" (Paulo Roberto da Silva Passos).

Permita-me, Desembargador Pereira Calças, e obedecendo fielmente ao relógio que me ordena o encerramento, agradecer a incumbência que me deferiu de fazer esta para mim emocionada saudação, aproveitando o ensejo para cumprimentar Vossa Excelência pela firmeza com que conduz o Poder Judiciário

Acesso ao Sumário

de São Paulo, na companhia dos demais integrantes de nosso Conselho Superior da Magistratura.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, com sua grande beleza arquitetônica e palco de tantas e marcantes homenagens, guarda com carinho e respeito bustos de grandes personalidades de nosso mundo jurídico, dentre os quais os de Euvaldo Chaib e Antonio Augusto de Almeida Toledo, pais de nossos desembargadores Euvaldo e Otávio Augusto.

Esta Corte, Senhor Presidente, demais presentes e em especial o desembargador Moacir Peres e seus familiares, recebe com orgulho e honra o busto de outro grande ser humano e criminalista: Waldir Troncoso Peres.

Muito obrigado.

MOARCIR ANDRADE PERES (Desembargador)

Discurso proferido em nome da família do homenageado, por ocasião da entronização do busto de Waldir Troncoso Peres (Solenidade realizada em 02.04.2018).

EXCELENTÍSIMO SENHOR DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, NA PESSOA DE QUEM TENHO A HONRA DE SAUDAR AS DEMAIS AUTORIDADES PRESENTES,

SENHORAS E SENHORES,

Agradeço, em nome da família, a iniciativa de entronização do busto do meu pai, Waldir Troncoso Peres, na sala Desembargador Paulo Costa, antigo Salão do Júri. É difícil imaginar um ambiente mais propício para a evocação da memória de meu pai, aquele menino que, nas palavras de Paulo Bomfim, cresceu por distração.

Reporto-me a uma das crônicas do grande poeta, para tentar definir a personalidade do homenageado:

"Procuro renascer todos os dias. Não concordo em morrer vivo. Sou um rebelde de paletó e gravata, um grão que teima em não virar massa, um pássaro que persiste no canto dentro da gaiola dos horários. Gosto de morar em pessoas, de falar dialetos de ternura e de dar asas a tudo que me cerca. Creio na alquimia

Noticiário
Acesso ao Sumário

de certos encontros e que a eternidade é uma questão de garra ou de graça".

Assim era Waldir Trancoso Peres.

Advertia que, nas alternâncias da história, existem gerações que vieram para usufruir e outras para reconstruir.

Ele, que pertencia a esta última categoria, não poderia ter fadiga de espírito, ceticismo na alma ou desalento no coração.

Antes de ingressar no curso pré-jurídico, em 1940, chegou a dizer que seguir a carreira de advogado significaria "morrer de fome". Foi formalmente contestado por meio de carta do meu avô, imigrante espanhol, residente em Vargem Grande do Sul, terra natal de meu pai, que lhe citou vários exemplos de pessoas de origem humilde que se tornaram profissionais bem sucedidos, enfatizando que ele deveria mudar o seu modo de pensar.

Nesta missiva, guardada com carinho no escritório de meu pai, serviu de alerta e inspiração a frase "estudar, estudar e estudar, é seu dever para compensar o meu sacrifício". Estudou – e muito –, preparando-se para a vida profissional.

Detentor de um saber profundo, no agir individual serviu à coletividade, aproveitando as horas, fonte de toda a sedimentação cultural.

A vida, às vezes áspera, às vezes dadivosa, e o existir, com os seus desgastes e consagrações, foram os preceptores de meu pai.

Ainda jovem, cansado do estado somente curioso, passou a querer proveito, progresso, ação. O ofício do espelho não mais lhe bastava, ele queria realizar.

Recolhido ao inacessível de sua consciência pessoal, meu pai, com sua alma clara e livre, rica e culta, precisava pensar que no plano evolutivo, chegaria, como de fato chegou, a hora da consagração, do reconhecimento.

Depositário do saber, do engenho e da capacidade criativa, tinha ciência de que a rentabilidade da advocacia, finalidade legítima, não confina os deveres do advogado. Este, antes de sê-lo, expressa uma vida que tem imanente uma soberana concepção da dignidade humana.

Sabia que a faiscante e sedutora atividade do advogado, que encanta e ilumina, só seria fonte de harmonia social, se fosse excelente e notável por ter também um destino social, fazendo confluir o máximo de produtividade com o maior grau de solidariedade e humanismo.

A técnica, a arte, o comando e a liderança, a seu ver, jamais poderiam se dissociar de um fervor, de um grande manancial de inspiração, para que os fortes não determinassem os tropeços dos desvalidos.

Periodicamente, ouvia os acordes do seu coração, os apelos da sua alma, a fome do seu espírito, para determinar um rumo, estancando o curso da vida, e, na mais absoluta solidão, repassava a caminhada, conferindo-a com o Código de Ética do exercício da Advocacia, para responder se estava honrando esta

profissão.

A vontade e o idealismo, o ardor e a força, o coração, a alma, o espírito e o corpo sob o mesmo impulso de aperfeiçoamento, o otimismo do bem contra o desvalor do mal, a conjunção de todas as energias positivas, fizeram de meu pai uma pessoa alegre e vencedora.

Combate o bom combate. Alcançou êxito. Mas certamente não teria alcançado se não pudesse exercer seu dom no Tribunal do Júri.

Foi aqui, defendendo réus em casos muitas vezes trágicos, que foi mais feliz. Foi aqui que conseguiu viver em plenitude. E é aqui que terá, a partir de hoje, a sua memória eternizada para as futuras gerações.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da outorga do "Colar do Mérito Judiciário" ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão (Solenidade realizada em 23.04.2018).

Senhoras e senhores!

Excelentíssimo Sr. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DD. Presidente deste Tribunal, cuja erudição e cultura são de conhecimento público, e que muito dignifica a tradição da Justiça bandeirante;

Excelentíssimo Sr. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, mui digno Corregedor Geral de Justiça, cujos predicados e esmerado empenho orientam nossos Magistrados, servidores e serventuários.

Nas pessoas de Vossas Excelências permito-me saudar, ainda, as autoridades aqui presentes e representadas, os eminentes Desembargadores e Juízes, representantes do Ministério Público, Procuradores do Estado, Defensores Públicos, advogados, nossos estimados funcionários e todos os presentes.

Para a alegria nossa, comparecemos à sessão de entrega do Colar do Mérito Judiciário ao Ministro Luis Felipe Salomão.

Em sua origem histórica, o Colar do Mérito Judiciário marcou, há 45 anos, o início das comemorações do Primeiro Centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo. Esta condecoração tornou-se autêntica e verdadeira tradição de nossa Corte. Foi instituído com o objetivo de homenagear personalidades, nacionais e estrangeiras, pelos relevantes serviços prestados à Cultura Jurídica. E este é o ponto central desta homenagem: o mérito.

Demonstram o mérito do Ministro Luis Felipe Salomão as suas extensas e incansáveis atividades institucionais, docentes e associativas.

Hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e substituto no Tribunal Superior Eleitoral, Luis Felipe Salomão também foi advogado, Promotor de Justiça em São Paulo, Juiz de Direito e Desembargador no Rio de Janeiro. Esse caminhar em direção ao STJ reflete-se na excelente qualidade com que hoje desempenha as suas funções jurisdicionais. Nesta sua atividade judicante, nos votos relatados pelo homenageado desponta a afirmação dos direitos fundamentais, com relevo e firmando paradigmas no campo do Direito Privado.

É importante destacar, ainda, sua atuação relevante no tema do Direito ao Esquecimento no amplamente repercutido caso Aida Curi, estabelecendo importante ponderação entre o direito à privacidade e a historicidade de fato narrado pela imprensa ou outros meios de comunicação.

Mercê do reconhecimento haurido pela atividade judicante, foi chamado a coordenar, no âmbito do Poder Legislativo, a comissão de juristas encarregados da elaboração dos anteprojetos de atualização da lei de arbitragem e da lei da mediação, que impactaram muito positivamente o papel do Poder Judiciário. Isso porque, tais legislações possuem o salutar compromisso constitucional de garantir uma justiça mais célere e eficiente.

A esse propósito, o nosso homenageado sustentou: *"No Brasil, o acesso à Justiça se revelou uma das grandes conquistas da Constituição de 1988, garantia que não se limita ao simples ajuizamento de uma demanda perante o Poder Judiciário, mas também possibilita a entrada e saída em um processo justo e adequado à solução do conflito".*

No mundo acadêmico, transmite seus conhecimentos nas escolas da Magistratura do Rio de Janeiro e de São Paulo, na Escola Superior da Advocacia Fluminense e na Universidade Federal do Rio de Janeiro, dentre outras instituições.

É também autor de diversas obras e artigos jurídicos, dos quais menciono este seu excelente livro "Direito Privado - Teoria e Prática", obra indispensável à boa prática profissional do Direito Privado. E hoje, lança outra obra na qual participou como um dos coordenadores, tratando do diálogo entre doutrina e jurisprudência do Direito Civil.

Tomou parte em bancas de concursos públicos e integra o conselho editorial de prestigiosas publicações jurídicas.

Ademais, é palestrante de atividade que realmente impressiona, não só pelo elevado número de preleções como pela clareza, rigor científico e profundidade intelectual com os quais consegue enfrentar os temas que se propõe a discutir.

Pode-se destacar, ainda, a sua permanente preocupação com os destinos do Poder Judiciário, revelando seu comprometimento com todas as causas da

Justiça, sobretudo a constante preocupação com a uniformidade das decisões judiciais na interpretação da legislação infraconstitucional, tarefa imprescindível à garantia da segurança jurídica.

O ilustre Ministro sempre nos lembra que o julgamento constitui forma de lição pública sobre o Direito, o qual, na qualidade de norma reguladora da vida social, não pode repousar no individualismo de opiniões, devendo constituir garantia da ordem social, que não se preserva com variadas interpretações acerca de situações idênticas.

Há, na atualidade, uma exigência na consciência de todos, vivamente sentida, de que devem ser uniformes as interpretações judiciais, porque o fim do Direito é a realização da Justiça, que não pode ser concebida sem que haja igual tratamento às partes em situações idênticas.

No campo associativo, devo destacar que Luis Felipe Salomão atuou como secretário geral da Associação dos Magistrados Brasileiros e foi presidente da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro. Nesse mesmo período, em que participei da vida associativa, tivemos convívio próximo, atuando em conjunto na defesa dos interesses institucionais do Poder Judiciário e das prerrogativas da carreira da Magistratura, o que me permite dar testemunho do compromisso de Sua Excelência para o fortalecimento do sistema de justiça.

Não há dúvida de que todos serviços e essas suas atividades merecem o reconhecimento adequado, pelo valor que possuem em si mesmas, e pelos reflexos que se espraiam, razão deste tributo em gratidão.

Consideramos, até agora, sua grandiosa projeção nos campos institucional, acadêmico e associativo. Porém, outras virtudes complementam o caminho a esta homenagem, quais sejam: seu caráter humanista, seu temperamento e seu humilde modo de agir. A consistência e a cultura jurídica se revelam nos seus primorosos votos, os quais passaram a fortalecer a jurisprudência pátria. É preocupado com o excesso de demandas, muitas, aliás, ampliando os desafios do Poder Judiciário.

Dessa maneira, a outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Ministro Luis Felipe Salomão é a realização de uma justa e merecida homenagem a alguém que muito contribuiu e contribui para o enobrecimento da Justiça brasileira, na certeza de que serve de incentivo e exemplo para todos. A propósito, convém lembrar da advertência de Cícero quando disse “é especialmente por sua justiça que alguns homens podem ser chamados de bons”.

A todos o meu muito obrigado.

Acesso ao Sumário

LUIS FELIPE SALOMÃO (Ministro do Superior Tribunal de Justiça)

Discurso de agradecimento proferido por ocasião da outorga do "Colar do Mérito Judiciário" recebido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 23.04.2018).

Thiago de Mello, em trecho dos "Estatutos do Homem", em homenagem a Carlos Heitor Cony:

"Artigo I

Fica decretado que agora vale a verdade,

Agora vale a vida,

E de mãos dadas,

Marcharemos todos pela vida verdadeira".

Exmos. Srs. Desembargadores, peço licença para uma saudação concentrada nas pessoas do Presidente Manoel de Queiroz Pereira Calças e do Governado Marcio França, assim também de meu dileto amigo o Desembargador Artur Marques da Silva Filho, Vice-Presidente, e do líder da magistratura Jayme de Oliveira, Presidente da AMB, com um agradecimento especial ao comparecimento de meus estimados colegas do Superior Tribunal de Justiça – de hoje e de sempre -, na verdade saudar e agradecer todos os presentes, que abriram espaço na agenda para abraçar um amigo.

Ao preparar-me para essa cerimônia, refleti sobre a importância da honraria que hoje me é conferida. A mais alta condecoração do Tribunal Estadual igualmente mais importante do país – o maior do mundo em volume de trabalho -, cuja história remonta a 1874.

Busquei na memória. Corria o mês de janeiro de 1986, no dia 09 ingressava no Fórum João Mendes para tomar posse como Promotor de Justiça, ainda com 22 anos de idade.

O cometa Halley passava pela Terra – ele só retornará por aqui em 2061 – e o país experimentava o início do processo de redemocratização, com o frenesi do Plano Cruzado. No ano anterior (1985), Tancredo fora eleito no Colégio Eleitoral e acabara falecendo antes da posse. Mas o pior ficou por conta da vitória da Argentina na Copa do México, com show de Maradona e até com gol com a mão.

Pouco tempo depois, segui minha vocação e ingressei, por concurso público, na magistratura de carreira.

Seguindo em minha preparação para esta cerimônia inesquecível, e que ficará marcada na memória para sempre, lembrei-me também de um texto sobre a história das religiões, onde se faz menção à busca incessante do homem pelas

Acesso ao Sumário

respostas às questões básicas acerca de nossa existência. O escrito refere a uma correspondência de um jovem anônimo, que lutava na resistência, quando foi preso e condenado à morte durante a II Guerra Mundial, e escreveu a derradeira carta à sua mãe. Ele disse assim: "Apresentei-me diante de um Tribunal Militar e fui condenado à morte. Sei que você é uma mulher forte e conseguirá suportar tudo isso. Quero que compreenda que sou uma coisa muito insignificante, e como pessoa, logo serei esquecido; mas a ideia, a vida, a inspiração de que estou imbuído continuarão a viver. Você as verá em todo lugar – nas árvores da primavera, nas pessoas que encontrar, num sorriso carinhoso".

Entendi, então, o elo e o motivo desta homenagem, e porque as imagens vieram-me tão nítidas na mente.

Assim, pude compreender que a honraria é o reconhecimento do esforço, não só o meu, mas o de muitos e muitos magistrados.

Esforço no trabalho diuturno há mais de 30 anos dedicado ao sistema de justiça, grande parte do tempo na função de julgar.

Esforço no trabalho desenvolvido junto aos órgãos de representação de classe, hoje começando a render bons frutos, a exemplo da inserção de critérios objetivos para promoções na carreira, além da efetiva participação dos juízes na gestão dos Tribunais.

É, na verdade, um reconhecimento da atuação do Poder Judiciário e da Magistratura, não por esforço de um só, mas o conjunto de nós. Há inegavelmente uma curva ascendente na participação e contribuição dos juízes para a construção de instituições sólidas neste imenso país.

A crise pela qual atravessa o nosso Poder, pouco diferente daquela que perpassa todo o Estado brasileiro – com péssimos serviços nas áreas de educação, saúde, esporte, lazer, dentre outros-, serve para um exame das ações passadas e um olhar generoso para vislumbrar um futuro melhor.

Com efeito, o Judiciário tem sido uma dessas instituições indispensáveis à construção da democracia no mundo, e só quando se atenta com violência contra as liberdades é que nos damos conta de que a Justiça é a última salvaguarda dos nossos direitos.

É o poder garantidor.

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da outorga do "Colar do Mérito Judiciário" ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe

Salomão (Solenidade realizada em 23.04.2018).

(Cumprimentos às autoridades presentes, homenageado e familiares).

É uma honra imensa, na medida em que nos conhecemos de longa data. O Ministro Luis Felipe Salomão tem uma história no Ministério Público e na Magistratura escrita com letras de ouro, galgada, passo a passo, depois de se formar no curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Veio para São Paulo, quase menino ainda, aos 22 anos, e ingressou no parquet Paulista. Posteriormente, também por concurso, voltou para o Rio de Janeiro, aquele baiano de Salvador, e lá fez a sua carreira na Magistratura, também de uma forma extremamente gloriosa, o que o levou a chegar ao Superior Tribunal de Justiça, o nosso Tribunal da Cidadania. Lá se encontra desde 2008, ao mesmo tempo em que continua também no Magistério, exercendo docência tanto na Universidade Federal do Rio de Janeiro como em outras universidades, Escolas da Magistratura, Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Lei Federal nº 11.419/06, art. 4º do Ministério Público, na Enfam (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) etc.

O Doutor Luís Felipe Salomão falou em Estado Democrático de Direito, em Magistratura, em direitos fundamentais. Tudo o que o Ministro Luís Felipe nos falou nesta breve oração, como ele mesmo disse, é o que se impõe para este momento, é aquilo que ele pratica e aplica no Tribunal da Cidadania. As suas decisões construíram, ao lado de decisões de outros Magistrados daquela Corte e de outros Magistrados desse país inteiro, a história da democracia da República, dos direitos fundamentais, da cidadania, do comprometimento e da dignidade da pessoa humana. Em cada voto seu é possível vislumbrar a formação filosófica, jurídica e, principalmente, o homem bom. Como Vossa Excelência acabou de dizer, este é o maior elogio que um homem pode ter, desde os romanos aprendemos: o *bonus pater familias*.

Então Vossa Excelência, Ministro Luis Felipe Salomão, hoje aqui no sacrário da Justiça paulista, deste mais do que centenário Tribunal, receba as homenagens dos Magistrados e dos Servidores de São Paulo num momento em que os bons exemplos, os exemplos de Magistrados independentes, corajosos e íntegros, têm que ser ressaltados para que sirvam de paradigma para todos os brasileiros.

Neste momento de dificuldade, em que muitas vezes os valores éticos e os princípios axiológicos são olvidados, é no dia a dia, seja como Professor, seja como Magistrado, seja como Jurista, nas mais variadas áreas do Direito em que Vossa Excelência tem que decidir diante da visão macroscópica do nosso país de tantas realidades, de tantos Brasis, que consegue em cada decisão fazer aquilo

Acesso ao Sumário

que nós Juízes nos comprometemos ao fazermos aquele juramento quando assumimos o cargo de magistrado desta nação.

Então, em nome dos Juízes paulistas, cumprimento Vossa Excelência dizendo da alegria de poder transmitir esta mensagem e passar para Vossa Excelência a mais alta condecoração da Corte Bandeirante, certo de que a envergará no seu peito para sempre, porque será vista por todos aqueles a quem sempre distribuiu Justiça. Parabéns e continue sendo esse modelo de Magistrado que é.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário