REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 28 – ANO 5

JULHO E AGOSTO 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 26
c) Agravos Regimentais 117
d) Apelações 127
e) Conflitos de Competência 397
f) Embargos de Declaração 399

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 402
b) Agravos de Instrumento 421
c) Apelações 464
d) Apelações/Remessas Necessárias 555
e) Conflitos de Competência 585
f) Embargos de Declaração 588
g) Remessas Necessárias 597

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 606
b) Apelações 608
c) Embargos de Declaração 696
d) Embargos Infringentes e de Nulidade 699
e) *Habeas Corpus* 708
f) Mandados de Segurança 717
g) Recursos em Sentido Estrito 724
h) Revisões Criminais 743

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 755
b) Agravos Regimentais 784
c) Arguições de Inconstitucionalidade 817
d) Conflitos de Competência 826
e) *Habeas Corpus* 860
f) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 863

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 868
b) Apelações/Reexames Necessários 884
c) Conflitos de Competência 895
d) *Habeas Corpus* 899
e) Remessas Necessárias 906

5- Câmara Especial de Presidentes 913

6- Conselho Superior da Magistratura 953

7- Noticiário 993

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. 28, jul./ago. 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

SÉRGIO RUI da Fonseca
Luiz Fernando SALLES ROSSI
RICARDO Mair ANAFE
ÁLVARO Augusto dos PASSOS
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
ELCIO TRUJILLO
Maria CRISTINA ZUCCHI

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 DORA APARECIDA MARTINS**
Desembargadora RENATO GENZANI FILHO**
Desembargador SULAIMAN MIGUEL NETO**

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**
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**
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

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

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
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

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 509)

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***

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 (sala 403 — 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 MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

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
Desembargador TERCIO PIRES**

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
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO**

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO***
Desembargador Sérgio Godoy RODRIGUES DE AGUIAR
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador RAUL José DE FELICE
Desembargador ALOISIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA**
Desembargador JOSÉ HENRIQUE FORTES MUNIZ JÚNIOR**
Desembargador EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO**

18ª Câmara de Direito Público (sala 211 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
Desembargador Luiz BURZA NETO
Desembargador ROBERTO MARTINS DE SOUZA
Desembargadora Maria BEATRIZ Dantas BRAGA***
Desembargador CARLOS Alberto Mousinho dos Santos Monteiro VIOLANTE
Desembargador RICARDO Cunha CHIMENTI**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

16ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI***
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO
Desembargador VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO**
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO**

17ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO José Martins MOLITERNO
Desembargador RICARDO GRACCHO
Desembargador ALBERTO GENTIL de Almeida Pedroso Neto***
Desembargador ALDEMAR José Ferreira da SILVA
Desembargador CARLOS Fonseca MONNERAT
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO**
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA**
Desembargador AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR**

CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS DE DIREITO PÚBLICO (Resolução nº 737/2016)

10ª Câmara Extraordinária de Direito Público

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto***
Desembargador Décio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS
Desembargador REINALDO MILUZZI
Desembargadora MARIA OLÍVIA Pinto Esteves ALVES

11ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

12ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

13ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 232/236)

1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente (sala 604 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO***
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE

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

Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador LUÍS FERNANDO NISHI***
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203)

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Desembargador MÁRCIO Orlando BARTOLI
Desembargador Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES
Desembargador MÁRIO DEVIENNE FERRAZ
Desembargador IVO DE ALMEIDA***
Desembargador DINIZ FERNANDO FERREIRA DA CRUZ**

2ª Câmara de Direito Criminal (salas 217/219 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
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 (sala 236 — 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 201/203 — 5ª feira — 9:30 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 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**

*** — 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
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
Silvana Malandrino Mollo

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2242488-59.2017.8.26.0000, da Comarca de Ilhabela, em que é autor VANDERLAN FERREIRA DE CARVALHO, são réus MAISA APARECIDA SCAVRONI SCHMIDT GALLAS e ANDRÉ SCHMIDT GALLAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16804)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), ELÓI ESTEVÃO TROLY, COUTINHO DE ARRUDA, JOVINO DE SYLOS, SIMÕES DE VERGUEIRO, MIGUEL PETRONI NETO e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Sentença confirmada em sede de apelação que desacolheu pretensão possessória do recorrente - Ausência de demonstração de direito por parte dos antecessores do autor - Pretensão de processar alguém que detém apenas um lote dos doze visando também desalojar os que ocupam outros onze - Reconhecimento de que os ocupantes lá se encontram há mais de quinze anos - Inteligência do disposto no artigo 506 do CPC de 2015 - Prova inquinada de falsa que já poderia ter sido desconstruída no curso da ação judicial em que proferida a decisão rescindenda - Desconformidade entre trabalhos técnicos que não é o mesmo que falsidade ou desconformidade com a realidade - Alegada irregularidade da situação cadastral e do parcelamento da área que não implica em inexistência de posse dos atuais possuidores, cuja má-fé ou ausência

Acesso ao Sumário

de ânimo de dono sequer foi aventada - Petição inicial indeferida liminarmente e julgado extinto o processo sem apreciação do mérito, na forma do artigo 485, inciso I, do CPC de 2015.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de ação rescisória interposta diante do V. Acórdão de fls. 60/63 que negou provimento ao recurso de apelação do ora autor, confirmando sentença que reconheceu serem os réus os possuidores do imóvel.

Aduz o demandante que o laudo elaborado seria falso, já que a área descrita nos títulos seria outra não sobreposta ao imóvel que possui, trazendo prova nova, afirmando ainda que os atuais ocupantes seriam esbulhadores.

A douta Procuradoria de Justiça declinou de atuar no feito por ausência de interesse que justificasse a intervenção (fls. 846/847).

É o relatório.

A princípio no processo originário já poderia o recorrente ter encartado parecer de seu assistente técnico a fim de subsidiar sua argumentação nos próprios autos cuja decisão se busca rescindir, demonstrando aquilo que aqui alega, não se vislumbrando motivo algum que o impedisse de assim proceder.

No caso em exame, o recorrente propõe ação contra dois réus, mas objetiva desalojar vários outros (onze), o que não é possível. Dispõe o art. 506 do CPC de 2015: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros". Se são os atuais ocupantes não cabe acionar apenas quem se diz que lhes havia transferido o imóvel no passado. Com eles, a rescisória é descabida, já que não foram partes na ação cujo julgado se pretende rescindir.

De outra banda, de se ver que a questão se arrasta desde antes de 1994 (fls. 37).

Acesso ao Sumário

Assim, de demonstrar ou mesmo de aventar a má-fé dos atuais ocupantes ou a ausência de *animus domini* não cuidou o demandante.

A questão cadastral perante a Municipalidade de Ilhabela não basta para demonstrar que aqueles que efetivamente se encontram na posse do imóvel a esta não tenham direito, ainda que tenha ocorrido parcelamento irregular do solo. Por isso, responde quem assim procedeu, não implicando em prejuízo aos direitos dos possuidores que lá erigiram suas moradas.

Tampouco há demonstração de que o autor tivesse adquirido a área de quem efetivamente a possuía. De se ver que o senhor José Pombo, a quem atribui posse originária, ostenta atualmente distribuição de nada menos do que

51 processos no Foro de Ilhabela e outros 6 no de São Sebastião, do qual foi desmembrado o Distrital, dentre estes, inúmeras ações possessórias e petitórias, por consulta realizada em 14 de maio de 2018.

Verdade é que não há nenhum reconhecimento prévio de que tal pessoa efetivamente fosse o possuidor da área.

Não há título ou registro imobiliário ou judicial a atestar tal afirmação. Aliás, o próprio autor afirma que não há registro imobiliário sobre a área em questão (fls. 815/816).

A existência de trabalho técnico em contrário não é prova da falsidade de outro realizado nos autos.

Ou seja, não se demonstra desconformidade entre a prova pericial e a realidade, mas sim entre duas opiniões técnicas.

Na emenda à inicial, comprova-se disputa por casa construída na rua João Batista dos Santos 269, bairro de Praia Grande, em Ilhabela, bem como vários outros lotes e não apenas uma gleba, como poderia parecer.

Mesmo que a área possa continuar cadastrada perante a Prefeitura em nome dos réus, é certo que se trata de 12 lotes, onze deles ocupados por famílias distintas (fls. 802/803).

E legitimidade exclusiva dos dois réus eleitos não há, já que confessado que a área é ocupada em sua maior parte (11/12 avos) por outrem, não se podendo acolher a pretensão do demandante de processar alguém para desalojar outras onze famílias.

Não consta que os moradores sejam "prepostos" dos corréus, mas sim que lá se encontrem em razão de direito próprio, talvez por força de sucessão.

Perdida a possessória e se os possuidores se encontram por mais de quinze anos ocupando seus lotes, certo é que já decorreu o prazo da usucapião extraordinária, sequer se perquirindo acerca de justo título e boa-fé, induvidoso que quem edifica em imóvel o faz com *animus domini*.

Aliás, como observado no V. Acórdão rescindendo, "o autor afirma que desde 1997 detinha por si e por seu antecessor a posse sobre o imóvel, mas realmente não logrou comprovar tal fato, enquanto que a ré, a partir do momento em que ingressou no imóvel, cuidou de zelar dele, providenciando cadastro perante a prefeitura local, recolhendo impostos e construindo na área" (fls. 62/63).

Assim, não se vislumbra que tivesse sido endereçada a ação aos demais moradores da área, ausente a possibilidade de se processar alguém para desalojar outrem, certo que, mesmo oportunizada a emenda, insistiu o recorrente nesta pretensão a demonstrar inépcia da petição inicial.

Diante do exposto, indefere-se liminarmente a petição inicial e julga-se

Acesso ao Sumário

extinto o processo sem apreciação do mérito na forma do artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2120961-09.2018.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é agravante NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., é agravada B.T.S.S.

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 30.726)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 5 de julho de 2018.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - TRANSTORNO ESPECÍFICO MISTO DO DESENVOLVIMENTO - TRATAMENTO DE TERAPIA OCUPACIONAL INTEGRADA - Presença dos requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano - Imprescindibilidade do tratamento atestado por médico - Impossibilidade de limitação do número de sessões por parte da operadora do plano de saúde - Decisão mantida - Agravo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Notredame Intermédica Saúde S.A. interpõe o presente Agravo de Instrumento, com pedido de atribuição de tutela antecipada recursal, contra a r. decisão xerocopiada às fls. 267/268, tirada dos autos da "Ação Obrigação de Fazer c.c. Dano Morais e Pedido de Tutela de Urgência", encetada por B.S.S., representado por sua genitora B.T.S.S., no ponto que concedeu a tutela de urgência para o fim de compelir a Agravante - Notredame - a prestar cobertura

integral ao tratamento do autor de terapia ocupacional, sem limitação de quantidade de sessões.

"*Trata-se de ação ordinária ajuizada por B.S.S. em face de Notredame Intermédica Saúde S/A, ambos já qualificados nos autos. A relação jurídica entre as partes restou incontroversa. A necessidade de tratamento foi comprovada pelos documentos de fls. 94 e 109. Quanto à limitação de sessões imposta pela ré, esta se mostra abusiva e vem sendo afastada pela jurisprudência. Neste sentido: 'APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - Pretensão de custeio de tratamento - Autores diagnosticados com autismo infantil - Prescrição médica de terapia de 'análise de comportamento aplicada – ABA' - Negativa da ré em custear o tratamento ao argumento de que se trata de método experimental, bem como de que é válida a limitação contratual do número de sessões - Preliminar - Julgamento antecipado - Alegação de impossibilidade de produção de prova pericial e documental, imprescindível para comprovação da necessidade do atendimento - Suficiência da indicação médica expressa - Ausentes indícios de prática de fraude ou dúvidas consistentes acerca da higidez da prescrição médica - Cerceamento não configurado - Ausência de julgamento ultra petita - Interpretação do pedido que deve considerar o conjunto da postulação e observar o princípio da boa-fé - Abusividade da negativa - Súmula nº 102, deste E. TJSP - Doença com cobertura contratual - Impossibilidade de limitação do número de sessões de fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicoterapia quando indispensáveis ao tratamento - Obrigação de custeio pelo plano - Sentença de parcial procedência mantida - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO'. (1064253-18.2016.8.26.0002. Classe/Assunto: Apelação/Planos de Saúde. Relator: Alexandre Coelho. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 25/04/2018).* ***Diante disso, concedo a tutela de urgência, para que a ré seja compelida a fornecer o tratamento de terapia ocupacional integrada, sem limitação de sessões. Expeça-se o necessário, com a urgência possível. Logo após, vista às partes e tornem para sentença.***"

Inconformada, recorre a agravante, sustentando inexistir recusa da sua parte para a cobertura do tratamento, mas, tão somente, a necessária limitação do número de sessões nos termos do contrato de assistência à saúde.

Ressalta a inexistência do caráter emergencial que deve nortear as tutelas de urgências.

Pede, ao final, a reforma da decisão, "*determinando-se a suspensão integral da decisão agravada e, por conseguinte, suspendendo-se a ordem de fls. 267-268, até ulterior julgamento do recurso de agravo, consoante as fortes razões de Direito e o periculum in mora iminente*" (fls. 08).

Da decisão recorrida a agravante foi intimada em 22 de maio de 2018 (fls. 269). O agravo foi interposto no dia 14 de junho p.p. Cópias das procurações

Acesso ao Sumário

anexadas às fls. 133/136. O preparo foi recolhido às fls. 101/102.

Por não antever suscetibilidade de dano iminente, o recurso foi processado no efeito meramente devolutivo. Desnecessário desencadear o contraditório, vez que o desfecho recursal não resultará em prejuízo à parte adversa. Por outro lado, não havendo oposição das partes para o julgamento virtual do recurso, passa-se, de pronto, ao exame da controvérsia.

É o relatório.

Em que pese às razões apresentadas pela agravante, tenho que a decisão recorrida está a salvo de censura.

Dos autos resulta que o agravado pretende obter a cobertura de tratamento complementar de terapia ocupacional, prescrito juntamente com as especialidades de fonoaudiologia e psicologia, em razão do diagnóstico de transtorno específico misto do desenvolvimento.

O quadro de saúde restou substancialmente demonstrado, assim como a prescrição médica do tratamento pelo profissional que o assiste (fls. 94).

Sem adentrar ao '*meritum causae*', a necessidade comprovada autoriza a antecipação dos efeitos da tutela de urgência, sem a pretendida limitação de sessões.

A matéria, inclusive, já está sedimentada pelo nosso E. Tribunal de Justiça, no sentido de que os procedimentos médicos não podem sofrer limitação, se indicados para o tratamento do paciente. Confira-se:

*APELAÇÃO - PLANO DE SAÚDE - Pretensão de custeio de tratamento - Autores diagnosticados com autismo infantil - Prescrição médica de terapia de "análise de comportamento aplicada - ABA" - Negativa da ré em custear o tratamento ao argumento de que se trata de método experimental, bem como de que é válida a limitação contratual do número de sessões - Preliminar - Julgamento antecipado - Alegação de impossibilidade de produção de prova pericial e documental, imprescindível para comprovação da necessidade do atendimento - Suficiência da indicação médica expressa - Ausentes indícios de prática de fraude ou dúvidas consistentes acerca da higidez da prescrição médica - Cerceamento não configurado - Ausência de julgamento ultra petita - Interpretação do pedido que deve considerar o conjunto da postulação e observar o princípio da boa-fé - Abusividade da negativa - Súmula nº 102, deste E. TJSP - **Doença com cobertura contratual - Impossibilidade de limitação do número de sessões de fonoaudiologia, terapia ocupacional e psicoterapia quando indispensáveis ao tratamento - Obrigação de custeio pelo plano** - Sentença de parcial procedência mantida - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (TJSP; Apelação 1064253-18.2016.8.26.0002; Relator (a): Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2018; Data de Registro:*

Acesso ao Sumário

17/05/2018)

E não se olvide que o profissional necessita de autonomia para estabelecer a periodicidade de atendimento segundo as necessidades próprias de cada paciente. Logo, reputa-se abusiva a limitação do número de sessões nos casos em que, havendo expressa indicação médica, sejam indispensáveis ao tratamento de doença com cobertura contratual.

Consectário lógico é a constatação da verossimilhança do alegado, bem como o risco de possível dano que poderá advir com o retardo da terapêutica, uma vez que o alcance dos resultados esperados, após o período da demora razoável do processo, poderá restar comprometido, circunstância contrária à finalidade e natureza do contrato de prestação de serviços à saúde.

Com essas considerações, meu voto **nega provimento do recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2105660-22.2018.8.26.0000, da Comarca de Salto, em que são agravantes K.E.S.C. (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)) e G.D.E.S., é agravado A.A.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47474)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente) e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Execução - Decisão que indeferiu o pedido de intimação pessoal da parte exequente para a retirada de guia de levantamento - Insurgência - Cabimento - Interesses da exequente que são defendidos por Escritório de Prática Jurídica de Faculdade de Direito - Hipótese em que, em razão de prestar assistência jurídica gratuita às pessoas carentes, o Núcleo de Prática Jurídica se equipara, por lei, à Defensoria Pública, gozando, consequentemente, das mesmas prerrogativas (art. 186, §3º, do Código de Processo Civil), dentre elas a possibilidade de

Acesso ao Sumário

requerer a intimação pessoal da parte - Inexistência de óbice, ante a dificuldade do escritório em contatar a exequente, a eventual colaboração da Justiça quanto à intimação pessoal da parte para a retirada da guia de levantamento em questão - Caso em, ademais, verifica-se que o valor ali constante diz respeito a verba de natureza alimentar - Decisão reformada - Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de autos de "execução de alimentos" (fls. 12/17) ajuizada por K.E.S.C., representada pela genitora G.D.E.S., contra A.A.C., não se conformando a primeira com a decisão reproduzida a fls. 25, em que o Juiz de Direito indeferiu o pedido de intimação pessoal da parte exequente, "considerando que a mesma encontra-se devidamente representada nos autos". Sustenta, em síntese, ser a exequente atendida pro bono mediante escritório de prática jurídica da Faculdade de Direito do CEUNSP, através de convênio com a OAB Subseção de Salto, São Paulo. Afirma que tais escritórios seriam equiparados às Defensorias Públicas, inexistindo, pois, óbice à intimação pessoal da exequente. Informa que não haveria outro recurso para entrar em contato com a parte assistida a não ser por meio telefônico, o qual, a despeito de inúmeras tentativas, teria restado infrutífero. Aduz, ainda, tratar-se de "levantamento de valores, do que se evidencia ainda mais a importância da intimação pessoal da parte, para que esta retire a guia de levantamento em cartório e, se dirija até o banco para levantar a quantia depositada" (fls. 07). Realça que o valor a ser levantado teria natureza alimentar, "sendo a urgência em seu recebimento ligada ao próprio sustento da menor" (fls. 09). Pleiteia, assim, a concessão da tutela antecipada e o final provimento do recurso, "a fim de determinar a intimação pessoal da Exequente para retirada da guia de levantamento" (fls. 10). Foi deferido o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 37/38). Foram colhidas informações (fls. 41). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 44/47).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Com efeito, não se vislumbra óbice à intimação pessoal da exequente para a retirada de guia de levantamento.

Consoante anotado no *decisum* de fls. 37/38, ora corroborado, verifica-se nos autos que os interesses da recorrente são defendidos pelo Escritório Experimental Centro Universitário Nossa Senhora do Patrocínio - Faculdade de Direito de Salto (fls. 35), que, em razão de prestar assistência jurídica gratuita

Acesso ao Sumário

às pessoas carentes, equipara-se, por lei, à Defensoria Pública, gozando, consequentemente, das mesmas prerrogativas (art. 186, §3º, do Código de Processo Civil), dentre elas a possibilidade de requerer a intimação pessoal da parte, "*quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada*", a teor do art. 186, §2º, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

> "PRAZO EM DOBRO - Indeferimento - Parte assistida por Núcleo de Prática Jurídica de faculdade de Direito, que postula a extensão da prerrogativa do prazo em dobro concedida à Defensoria Pública, em virtude de convênio formulado com o escopo de prestar assistência judiciária gratuita - Previsão expressa acerca do alcance da prerrogativa no Novo Código de Processo Civil (art. 186, § 3º), a afastar o dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria - Não há como negar o benefício de parte assistida por profissional, cuja função no exercício da defesa que incumbiria ao Estado, lhe foi delegada - Concessão da prerrogativa da contagem em dobro dos prazos para as manifestações processuais, de rigor - Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2063058-16.2018.8.26.0000, São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. un., Rel. Des. Percival Nogueira, em 23/4/18).

Desse modo, tendo vista a dificuldade do escritório em contatar a parte, nada havia a impedir eventual colaboração da Justiça atinente à intimação pessoal da exequente para a retirada da guia de levantamento em questão, sobretudo no presente caso, em que o valor ali constante diz respeito a verba de natureza alimentar.

Ademais, como observado no Parecer da Procuradoria de Justiça, "*ainda que não se admita a extensão das prerrogativas conferidas à Defensoria Pública aos Escritórios de Prática Jurídica, ainda assim não há qualquer vedação legal à intimação pessoal da representante legal da exequente. Trata-se de providência que confere concretude aos princípios da cooperação e da colaboração, age na ampliação do acesso à justiça e visa a que a finalidade social do processo seja efetivamente perseguida*" (fls. 47).

De rigor, pois, a reforma da decisão impugnada, determinando-se a intimação pessoal da parte exequente para a retirada da mencionada guia de levantamento.

Dá-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2194919-62.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FABRICIO YUTAKA NAKAMATSU, LIGIA COSTA NAKAMATSU, RUBENS MONTAGNINI e MARIA ROSA DA SILVA MONTAGNINI, é agravado ANDRE LUIZ TORRES DA FONSECA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.804)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE e LUIZ ANTONIO DE GODOY.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento provisório de sentença. Rejeição de impugnação. Pretensão de execução de verba honorária. Natureza alimentar dos honorários que não autoriza, de imediato, requerimento de cumprimento provisório, porque não lastreados em condenação proferida em ação de alimentos. Impossibilidade de incidência do art. 1.012, §1º, inciso II, do CPC/15. Decisão revista. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença que, de seu turno, julgou parcialmente procedente ação anulatória de compromisso de venda e compra. Defende o agravante, em sua irresignação, (a) que descabido o cumprimento provisório, porque nunca admitido o apelo apenas no efeito devolutivo, sendo que, ao contrário, o Juízo já havia deliberado se aguardasse o julgamento do recurso de apelação diante de pedido formulado pelo agravado nos autos principais; (b) que o cumprimento provisório não foi adequadamente instruído; (c) que devida caução; (d) que há excesso de execução, porque indevido o valor tomado como base de cálculo do importe executado, desde que a controvérsia e eventual direito do agravado se limita ao importe de R$ 75.000,00.

Deferido o efeito suspensivo postulado (fls. 478/481), o recurso foi

Acesso ao Sumário

regularmente processado e respondido (fls. 485/488).

É o relatório.

Em primeiro lugar, persistem as ponderações lançadas quando deferida a liminar perseguida. Conforme lá se assentou:

"*Assente-se, em primeiro lugar, que parece acertada a deliberação do MM. Juízo sobre a desnecessidade de peças juntadas ao cumprimento provisório, desde que os autos principais são digitais; tanto quanto no sentido de que prematura a discussão de caução diante da ausência de qualquer ato expropriatório que se avizinhe, menos ainda de levantamento de dinheiro, de modo a justificá-la (art. 520, IV, do CPC). De mais a mais, se se executa verba de natureza alimentar, assim os honorários, descaberia, em tese, a exigência de caução (art. 521, I, do CPC).*

De outro lado, não há excesso se a MM. Juíza, logo ao início do cumprimento, o limitou aos honorários. Como se vê, bem ponderou a D. Magistrada, logo ao despachar o pedido de cumprimento provisório, que a sentença apenas continha condenação pecuniária ao pagamento de honorários. E são eles que, afinal, se executam.

Ademais, se fixados na sentença em percentual do valor da causa, a base de cálculo já se estabeleceu, ao menos de modo provisório. O valor da causa não foi alterado e determina, portanto, o cômputo dos honorários. Não se executa o valor do bem, de R$ 150.000,00, ou a parte que seria constitutiva do interesse do agravado.

*Mas, a bem dizer, a questão parece ser outra e justifica, ao menos por ora, a concessão do efeito suspensivo. É que, a despeito da natureza alimentar dos honorários, já assentada na jurisprudência independentemente da regra, agora, do artigo 85, par. 14º, do CPC (**v. Súmula Vinculante 47 do STF e STJ, Corte Especial, Resp. n. 1.152.218, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 07.05.2014**), não se extrai daí, necessária e aprioristicamente, a conclusão de que a sentença que se pretende ver cumprida, de modo provisório, tenha sido condenatória ao pagamento de alimentos, de modo a atrair a incidência, como se contém na decisão agravada, da disposição do artigo 1.012, par. 1º, inciso II, do CPC.*

Antes, a condenação honorária constituiu capítulo acessório de sentença que julgou questão afeta à regularidade de negócio de compromisso de venda e compra. E, na verdade, se tomada sua natureza alimentar como causa à ausência de suspensividade do apelo, então a conclusão seria a de que, qualquer que fosse a natureza da sentença, sempre se poderiam executar desde logo os honorários, o que não parece contemplado nas exceções do parágrafo 1º do art. 1.012 do CPC.

Mesmo à luz do art. 520 do CPC anterior, já se discutia qual o exato

Acesso ao Sumário

elastério reservado à mesma disposição do então inciso II, inclusive sobre se a ausência da regra da suspensividade da apelação somente se aplicaria aos alimentos de direito de família, ou se também aos de natureza indenizatória, ademais de situações análogas outras, assim atinentes a condenações de pagamento de verba previdenciária, por exemplo (neste sentido: ***Ricardo de Carvalho Aprigliano, A apelação e seus efeitos, Atlas, 2003, p. 204-20; v., ainda, JTJ 185/241****). Porém, eram e são sempre condenações em ações próprias nas quais, isoladamente ou de forma cumulada, se postulam alimentos, ou verba desta natureza, portanto não, exatamente, honorários acessórios resultantes da sucumbência, ou seja, associados forçosamente ao destino do deslinde principal de que dependem*".

E, sobrevinda a resposta, não se entende alterado o panorama previamente analisado. Afinal, a despeito de reiterada nas contrarrazões a possibilidade de execução imediata dos honorários advocatícios, ao argumento de que constituem verba alimentar, assim a atrair a incidência do art. 1.012, §1º, inciso II, do CPC, tem-se que não configurada hipótese de afastamento da suspensividade conferida ao recurso de apelação. Ao comentar referido artigo, leciona Nelson Nery que *"a apelação é recebida somente no efeito devolutivo e a sentença impugnada produz efeitos desde logo (CPC 995, caput), quando se tratar de apelação interposta contra* ***sentença condenatória proferida em ação de alimentos****, quer seja para fixa-los, diminui-los ou majora-los" ("****Comentários ao Código de Processo Civil****"*. Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.061) (negrito acrescido). Ou seja, sem que possam os honorários advocatícios, desde logo, constituir objeto de requerimento de cumprimento provisório, porquanto não lastreada a condenação, no caso em tela, em ação própria de alimentos.

No mais, com relação à alegação de que nunca antes suscitada a questão relativa à natureza da verba honorária, ressalva-se que cuidou a MM. Juíza *a quo* de indeferir a impugnação justamente ao argumento de que recebido o recurso de apelação tão somente no efeito devolutivo, porquanto interposto contra decisão que condenou a agravante a pagar alimentos, ademais nos termos do artigo antes referido.

E, se é assim, tem-se que a discussão ventilada no agravo interposto se volta especificamente contra as razões e fundamentos expendidos na decisão recorrida, daí porque afastada, também, a pretensão de reconhecimento de inovação recursal exarada na contraminuta.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2086974-79.2018.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que são agravantes JOICE CARRERI ALVES, STACY CARRERI ALVES e MICHAEL CARRERI ALVES, é agravada ILSE FUNARI PINCA LOPES.

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 13759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), RODOLFO PELLIZARI e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 13 de julho de 2018.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão agravada que desconsiderou a personalidade jurídica das sociedades executadas - Tese de que a mera insolvência não pode acarretar o deferimento da medida supracitada, sendo necessário comprovar a má-fé dos ex-sócios - Desacolhimento - Nas relações jurídicas de índole consumerista, como é o caso dos autos, admite-se a aplicação da chamada Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que exige, por sua vez, apenas a demonstração de obstáculos ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores - Alegação dos agravantes de que não possuíam poderes de administração nas empresas executadas - Desacolhimento - A organização interna de uma empresa, com os seus eventuais arranjos hierárquicos e administrativos, não pode servir de óbice para a satisfação dos direitos do consumidor - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Joyce Carreri Alves, Stacy Carreri Alves e Michael Carreri Alves contra a r. decisão copiada a fls.

36/42 que, nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, acolheu o pedido da parte agravada para desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades Parintins Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Gigante Imóveis Ltda., estendendo a responsabilidade pelo pagamento do débito em execução aos sócios, ora recorrentes.

Sustentam os agravantes que, ainda enquanto figuravam nos quadros da empresa Gigante Imóveis, pois dela se retiraram em 20-07-15, eram sócios minoritários, sem poderes de administração ou gerência, funções que cabiam exclusivamente ao sócio majoritário, Sr. Ademir Jorge Alves. Argumentam que não houve o exaurimento da busca por localização de bens das empresas executadas e nem foi demonstrado o uso abusivo das suas personalidades jurídicas. Além disso, acrescentam, a mera insolvência ou, mesmo, a existência de ações judiciais contra as empresas executadas não implicam automaticamente na desconsideração da personalidade jurídica, mormente quando não demonstrada a má-fé dos ex-sócios.

Aduzem que não podem figurar no polo passivo da demanda, pois se retiraram da empresa executada em julho de 2015, portanto antes que fosse protocolada a ação de prestação de contas movida pela agravada (em 06-11-15), por meio da qual foi obtido o título executivo que ora se executa.

Requerem, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo. Ao final, pleiteiam o provimento do recurso para que o processo seja extinto com relação a eles.

Deferido o efeito suspensivo postulado (fls. 106/108).

Informações a fls. 112/113.

Contraminuta a fls. 115/134.

É o breve relatório.

Ressalte-se, inicialmente, que o ordenamento jurídico pátrio admite, em caráter excepcional, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, com a consequente extensão das suas responsabilidades patrimoniais aos seus sócios, quando se verificar que o abuso da distinção patrimonial redunda em prejuízo a terceiros.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, aplica-se às relações civis em geral a chamada Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, tanto na sua vertente subjetiva (desvio de finalidade) quanto objetiva (confusão patrimonial).

Trata-se de importante artifício jurídico, tendente a conferir maior efetividade à execução, e por meio do qual os sócios da pessoa jurídica são chamados a integrar o polo passivo da demanda, respondendo, inclusive, com seus bens particulares.

Entretanto, nas relações jurídicas de índole consumerista, como é o caso

dos autos, admite-se a aplicação da chamada Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que exige, por sua vez, apenas a demonstração de obstáculos ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores (artigo 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor).

No caso *sub judice*, restou comprovada a evidente dificuldade da agravada em obter o ressarcimento que lhe é devido. E, em que pesem as alegações dos agravantes, os indícios de insolvência de sua parte e a existência de diversas ações judiciais contra as sociedades Parintins Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Gigante Imóveis Ltda. são elementos aptos a embasar a desconsideração da personalidade jurídica pelo juízo *a quo*.

Tem-se, assim, que, pela Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, o elemento subjetivo, qual seja, a má-fé dos sócios não é condição *sine qua non* para o deferimento da medida.

Nesta conformidade (grifo nosso): "A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). **A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica**, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica..." (REsp nº 279.273/SP, Relator o Ministro Ari Pargendler, STJ).

Outrossim, a alegação dos recorrentes de que eram sócios minoritários das empresas executadas, sem poderes de administração, em nada altera a sua responsabilidade. Segundo entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, não há que ser feita distinção entre os sócios da sociedade limitada (REsp nº 1250582/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão).

Com efeito, a organização interna da empresa, com os seus eventuais arranjos hierárquicos e administrativos, não pode servir de óbice para a satisfação dos direitos do consumidor, parte hipossuficiente na relação entabulada com a pessoa jurídica, vale lembrar.

Acesso ao Sumário

Por fim, não pode ser acolhida a pretensão dos agravantes de serem excluídos do polo passivo da demanda, uma vez que teriam se retirado das empresas executadas antes do ajuizamento da ação de prestação de contas pela recorrida. E isso porque, pelo que consta, o fato que ensejou a propositura da presente demanda ocorreu quando os recorrentes ainda figuravam no quadro societário das sociedades Parintins Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Gigante Imóveis Ltda.

Daí porque, ante o exposto, pelo meu voto, nos termos supraconsignados, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2132820-22.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA., é agravada MARLENE RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.142)**

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

São Paulo, 23 de julho de 2018.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Emenda: Agravo de Instrumento - obrigação de fazer - Plano de saúde - Tutela provisória de urgência concedida para impor à ré o dever de custear o tratamento de *home care* - Comprovação técnica da necessidade e utilidade do tratamento pretendido - rol da ANS não é *numerus clausus* - Alegação de cláusula contratual de exclusão ao fornecimento - Inadmissibilidade - Presença dos requisitos do art. 300 do NCPC - Prazo exíguo não configurado - Multa diária fixada em valor que atende aos princípios da razoabilidade/proporcionalidade - decisão mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. , que em autos de ação de obrigação de fazer, deferiu a concessão da tutela antecipada para impor à requerida que forneça, no prazo de 72 horas, o tratamento de *home care*, a autora, pelo período de 24 horas, como também os medicamentos específicos indicados no relatório médico, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) por estarem presentes os requisitos autorizadores da medida.

Alega o agravante, em breve síntese, que não estão presentes os requisitos do art. 300 do CPC em especial a probabilidade do direito da autora, pois não demonstra a imprescindibilidade de tratamento domiciliar em substituição à internação hospitalar, uma vez que testado médico aponta que os cuidados domiciliares são para melhor qualidade de vida da agravada e não para garantir a sua vida ou evitar qualquer risco de morte. Enfim afirma que o tratamento de *home care* da agravada é desnecessária até porque o caso seria de haver apenas um cuidador que é de responsabilidade da família e não um serviço de *home care* a ser prestado pelo plano de saúde, portanto a r. decisão recorrida deve ser revogada. Pugna subsidiariamente pela ampliação do prazo para cumprimento da ordem judicial e a redução das astreintes R$ 300,00 (Trezentos reais), limitados a R$ 5.000,00 (Cinco mil reais).

Recurso processado, sem efeito suspensivo, pois em que pesem as razões apresentadas, não vislumbro presentes os requisitos necessários à concessão da medida liminar: relevância da fundamentação na forma da verossimilhança do direito apregoado, e; lesão grave e de difícil reparação (art. 1.019, I, NCPC). Recolhido preparo.

Não houve intimação da parte contraria para apresentar contraminuta e dispensadas as informações por tratar-se de matéria estritamente de direito.

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

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

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

De fato, encontram-se presentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória de urgência, motivo pelo qual torna-se irrepreensível a decisão proferida, uma vez que restou comprovada tecnicamente a necessidade

Acesso ao Sumário

e utilidade do tratamento pretendido, não cabendo, em princípio, aos planos e seguros-saúde questionar critérios médicos e analisar o mérito e a conveniência das prescrições realizadas pelo profissional responsável pelo atendimento.

A probabilidade do direito invocado pela agravada, que justificou o deferimento do pedido liminar formulado na ação de obrigação de fazer, resulta da comprovação da gravidade de seu quadro clínico, resultante de Alzheimer, estando em fase de demência avançada, além de hipertensão arterial sistêmica, doença coronariana e Parkinson avançado, que a deixou impossibilitado de realizar suas atividades vitais diárias, tendo inclusive que ser alimentada via oral com espessantes, o que gera a necessidade de acompanhamento médico, além de cuidados de enfermagem e de outros profissionais.

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

Tratando-se de contrato de adesão, pouco resta à parte opinar no momento da avença, acabando por optar por aquele que lhe é mais conveniente, mas que nem sempre é aquele por ela pretendido. Para minimizar os prejuízos decorrentes de tais situações, foi editado o Código de Defesa do Consumidor.

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

Acesso ao Sumário

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

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

Nesse sentido já decidiu esta Egrégia Corte:

PLANO DE SAÚDE. CAUTELAR. LIMINAR. 'HOME CARE'. DEFERIMENTO. Decisão que concedeu a liminar para que a ré/agravante providencie o tratamento 'home care' ao Autor. Elementos

***que evidenciam a verossimilhança (fumus boni juris) e o dano irreparável (periculum in mora)**. Decisão mantida. Agravo desprovido.* (Agravo de Instrumento nº 0121765-21.2012.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Percival Nogueira, j. 12 de julho de 2012)

***PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - Tutela antecipada – Deferimento - Custeio do tratamento domiciliar (home care) da autora, incluindo serviços de fisioterapia e auxiliar de enfermagem, além de visita médica mensal** - Cabimento - Presença dos requisitos do art. 273 do CPC - Delicado estado de saúde da autora (que, aos 81 anos, é portadora de paralisia cerebral diplégica), necessitando de acompanhamento especializado - Urgência verificada - Discussão acerca da exclusão contratual que extrapola os limites do recurso, aonde se pretende a revogação da tutela deferida - Matéria a ser decidida por ocasião do sentenciamento - Inexistência de risco à agravante, posto que não se cogitou acerca do inadimplemento da agravada - Situação que garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado e assegura seu caráter oneroso e sinalagmático - Decisão mantida - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 0303645-77.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Salles Rossi, j. 14 de março de 2012)*

Quanto ao rol da ANS, tem natureza exemplificativa e não *numerus clausus*, salientando-se que o desenvolvimento médico-científico é mais célere do que aspectos burocráticos abrangendo agência reguladora do setor.

Ademais, ressalte-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inclusive editou a **Súmula 90** sobre a matéria: "***Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de 'home care', revela- se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer***."

Daí porque podemos concluir que efetivamente está presente a probabilidade do direito invocado pelo agravado no que tange ao custeio do tratamento de home care, incluindo todos os equipamentos, instrumentos, medicamentos, médicos, auxiliares, e técnicos de enfermagem, necessários segundo o critério médico e que, a toda evidência, imprescindíveis ao adequado tratamento do autor, sob pena de ineficácia.

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

"*Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos*

Acesso ao Sumário

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

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

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

"PLANO DE SAÚDE - Determinação de emenda da petição inicial - Vínculo jurídico mantido entre beneficiária e operadora do plano - Inexistência de relação jurídica entre agravante e agravada - Beneficiária que deve figurar no polo ativo, ainda que provisoriamente incapacitada - Deferimento da tutela específica - Relevantes os argumentos no sentido de que não teria a recorrente condições de prestar os cuidados adequados, ainda que oferecido o home care à paciente - Expressa recomendação médica para transferência para hospital de retaguarda - Melhor opção de tratamento - ***Medida que não é dotada de absoluta irreversibilidade, sendo possível eventual ressarcimento de despesas indevidamente cobertas*** *- Viabilidade de outros tratamentos que diz respeito ao mérito da demanda, sendo prudente que se aguarde regular produção de provas - Recurso provido em parte." (AI 2066940-59.2013.8.26.0000 Relator(a): Luiz Antonio de Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/06/2014; Data de registro: 25/06/2014).*

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

Quanto ao valor da multa diária fixada em R$ 1.000,00 (um mil reais), tem-se por razoável e proporcional, considerando a capacidade econômica da empresa agravante e, de outro lado, a extrema urgência e essencialidade no cumprimento da obrigação liminar imposta.

Acesso ao Sumário

Nesse aspecto, tem-se que o prazo de 72 horas para cumprimento da tutela provisória de urgência não é exíguo, considerando que está em risco a saúde e a vida da segurada, que padece de doença considerada grave (enfisema pulmonar severo), restringindo seus movimentos.

Ademais, a agravante não trouxe qualquer razão motivada para demonstrar a impossibilidade de cumprimento da medida de urgência no prazo fixado de 72 horas, tendo apenas alegado tratar-se de prazo exíguo.

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

Neste sentido:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO - Deferimento da tutela antecipada - Fixação do prazo de 24 horas para cumprimento, sob pena de multa diária - Inconformismo - Desacolhimento - Alegação da fixação de prazo exíguo e multa exorbitante para o caso de descumprimento da obrigação - Multa de atende aos princípios da razoabilidade/ proporcionalidade - Ausência de prejuízo, uma vez que a ré afirma que não se opõe ao cumprimento da obrigação - Alegação de impossibilidade de atendimento no prazo de 24 horas em razão da existência de trâmites administrativos imprescindíveis - Ausência de especificação dos reclamados trâmites - Necessidade de efetivação de todos os esforços para o atendimento de ordem judicial no prazo - Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJSP, AI 0040345-57.2013.8.26.0000, rel. J.L. Mônaco da Silva, j. 27/03/2013).

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

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062162-70.2018.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é agravante A.M.S., é agravado P.H.A.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 19.716)**

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

São Paulo, 27 de julho de 2018.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DEVEDOR DE ALIMENTOS INTIMADO NA PESSOA DE SEU ADVOGADO - PRELIMINAR ARREDADA

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - A AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO VALOR DA PENSÃO NA HIPÓTESE DE DESEMPREGO NÃO EXIME O ALIMENTANTE DA OBRIGAÇÃO NEM TAMPOUCO SUPRIME A LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO - PRESTAÇÃO DEVIDA COM BASE NO ÚLTIMO VALOR DESCONTADO - PRECEDENTES DO STJ E DESTE E. TJSP - DESCONTOS NÃO INCIDENTES SOBRE AUXÍLIO-ACIDENTE - VERBA INDENIZATÓRIA - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 24/25, que, nos autos da ação de execução de prestações alimentícias processada pelo rito do art. 528, § 3º do CPC, i) arbitrou o valor da pensão alimentícia para o período em que o executado esteve desempregado; ii)fixou o termo inicial do débito exequendo; iii) determinou que a pensão alimentícia recaísse sobre os salários, nos termos do acordo firmado e sobre a indenização recebida pelo agravante do INSS; iv) autorizou a dedução dos pagamentos efetuados e v) determinou a remessa dos autos ao Contador Judicial.

Irresignado, pretende o agravante a concessão de efeito suspensivo e a reforma do r. pronunciamento sustentando, em síntese, cerceamento de defesa; o título executivo judicial não previu o pagamento de pensão alimentícia ao agravado em hipótese de desemprego; as prestações alimentícias não incidem sobre a verba indenizatória; pede a concessão de assistência judiciária.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido concedido em parte o

Acesso ao Sumário

efeito suspensivo pretendido, consoante decisão de fls. 62/70.

Não foram apresentadas contrarrazões às fls. 75.

A D. Procuradoria Geral da Justiça deixou de emitir parecer, porque a questão envolve interesse de maiores e capazes (fls. 77).

Por fim, os interessados não manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 75).

É o relatório.

1.- Consoante decidido anteriormente, "Concedo os benefícios da assistência judiciária ao agravante apenas no âmbito deste recurso, para possibilitar o seu conhecimento.

2.- DOS FATOS - "A preliminar de cerceamento de defesa confunde-se com o mérito do recurso e com ele será analisada.

"O exame dos autos revela que a execução recai sobre prestações alimentícias devidas pelo período de maio a julho de 2016 no valor de R$ 1.509,95, considerando os alimentos fixados no ano de 2003 em 30% dos rendimentos líquidos do agravante excluídas as horas extras.

"O executado apresentou contestação alegando, em resumo, estar desempregado; extravio da Carteira de Trabalho; falta de fixação de pensão alimentícia em caso de desemprego; efetuou pagamentos parciais; propôs pagamento parcelado correspondente a 30% do saldo devedor; iniciou os pagamentos antes da anuência do exequente (fls. 33/35, origem).

"Por conseguinte, o agravado manifestou-se contrariamente ao acordo proposto e apresentou planilha atualizada do débito, considerando os pagamentos parciais efetuados (fls. 104/106, origem).

"O MM. Juiz *a quo* determinou a intimação do devedor de alimentos para o pagamento do débito apontado no cálculo do exequente, sob pena de prisão.

"Ato contínuo, foi juntado aos autos o ofício do INSS com informações a respeito da indenização recebida pelo agravante e o histórico de recolhimentos previdenciários (fls. 197/202), sobrevindo a r. decisão agravada.

3.- DO MÉRITO - "Feitas essas considerações, infere-se que a irresignação do agravante pertine à exigência da pensão alimentícia em sede de execução para o período em que alegou estar desempregado e também quanto aos descontos sobre a indenização recebida do INSS.

"Diferentemente do que pareceu ao executado, o MM. Juiz de primeiro grau não arbitrou o valor da pensão alimentícia em fase de execução.

"Do contrário, apenas impediu o agravante de se forrar do pagamento da pensão alimentícia sob o pretexto de estar desempregado.

"O fio condutor para o desate da controvérsia encontra-se no ofício expedido pelo INSS (fls. 197/202), o qual retrata a seguinte situação: 'A.M.S.

Acesso ao Sumário

se encontra em gozo de auxílio acidente E/NB nº (...) com Data de início do pagamento (DIP) em 01.07.2016, como mostram as telas anexas. [...] Ademais, consta vínculo no(a) 'ECOURBIS AMBIENTAL S.A. desde 20.06.2016''.

"Pois bem, considerando que a execução cobra prestações alimentícias no período de maio a julho de 2016 e ainda o fato de o executado ter obtido trabalho com vínculo empregatício em junho de 2016, forçoso é concluir que a partir de julho de 2016 recebeu o primeiro salário, o que não justifica os pagamentos parciais realizados, desde então.

"Outrossim, o alimentante provou que os descontos das prestações alimentícias em folha de pagamento pelo empregador tiveram início em fevereiro de 2017, circunstância, aliás, não comunicada ao Juízo pelo agravado, que atualizou o cálculo do débito sem abater os valores recebidos (fls. 128/129, origem).

"Portanto, são devidos alimentos no período de maio e junho de 2016, haja vista o desemprego do executado, uma vez que recebeu o primeiro salário em julho de 2016, como visto.

"Por conseguinte, de julho de 2016 até janeiro de 2017 foram efetuados pagamentos parciais, pois os descontos em folha de pagamento iniciaram-se em fevereiro de 2017.

"Quanto ao valor da pensão alimentícia durante o desemprego do executado (maio e julho de 2016), nada obstante a omissão do título, é pacífico o entendimento segundo o qual 'O desemprego não subtrai a liquidez da obrigação alimentar, que pode ser buscada pela via executória. Apelo desprovido.' (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apel. 70009224122, relª Minª Maria Berenice Dias, j. 08.09.2004).

"Na verdade, a obrigação alimentar não desaparece, apesar de eventual ruptura do contrato de trabalho, sendo pacífico entendimento de que prevalece, a título de pensão alimentícia, o último valor descontado.

"Nesse sentido orienta a C. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: 'Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não retira a liquidez do título executivo judicial que fixa a pensão alimentícia em percentual incidente sobre a remuneração mensal do executado. Ocorrendo alteração na situação econômica do alimentante, tal fato será motivo de defesa ou de ação revisional, mas não de extinção da ação de execução. O cálculo do valor devido deve se basear na última remuneração efetivamente percebida. Precedente (REsp nº 330.011/DF). Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o processamento da ação de execução de alimentos' (STJ-4ª T., REsp. n. 726.752-SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 14.06.2005).

"Sem divergir, este E. Tribunal de Justiça de São Paulo vem entendendo

Acesso ao Sumário

que, nesses casos, subsiste a obrigação de pagar o valor da última pensão em pecúnia, 'descontada em folha de pagamento, por todo o período em que desempregado o devedor' (RT 779:220; 1ª Câm. de Dir. Privado, Ap. 060259-4, rel. Des. Gildo dos Santos, j. 4.11.97 e 5ª Câm. de Dir. Privado, Ap. 110.558.4/8, rel. Des. Marcus Andrade, j. 6.4.2000, v.u.).

"No mesmo sentido: 'EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESEMPREGO. Fixados os alimentos em percentual de remuneração, afastando-se o alimentante do vínculo empregatício, permanece devendo a mesma importância em dinheiro correspondente à pensão. Se, com o desligamento, teve uma diminuição de renda, a ele cabia ingressar com ação revisional de alimentos, para livrar-se daquela obrigação. Enquanto não pede essa revisão, continua devendo alimentos à filha pela importância que devia enquanto estava empregado. Apelo provido.' (TJRS, 7ª Câmara Cível, Apel. n. 70001687334, rel. Desª Maria Berenice Dias, j. 06.12.2000).

"'EXECUÇÃO - Alimentos - Título executivo judicial - Prestação fixada com base em percentual sobre a remuneração líquida do devedor - Desemprego posterior deste - Irrelevância - Pronúncia de nulidade do processo - Inadmissibilidade - Certeza, exigibilidade e liquidez não descaracterizadas - Provimento ao recurso para que prossiga a execução. O título executivo judicial, que prevê obrigação de prestar alimentos no valor correspondente a certa percentagem da remuneração líquida do devedor, não perde, com o desemprego deste, sua certeza, liquidez e exigibilidade' (TJSP, 2ª Câm. Dir. Priv., Ap. 222.830-4, rel. Des. Cezar Peluso, j. 12.03.02).

"Para o conhecimento do salário do recorrente, deverá ser expedido ofício para o seu último empregador, conforme dados disponibilizados pelo INSS (fls. 198, origem).

"Quanto à determinação de incidência dos alimentos sobre os salários, preservado o posicionamento do Magistrado singular, a sua exigibilidade não decorreu do acordo proposto e não anuído pelo exequente, mas do título executivo que fixou a pensão alimentícia no ano de 2003.

"Daí, os valores pagos espontaneamente ao credor de alimentos deverão ser abatidos do saldo devedor, mesmo porque o agravado se opôs ao acordo.

"De outra parte, no que toca aos descontos sobre a verba indenizatória, *in casu*, auxílio-acidente, é entendimento do STJ que 'As parcelas denominadas auxílio-acidente, cesta-alimentação e vale-alimentação, que tem natureza indenizatória, estão excluídas do desconto para fins de pensão alimentícia porquanto verbas transitórias' (STJ, 3ª Seção, REsp 1159408/PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07.11.2013).

"Finalmente, não ocorreu o propalado cerceamento de defesa, porquanto, conforme observado pelo Ministério Público em primeiro grau, o agravante

Acesso ao Sumário

foi intimado para o pagamento na pessoa de sua advogada para pagamento e permaneceu inerte (fls. 146/147, origem)."

4.- CONCLUSÃO - Daí por que se dá provimento em parte ao recurso seja expedido ofício ao penúltimo empregador do agravante para o fim de conhecimento do seu último salário, objetivando incidência para os meses de maio e junho de 2016; ii) a partir de julho de 2016 sejam os alimentos descontados sobre o salário pago pelo atual empregador; iii) sejam considerados os pagamentos parciais efetuados e os descontos em folha de pagamento sobre o cômputo do saldo devedor; iv) a pensão alimentícia não deve incidir sobre o auxílio-acidente e v) remetam-se os autos ao Contador Judicial para a atualização do débito, nos termos dos parâmetros, ora fixados.

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 2211584-56.2017.8.26.0000, da Comarca de Caçapava, em que são agravantes JAIR DOS SANTOS e ELAINE APARECIDA DE ARAÚJO AUGUSTOS SANTOS, são agravados RONALDO DE SENA MOREIRA e ANA CRISTINA VARGAS MOREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24552)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 10 de agosto de 2018.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DÉBITO DECORRENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL -

BLOQUEIO DE VALOR DEPOSITADO EM CONTA CORRENTE - PENHORA DE 30% - POSSIBILIDADE - PERCENTUAL QUE NÃO COMPROMETE A SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO – INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 833, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RELATIVIZAÇÃO DA NORMA - PRECEDENTES - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 13/15 que, dentre outras deliberações, acolheu parcialmente a impugnação à execução e manteve a constrição em 30% do valor bloqueado, bem como determinou à serventia a transferência do valor para conta judicial e expedição de mandado de levantamento do valor em favor do exequente (30%) e o saldo remanescente em favor do executado.

Sustenta o recorrente, em síntese, que os vencimentos, subsídios, soldos, salários, estão elencados no rol de impenhorabilidade previsto no artigo 833, do Código de Processo Civil. Argumenta que o diploma processual prevê expressamente as exceções à impenhorabilidade que não se aplica ao caso em questão. Afirma que não há como manter a constrição em 30% do valor penhorado, sob pena de incorrer em ilegalidade. Colaciona julgados para corroborar sua tese. Requer seja o recurso recebido no efeito suspensivo, dando-se provimento para reformar a r. decisão agravada.

Indeferida a gratuidade de justiça, o recorrente comprovou o recolhimento do preparo recursal.

Dispensadas as diligências do artigo 1.019 do Novo Código de Processo Civil, uma vez que o recurso reúne condições de julgamento nos moldes do artigo 932 do referido códex, não resultando prejuízo às partes.

É o relatório.

Trata-se de ação de rescisão contratual em etapa de cumprimento de sentença, na qual o juízo agravado acolheu parcialmente a impugnação ofertada pelo executado, mantendo a constrição no percentual de 30% do valor bloqueado.

Com efeito, conquanto a constrição levada a efeito fosse, em princípio, vedada pelo ordenamento jurídico, nos termos do que dispõe o artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, é certo que a jurisprudência vem flexibilizando a regra, desde que seja preservado o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família.

Acesso ao Sumário

Assim, diante do insucesso da execução, é possível que o percentual penhorado possa ser utilizado para pagamento da dívida (30%), sem que daí decorra nenhuma ilegalidade.

Confira-se, a respeito o seguinte julgado:

"*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO COM COBRANÇA DE ALUGUEIS E ENCARGOS LOCATÍCIOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENHORA DE VERBA REMUNERATÓRIA.* ***RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE.*** *1. Ação de despejo por falta de pagamento com cobrança de alugueis e encargos locatícios, em fase de cumprimento de sentença, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 30/01/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal é decidir sobre a negativa de prestação jurisdicional; a ocorrência da preclusão; e a possibilidade de penhora de 10% (dez por cento) dos rendimentos líquidos do recorrente, para o pagamento de aluguéis e encargos locatícios. 3. Devidamente analisada e discutida a questão, estando o acórdão recorrido clara e suficientemente fundamentado, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC/73. 4. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa o não conhecimento do recurso quanto ao tema. 5.* ***Quanto à interpretação do art. 649, IV, do CPC, tem-se que a regra da impenhorabilidade pode ser relativizada quando a hipótese concreta dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória, preservando-se o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família****. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.*" (REsp 1547561/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017) - grifei.

E mais:

"*DESPEJO C/C COBRANÇA FASE DE EXECUÇÃO - Penhora on line de ativos financeiros - Alegação de impenhorabilidade por se tratar de verba de caráter alimentar - Ausência de prova contundente da alegação - Possibilidade - Inteligência do art. 835 do CPC/15 - Documentos não comprovam tratar-se de conta corrente utilizada exclusivamente para depósito de salários -* ***Ainda que assim não fosse, atualmente há mitigação referente à impenhorabilidade de verbas salariais - Limitação do valor da penhora - Admissibilidade - Constrição máxima no patamar de 30% - Medida razoável e proporcional*** *- Alegação de ausência de desconsideração da personalidade jurídica - Descabimento - Decisão reformada - Recurso provido em parte*." (Agravo de Instrumento nº 2123617-70.2017.8.26.0000, Rel. Des. Claudio Hamilton, 25ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Privado, j. em 24.08.2017) - grifei.

Assim, por um lado, não se pode prestigiar a inadimplência, e, por outro lado, não se pode comprometer a parcela indispensável à subsistência do alimentante, sob pena de ferir o princípio da dignidade humana.

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

Em decorrência do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2016922-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é agravante TELMA DE FREITAS, são agravados TATIANA DE FREITAS BIO e TFB CONTABILIDADE E IMOBILIÁRIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11563)**

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

São Paulo, 6 de junho de 2018.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres com pedido de concessão de tutela provisória de urgência - Indeferimento de tutela de urgência para compelir a ré a pagar valores correspondentes à participação nos lucros - Valores que serão quantificados e poderão ser considerados devidos somente após a instauração do contraditório e regular processamento da ação - Ausência do *periculum in mora* - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em "*ação de dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres com pedido de concessão de tutela provisória de urgência*" (sociedade limitada), indeferiu a tutela para compelir as rés a depositarem provisoriamente R$ 2.800,00 a título

de participação nos lucros e, subsidiariamente, R$ 1.326,00 a título despesas básicas.

Recorreu a autora a sustentar, em síntese, que as partes constituíram sociedade em 11/08/2009 no ramo contábil e imobiliário com denominação TFB CONTABILIDADE E IMOBILIARIA LTDA.; que em 05/07/2013 houve alteração junto a JUCESP do ramo da atividade empresarial, passando a exercer apenas atividade de contabilidade, bem como alteração da denominação para TFB CONTABILIDADE LTDA.; que em 10/07/2017 foi impedida pelo funcionário Fábio de entrar na sede da sociedade, sob a alegação de que a Sra. Tatiana, corré, havia proibido sua entrada e não teria mais acesso a qualquer informação documental; que ajuizou ação de dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres pleiteando que as rés "*depositasse provisoriamente a título de participação nos lucros a quantia de R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), referente as despesas básicas médias mensais necessárias para subsistência da parte autora, qual seja, aluguel, água, luz, condomínio, alimentos*" (*sic*); e que estão presentes os requisitos para o deferimento da tutela.

Recurso processado sem tutela recursal (fls. 88/90).

Sem resposta (certidão, fls. 97) e sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não prospera.

As razões expostas pela agravante, neste momento processual, não desautorizam os fundamentos em que assentada a r. decisão recorrida.

O que a agravante reputa incontroverso relativamente a "lucros", não é! Até porque, as verbas que vierem a ser consideradas devidas após definitivo provimento jurisdicional, e uma vez observados os princípios correspondentes do processo (especialmente o contraditório e a ampla defesa), serão quantificadas a partir de elementos produzidos sob o crivo do contraditório e não unilateralmente, como até aqui apresentado pela agravante.

Tanto assim é que a própria agravante na petição inicial da ação de origem afirma que "*não tinha pró-labore apenas entregava suas contas básicas a vencer como água, luz, telefone, aluguel, condomínio, etc. afirmação que poderá ser comprovada com os extratos bancários, bem como depoimento pessoal das partes.*

Assim, a autora 'recebia' em torno de R$ 2.800,00, pois seus gastos mensais não variam muito, planilha anexa."

Tem-se, assim, que a aferição da verossimilhança das alegações da agravante não prescinde do contraditório.

Anote-se, também, a não verificação, de plano, do *periculum in mora*, já que não há risco à satisfação do direito pretendido pela agravante e, por

Acesso ao Sumário

conseguinte, ao resultado útil do processo, elemento indissociável à tutela de urgência, a afastar, ao menos por ora, a arguida urgência da pretensão recursal.

Conforme ensina José Roberto dos Santos Bedaque:

"*A duração do processo pode contribuir para a insatisfação do direito ou para o agravamento dos danos já causados com a não atuação espontânea da regra substancial. Trata-se de dano marginal decorrente do atraso na imposição e atuação coercitiva, pelo juiz, da regra de direito material.*

A tutela de urgência está ligada a esse perigo de dano e visa a afastá-lo.

O risco está relacionado com a efetividade da tutela jurisdicional, mas, indiretamente, diz respeito ao próprio direito material, subjetivou ou potestativo. Está vinculado à duração do processo e à impossibilidade de a providência jurisdicional, cuja eficácia esteja em risco, ser emitida imediatamente" (Comentários ao Código de Processo Civil volume 1, coordenador Cassio Scarpinella Bueno, Saraiva, 2017, pp. 931/932).

Registre-se também, e tal como fizera o D. Juízo de origem, que a solução da controvérsia não prescinde do contraditório e, se necessário for, de regular instrução processual. Por isso, ela não cabe nos limites estreitos deste recurso, palco inadequado que é à pretensão das agravantes.

Vê-se, pois, que a pretensão recursal não elide os fundamentos e a prudente solução insertas na r. decisão recorrida que, por isso, mantém-se e, se o caso, poderá ser revista pelo D. Juízo de origem se elementos outros de convencimento vierem aos autos após o contraditório, de resto já instaurado com a apresentação de contestação pelas agravadas (vide os autos originários).

Ausentes, no processo de origem e neste recurso também, os pressupostos autorizadores da concessão da tutela de urgência, mantém-se a r. decisão recorrida por seu próprios e jurídicos fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2087064-87.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DAYCOVAL S/A, são agravados CENTRAL DO AÇO INDUSTRIAL LTDA., EDSON CRUZ DA CONCEIÇÃO e SUZANA SIMONELLE LIMA MENEZES DA CONCEIÇÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26208)**

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

São Paulo, 25 de junho de 2018.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - Medidas coercitivas atípicas - CPC, artigo 139, IV - Pretensão de reforma da r. decisão que indeferiu pedido de suspensão e apreensão de carteira de habilitação, passaporte e cartões de crédito dos executados - Descabimento - Hipótese em que as medidas coercitivas atípicas pleiteadas com fundamento no artigo 139, inciso IV, do CPC, mostram-se desarrazoadas e desproporcionais como forma de se buscar a satisfação do valor executado - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra respeitável decisão que indeferiu pedido de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, de Passaporte e dos Cartões de Créditos dos executados.

Sustenta o banco agravante, em apertada síntese, a possibilidade de medidas coercitivas atípicas com a finalidade de dar efetividade ao processo e de garantir o pagamento, sobretudo em razão de os executados não haverem indicado bens à penhora e de não ter sido localizado patrimônio de titularidade dos devedores, o que sugere a prática de ocultação de rendimentos.

Recurso bem processado, sem resposta.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, o artigo 139, permite ao juiz "*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*".

É certo que referido dispositivo legal trouxe inovação ao ampliar as medidas coercitivas à disposição do juiz para compelir ao cumprimento de uma ordem judicial e ao estender a sua aplicação às obrigações de pagar.

Acesso ao Sumário

Contudo, essa previsão legal, que consagra a atipicidade das medidas coercitivas e sub-rogatórias, não dá ao juiz o poder de determinar toda e qualquer medida.

Vale lembrar que o artigo 8º do Código de Processo Civil prevê 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*".

Assim, a aplicação do artigo 139 deve ser norteada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No caso em exame, as medidas requeridas pelo agravante (suspensão do passaporte, do direito de dirigir e da utilização de cartões de crédito) são desarrazoadas e desproporcionais como forma de se buscar a satisfação do crédito, pois não ensejarão o cumprimento da obrigação, nem guardam com ela relação alguma.

Nesse sentido, precedentes desta Eg. 13ª Câmara de Direito Privado:

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Diligências para efetivação da penhora e pagamento, por meio do Infojud e Bacenjud que restaram frustradas - Pedido de bloqueio de cartões de crédito da executada - Medidas indutivas e coercitivas previstas no artigo 139 do NCPC que devem respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e menor onerosidade do devedor - Cancelamento dos cartões de crédito que não se presta ao fim desejado, no caso, o pagamento do débito - Recurso não provido" (TJSP, Agravo nº 2260027-72.2016, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. **Heraldo de Oliveira**, DJ 03.03.2017)

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Descumprimento de acordo celebrado entre as partes - Prosseguimento da execução - Determinação judicial de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do executado - Inadmissibilidade: - Ainda que a execução se processe em benefício do credor e que o art. 139, inc. IV, do novo Código de Processo Civil, preveja que cabe ao Juiz determinar medidas para compelir o devedor ao pagamento da dívida, tais disposições submetem-se às garantias constitucionais e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Inadmissibilidade de se afetar o direito de ir e vir do executado para forçá-lo ao pagamento do débito. RECURSO PROVIDO." (TJSP, Agravo nº 2241798-64.2016, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. **Nelson Jorge Júnior**, DJ 24.02.2017).

Ressalve-se, por fim, que, no recente julgamento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, do RHC nº 97876, **Rel. Min. Luís Felipe Salomão**, 4ª Turma, não se conheceu da alegação quanto à possibilidade de suspensão da carteira nacional de habilitação com fundamento no art.139, inciso IV, do CPC, uma vez que tal direito não é afeito à liberdade de locomoção, tutelável em

Acesso ao Sumário

"*habeas corpus*".

Tal decisão da Corte Superior, portanto, em nada conflita com a conclusão ora adotada, pela desproporcionalidade e pela irrazoabilidade da adoção das medidas coercitivas atípicas, ora requeridas.

Nesse contexto, deve ser mantido o indeferimento das medidas atípicas requeridas, tal como já decidido em primeiro grau de jurisdição.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2092081-07.2018.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante KLAUSS MARTIN ANDORFATO, é agravado ESPÓLIO DE CAIO LUIZ DE PAULA E SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.516)**

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

São Paulo, 11 de julho de 2018.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA - Aplicação de multa de 10% sobre o valor do débito - Ausência de indicação de bens à penhora - Insurgência do executado - Alegação de que deixou de indicar bens em virtude da indisponibilidade de seu patrimônio determinada em ação cautelar fiscal - Descabimento - Indisponibilidade cautelar que não impede a realização de penhora por credores em outras ações - Precedente do C. STJ e do E. TJSP - Afirmação de que o gado de sua propriedade é a única fonte de sustento próprio e da família - Não comprovação - Preenchimento dos requisitos para aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça - Inteligência do Art. 774, V, do Código de Processo Civil - Decisão mantida - RECURSO NÃO

Acesso ao Sumário

PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em cumprimento de sentença, proposto por ESPÓLIO DE CAIO LUIS DE PAULA E SILVA, contra KLAUSS MARTIN ANDORFATO, condenou o executado ao pagamento de multa de 10% sobre o valor do débito, em favor do exequente, em virtude de ato atentatória à dignidade da justiça, nos termos do art. 774, V, do Código de Processo Civil (fls. 60/61).

Recorre o executado. Sustenta que informou o D. Juízo *a quo* acerca da indisponibilidade de seus bens, em virtude de ação cautelar fiscal. Afirma que a penhora pretendida pelo exequente buscava a constrição de gado de sua propriedade, cuja venda é o único meio de manutenção de sua subsistência. Argui que o art. 774, V, do Código de Processo Civil pune a conduta daquele que não indica bens penhoráveis, contudo, no caso, o executado estava impossibilitado de nomear os únicos bens que servem de sustento e que, por tal razão, são impenhoráveis. Alega que o exequente desistiu do leilão de um imóvel rural do agravante, a fim de penhorar o único faturamento do executado. Busca a reforma da r. decisão para que seja afastada a condenação ao pagamento de multa de 10% sobre o valor do débito. Pugna pela concessão do efeito suspensivo ao recurso.

Recurso recebido sem a concessão do efeito pleiteado e contrariado (fls. 93/97).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Depreende-se dos autos que o executado deixou de indicar bens à penhora, sob o fundamento de que seus bens "*encontram-se indisponíveis por força de ação cautelar fiscal*", bem como a única atividade exercida pelo executado ser a compra e venda de gado, "*cujo rendimento é impenhorável por se tratar de valores destinados para o seu sustento e de sua família*" (fl. 52).

Neste cenário, o D. Juízo *a quo* aplicou multa de 10% sobre o valor do débito, em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 774, V, do Código de Processo Civil, conforme segue (fls. 60/61):

> "*Vistos.*
>
> *1. Em que pese o não regular cumprimento do art. 774 do NCPC, o devedor veio aos autos informando que seus bens encontram-se indisponíveis por força da ação cautelar fiscal e que sua atividade é compra e venda de gado, cujo rendimento é impenhorável por se tratar de valores destinados a sustentar sua família.*
>
> *Assim, infere-se que descumpriu o disposto no art. 774, inciso V, do*

Acesso ao Sumário

Código de Processo Civil, pois não há decisão judicial declarando que essa atividade, em relação aos autos, é impenhorável. Assim, reconheço a prática de ato atentatório à dignidade da justiça e imponho à parte devedora multa no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor total do débito, que reverterá em favor da parte exequente.

(...)".

Contra essa decisão, insurge-se o executado, ora agravante.

A pretensão, contudo, não merece acolhida.

Com efeito, a indisponibilidade dos bens decretada em ação cautelar fiscal, nos termos do art. 4º, da Lei 8.397/92, não impede o prosseguimento de execuções individuais, bem como de penhoras e alienações judiciais em outros processos, ressalvada, somente, a observação da ordem preferencial de pagamento dos créditos.

Neste sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. BEM IMÓVEL. INDISPONIBILIDADE DECRETADA EM EXECUTIVO FISCAL. PENHORA POSTERIOR. ALIENAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.*

1. A indisponibilidade do bem, decretada pelo juiz e decorrente de penhora levada a efeito pela Fazenda Pública, apenas impede a alienação do bem pelo devedor executado, não impossibilitando nova penhora sobre o mesmo bem, desde que resguardado o crédito fiscal respectivo. Precedentes.

2. 'É possível a alienação forçada do bem em decorrência da segunda penhora, realizada nos autos de execução proposta por particular, desde que resguardados, dentro do montante auferido, os valores atinentes ao crédito fazendário relativo ao primeiro gravame imposto' (REsp 512.398/SP, Rel. Min. FELIX FISHER, DJe de 22/3/2004).

3 Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1557425/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 14/06/2017).

Do mesmo modo, já decidiu esse E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

"*EXECUÇÃO - Indisponibilidade de bens - Decisão que indeferiu a penhora de imóveis cuja indisponibilidade fora decretada em ações de natureza fiscal - Inadmissibilidade - Gravames que atingem apenas os direitos dos devedores daquelas ações, e não de seus eventuais credores - Agravo provido.*" (TJSP; Agravo de Instrumento 0245154-77.2011.8.26.0000; Relator (a): Cesar Mecchi Morales; Órgão Julgador:

Acesso ao Sumário

24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/03/2012; Data de Registro: 15/03/2012).

Ressalta-se, ademais, que a possibilidade de penhora dos bens do executado, a despeito da decretação de indisponibilidade em medida cautelar fiscal, já havia sido analisada pelo Juízo *a quo* e foi, ademais, objeto do Agravo de Instrumento nº 2102206-73.2014.8.26.0000, o qual manteve a r. decisão que permitiu o prosseguimento da execução individual.

Sendo assim, verifica-se que a ausência de indicação de bens a penhora pelo executado, ao argumento de que seu patrimônio encontra-se indisponível, veicula alegação anteriormente afastada e configura a conduta atentatória à dignidade da justiça prevista no art. 774, V, do Código de Processo Civil.

Outrossim, a alegação do executado de que exerce exclusivamente a atividade de compra e venda de gado, cujo rendimento é impenhorável por ser revertido para sustenta próprio e da família, veio desacompanhada de qualquer documento.

De fato, tendo em vista que o cumprimento de sentença se arrasta desde 2007 e que o executado deixou de indicar bens, ainda que os considerasse impenhoráveis, impõe-se a manutenção da multa fixada (fls. 34/36).

Neste sentido, confira-se lição da mais abalizada doutrina sobre a aplicação do art. 774, V, do Código de Processo Civil:

> "***(...)Trata-se de dever - e não mero ônus - o da indicação dos bens a penhorar e o da prestação das informações necessárias à sua realização. Aplica-se, aqui também, o dever de cooperação (art. 6º). Mesmo quando o executado entenda que só tem bens impenhoráveis, deverá informar ao juiz, mediante a ressalva da impenhorabilidade que os afeta***" (THEODORO JUNIOR, Humberto. "Curso de Direito Processual Civil" - volume III, 47ª edição, Editora Forense, p. 246-247, grifo nosso).

Acrescente-se, ainda, que não restou demonstrada a alegação de que o credor optou pela via mais gravosa.

Realmente, a penhora anteriormente realizada recaiu somente sob parte ideal correspondente a 5,5% do imóvel rural, sendo certo que o montante a ser arrecadado ao fim seria insuficiente à integral satisfação do débito exequendo, motivo pelo qual cabível a desistência pelo credor (fls. 54/55)

Ressalta-se que a referida desistência foi homologada sem qualquer impugnação do devedor. Assim, por qualquer ângulo, afasta-se a alegação de que o credor utiliza-se da via mais gravosa (fl. 53).

Portanto, a r. decisão recorrida merece ser integralmente mantida.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2071234-81.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MARIA APARECIDA ROSSETO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO DO BRASIL 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: "Por maioria de votos, em julgamento estendido, deram provimento ao recurso e julgaram prejudicado o agravo regimental. Vencido o 2º Desembargador, que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33129)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2018.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Agravo Interno - Interposto contra decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal - Recurso prejudicado.

Tutela de urgência - Revisão - Contratos bancários - Limitação dos descontos em 30% dos rendimentos da devedora - Possibilidade - Observância ao princípio da dignidade da pessoa humana - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência, na ação revisional intentada pela agravante.

Sustenta que os descontos das parcelas dos empréstimos celebrados com o réu superam 30% dos vencimentos, comprometendo sua subsistência. Busca a reforma do *decisum*.

Nesta Instância, foi deferida a antecipação da tutela recursal, decisão contra a qual foi interposto Agravo Interno.

Esse é o relatório.

De início, é importante ressaltar que, com o julgamento do Agravo de Instrumento, resta prejudicado o Agravo Interno.

Prospera a irresignação recursal.

Acesso ao Sumário

Como é cediço, apesar de possível o débito em folha de pagamento ou conta corrente de parcelas advindas de empréstimos celebrados com instituições financeiras, é certo que o exagero do desconto gera o comprometimento da subsistência do mutuário e sua família, o que não pode ser admitido.

O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, não pode ser mitigado diante de normas que disciplinam outros direitos, *data venia*, de valores inferiores à vida, saúde e dignidade humana.

Com isso, o que se tem verificado é um aumento significativo de casos como o desse processo, em que o mutuário acaba por ter mais de 30% de seus vencimentos comprometidos com financiamentos bancários, impedindo sua própria subsistência.

Mas não é só.

Se as instituições financeiras, ao contratar, não verificam as condições do mutuário, devem arcar com seu ato, pois, se assim continuarem, possivelmente se poderá validar pacto celebrado com pródigos.

Não se está aqui protegendo o mutuário irresponsável que se endivida além de suas possibilidades, mas sim, protegendo o direito à vida, saúde e dignidade.

Como se verifica, a autora não se opõe à dívida, mas quer a revisão da forma de pagamento, a fim de afastar o desequilíbrio, tornando as prestações suportáveis, de modo que a obrigação possa ser cumprida sem o sacrifício desumano de uma das partes, aliás, princípio básico já conhecido dos romanos, pela cláusula "rebus sic stantibus", agasalhado pelo nosso Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV e § 1º, inciso III).

O Poder Judiciário, *data venia*, não pode ficar alheio a essa triste realidade, se a tecnologia hoje permite a existência de bancos de dados e a consulta pode e deve ser realizada por aquele que vai emprestar dinheiro a alguém, mas deixa de realizá-la, não será com ataque ao direito à vida que se resolverá a questão.

A dívida tem sim que ser paga, mas quem contrata mal é que deve suportar esse ônus, ou seja, adequá-la às condições daquele que deve pagar, não devendo existir distinção para casos de descontos realizados no holerite ou na conta corrente do mutuário.

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

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. EMPRÉSTIMO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. DÉBITO EM CONTA-CORRENTE. LIMITAÇÃO. PERCENTUAL DE 30% (TRINTA POR CENTO). DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ÀS RAZÕES DA DECISÃO OBJURGADA. SÚMULAS 284/STF E 182/STJ.

Acesso ao Sumário

1. O entendimento do Tribunal de origem não está em consonância com a orientação do STJ, no sentido de que a retenção de salário do correntista, para fins de saldar débito relativo a contrato de mútuo bancário, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais.

2. O STJ vem consolidando o entendimento de que os descontos de mútuos em conta-corrente devem ser limitados a 30% (trinta por cento) dos rendimentos do correntista, aplicando, analogicamente, o entendimento para empréstimos consignados em folha de pagamento (EDcl no AgRg no AREsp 34.403/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 17/9/2013). **(grifamos)**

3. A parte agravante colaciona jurisprudência que contraditoriamente ratifica o decisum objurgado, estabelecendo a limitação de descontos de empréstimo bancário ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre o vencimento do recorrido. Outrossim, a agravante também deixou de atacar especificamente os fundamentos da decisão vergastada e de realizar o devido cotejo entre os julgados paradigmas. Dessarte, incide na hipótese dos autos o óbice das Súmulas 284/STF e 182/STJ.

4. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 1535736/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, J. 13/10/2015, DJe 18/11/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO ARESP. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE PERCENTUAL LIMITADO A 30% DOS VENCIMENTOS DO CORRENTISTA. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Casa consolidou-se em admitir que os descontos de empréstimos em conta corrente devem ser limitados a 30% da remuneração, tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 314901/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, J. 18/06/2015, DJe 24/06/2015).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, para limitar todos os descontos efetuados pelo agravado, seja no holerite ou conta corrente, em 30% dos seus vencimentos líquidos da agravante.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 36587)

Acesso ao Sumário

Na hipótese ouso divergir do I. Relator:

Restou incontroverso nos autos que o autor é titular de conta corrente junto às instituições financeiras, onde recebe seu salário. Incontroverso também a celebração de contratos de empréstimo, onde ficou a instituição bancária autorizada a proceder aos descontos das parcelas diretamente da folha de pagamento e da conta corrente da autora, funcionária pública estadual.

Sob alegação de que os descontos ultrapassam o percentual de 30% dos rendimentos líquidos ajuizou a presente ação, requerendo antecipação de tutela para que os descontos fossem limitados a 30% de seus rendimentos líquidos.

A medida restou indeferida pelo MM. Juízo, e é contra essa decisão que se insurge a recorrente.

No caso, o desconto em conta corrente não atinge 35% do salário da autora, conforme Decreto 61.750/2015.

De início é bom deixar claro que o desconto em conta corrente não tem limitação legal.

Todo o valor depositado em uma conta corrente perde a sua condição originária e se transforma em ativo financeiro comum.

A lei não fixa limite para débito em conta corrente.

Justificável essa situação na medida em que o débito em conta corrente não implica em retenção de valores, mas de mera compensação de uma relação de débito e crédito.

Importante ainda observar que os contratos celebrados foram anteriores à Súmula 603 do STJ.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo de Instrumento.

IRINEU FAVA, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2116483-55.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravado IRMÃOS NECCHI & CIA. LTDA.

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 46756t.)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 10 de julho de 2018.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REVISIONAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. COBRANÇA MENSAL. MULTA E HONORÁRIOS. ART. 523 DO CPC.

1. Houve revisão de contrato, com determinação de expurgo de capitalização em período inferior ao anual. Para cumprimento de sentença, houve apresentação de trabalho pericial.

2. O banco insiste no equívoco do perito, alegando que, por exigir juros mensalmente, não teria incorrido em cobrança de juros compostos. Ocorre que, mesmo que o autor tenha pago os juros mensais, tendo estes integrado o valor principal, servindo de base para cálculo de novos juros, isso equivale à cobrança de juros capitalizados mensalmente. E essa prática foi declarada abusiva em decisão transitada em julgado.

3. Com isso, não se verifica equívoco no trabalho do perito. E, caso não haja pagamento da dívida no prazo preconizado no art. 523 do CPC, nada impede incidência de multa e de honorários advocatícios.

4. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Bradesco S/A contra r. decisão copiada às fls. 37/39 que, em ação revisional em fase de cumprimento de sentença proposta por Irmãos Necchi & Cia. Ltda., determinou pagamento da dívida no valor de R$ 161.035,64, em quinze dias, atualizada até o dia do efetivo pagamento e acrescida de custas, se houver. Transcorrido o prazo sem pagamento voluntário, informou que se iniciaria o prazo de quinze dias para que, independentemente de penhora ou de nova intimação, o devedor apresentasse sua impugnação nos próprios autos. E, após os quinze dias sem pagamento voluntário, haveria acréscimo de dez por cento a título de multa, e mais dez por cento, a título de honorários.

O agravante se insurge contra a incidência da multa e dos honorários.

Acesso ao Sumário

Afirma que o laudo pericial é genérico e não poderia ter sido acolhido; haver enriquecimento ilícito de uma das partes; caber substituição do perito, que não esclareceu a contento a matéria ventilada.

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

É o relatório.

Os agravados lograram parcial procedência de seu pleito revisional, para afastar a capitalização de juros em período inferior ao anual (sentença às fls. 110/151 e acórdão de parcial provimento do recurso do banco às fls. 153/167).

Para cumprimento de sentença, houve necessidade de realização de cálculo por perito. O trabalho pericial foi juntado às fls. 187/248. Nesse cálculo, o expert informou que os juros foram capitalizados na periodicidade anual, no primeiro movimento do mês de janeiro de cada ano e em 28/9/2001, data final dos cálculos (fls. 197).

De acordo com o banco, por ter exigido os juros mensalmente, e tendo eles sido pagos, não teria havido capitalização (vide fls. 264). Conforme entende, as decisões só afastaram a capitalização de juros, não alterando a relação de exigibilidade mensal de juros.

Ocorre que no acórdão objeto de cumprimento restou informado que não se tratava de imputação ao pagamento, porque não existia conta separada para os juros.

Ou seja, tendo os juros se integrado ao capital e se tornado base de cálculo para a incidência de novos encargos, a capitalização mensal teria de configurado. E tal capitalização foi afastada.

O banco insiste em cobrar os juros mensalmente e integrá-los ao valor da dívida principal. E, como se pôde observar, tal prática foi, sim, afastada nas decisões judiciais anteriores.

Como o banco insiste em calcular juros de forma capitalizada, não se verifica equívoco nenhum no cálculo apresentado pelo perito.

Com isso, nada tem de equívoco na incidência de multa e de honorários em caso de ausência de pagamento voluntário após o prazo de quinze dias preconizado no art. 523 do CPC.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121399-35.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

Acesso ao Sumário

JOÃO ELIAS SIMÕES, é agravado BANCO DAYCOVAL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.771)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 23 de julho de 2018.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Execução de título extrajudicial. Penhora de valor encontrado em conta bancária de titularidade do executado. Pretensão ao desbloqueio de toda a quantia constrita. Possibilidade, apenas, de liberação do quantum existente em caderneta de poupança. Inteligência dos artigos 833, inciso X, do CPC. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão, proferida nos autos de execução de título extrajudicial movida por Banco Daycoval S/A em face de João Elias Simões, na qual foi deferida a penhora de R$ 7.930,94 encontrados nas contas bancárias de titularidade do executado.

Inconformado, o agravante pugna pela reforma da r. decisão fustigada - a fim de que seja afastada a constrição do valor total e, subsidiariamente, do montante existente na caderneta de poupança - aos argumentos de: (a) ilegalidade do bloqueio judicial determinado de ofício, em razão da violação aos princípios do devido processo legal e da inércia da jurisdição; (b) impenhorabilidade da verba depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos; (c) necessidade do desbloqueio por se tratar de valor irrisório - inferior a 4% do valor executado - e porque será integralmente absorvido pelo pagamento das custas de execução. Postula, ainda, a concessão da tutela antecipada recursal.

A antecipação requerida não foi concedida e as informações foram dispensadas (fls. 549).

Intimado, o agravado apresentou contraminuta refutando os argumentos do agravante (fls. 553-555).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Trata-se de ação de execução de título extrajudicial proposta pelo

Acesso ao Sumário

agravado em face do agravante, cujo objeto é a execução da dívida oriunda dos Instrumentos Particulares de Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avenças nn. 1200093/14, 1204575/14, 1206585/14 e 1206943/14, emitidos pela empresa White Film Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Filmes Ltda. entre 9 de maio e 1º de julho de 2014, nos quais o agravante figura como devedor solidário (fls. 57-66).

Não quitada a dívida, a r. decisão recorrida (fls. 371) determinou a penhora, em 16/5/2018, de R$ 7.930,94 - localizados em conta da titularidade do agravante mantida junto ao Banco Bradesco S/A (fls. 372) -, sobrevindo a presente insurgência.

Naquela oportunidade, o douto magistrado **a quo** entendeu por bem que:

"Tendo em vista os princípios constitucionais da efetividade, celeridade, eficiência e presteza no exercício da jurisdição (Arts. 5º, inciso LXXVIII, 37, *caput*, e art. 93, II, c, CF; art. 125, II, CPC), e obedecendo à ordem prevista no Código de Processo Civil (art. 655, I), determinei bloqueio, via sistema BACENJUD, que resultou parcialmente positivo, no valor de R$ 7.930,94, (desbloqueados valores irrisórios, dado o custo operacional do sistema), desde já penhorado, intimado o devedor na pessoa de seu procurador.

Ante a ciência inequívoca, decorrido o prazo de impugnação, expeça-se guia de levantamento" (**sic**) (fls. 50 e 371).

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

Em que pese a assertiva do agravante, no sentido de que o douto magistrado **a quo** efetuou a penhora de ofício, verifica-se que o agravado, desde sempre, postulou a constrição de numerário na tentativa de satisfação de seu crédito (v. fls. 66). Assim, não há que se falar em violação aos princípios do devido processo legal e da inércia da jurisdição.

Tampouco há de se aceitar a alegação de valor irrisório a embasar o pleito de levantamento integral da constrição, na medida em que o agravante nunca efetuou nenhum movimento tendente a quitar a elevada e longeva dívida. Assim, alguns poucos mil reais colaboram, sim, para a diminuição de seu valor.

Em que pese o fato de tais providências, muitas vezes, não atingirem o

Acesso ao Sumário

objetivo almejado, elas devem ser aplicadas a fim de que o mau pagador não permaneça impune após usufruir do numerário que lhe foi disponibilizado. Afinal, celebrado um contrato, a máxima **pacta sunt servanda** merece - a princípio - ser observada, razão pela qual o inconformismo não prospera.

Por fim, dá-se provimento ao recurso apenas para afastar a penhora de R$ 1.200,00 encontrados em conta poupança tradicional, conforme descrição remetida pela própria instituição financeira onde o numerário foi localizado (**cfr**. fls. 395), em atendimento ao disposto no artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a jurisprudência:

(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. CADERNETA DE POUPANÇA. IMPENHORABILIDADE CARACTERIZADA, NOS TERMOS DO ART. 833, X, DO CPC/2015. RECURSO PROVIDO. O inciso X, do art. 833 do CPC/2015, dispõe expressamente sobre a impenhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários-mínimos, sendo inferior o montante bloqueado nos autos. Não há demonstração de investida em outros eventuais bens para penhora e consequente expropriação. Deve ser apreciada eventual existência de outros bens para satisfazer o crédito executado, desde que sem impedimentos. (31ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2113231-44.2018.8.26.0000; Relator: Adilson de Araujo; julg. em 10/7/2018; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Agravo de Instrumento. Execução de Título Extrajudicial. Decisão interlocutória que indeferiu o desbloqueio de ativos financeiros. Inconformismo. Valores em conta-corrente, cuja origem em indenização trabalhista não ficou comprovada. Pretensão afastada. Poupança. Reserva inferior a 40 salários mínimos. Artigo 833, X, CPC. Impenhorabilidade configurada. Precedentes STJ. Decisão reformada. Penhora anulada quanto ao valor em poupança. Penhora de valores em conta-corrente, mantida. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido. (22ª Câmara de Direito Privado; Agravo de Instrumento 2025062-81.2018.8.26.0000/Cotia; Relator: Hélio Nogueira; julg. em 4/4/2018; V.U. - **in** "site" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2039565-10.2018.8.26.0000, da Comarca de Ipuã, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados SEBASTIÃO ALVES BARBOSA, AGNALDO DONIZETI DA SILVA, EDIMAR TRISTÃO DA SILVA, NILZA

BATISTA DA SILVA MOZER, HÉLIO ELIAS DA SILVA, EDMILSON JESUS DA SILVA, EURIPEDES DOS REIS DA SILVA, ERCILIO ELIAS DA SILVA, CLEBER LUIS ALVES RAIMUNDO, TEREZA EDNA PANICIO RAIMUNDO, NADIR SEBASTIANA RAIMUNDO DOS SANTOS, CREUSA ROSA RAIMUNDO DA COSTA, WALDOMIRO ALVES BARBOSA, ILDA OCTAVIANO FLORIANO ROSA, INEIDA MARIA OTAVIANO GATINHO, IRANI OTAVIANO ZAMPRONI, NELI RIBEIRO OTAVIANO GARCIA, MARIA APARECIDA TEIXEIRA DE ALMEIDA, GUIOMAR TEIXEIRA BARBOSA, JOÃO BATISTA TEIXEIRA, FRANCISCO MARTINS TEIXEIRA, MARIA JOSE TEIXEIRA DE ALMEIDA, ANTONIO MARTINS TEIXEIRA, JOAQUIM MARTINS TEIXEIRA JUNIOR, NEIVA DIAS DE ALMEIDA, NILTON DIAS DE ALMEIDA e MARGARIDA MARIA DE PAULA TEIXEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª 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 55783)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente sem voto), IRINEU FAVA e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 1º de agosto de 2018.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - ILEGITIMIDADE ATIVA - Necessidade de filiação ao IDEC - Descabimento - Possibilidade de ajuizamento de ação executiva individual por todos os poupadores - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Suspensão determinada no REsp 1.438.263 - Perda de eficácia, ante a desafetação de tal recurso do rito dos recursos repetitivos - Prefacial rejeitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTODESENTENÇA-COMPETÊNCIA - Pleito que não está restrito ao foro onde tramitou a ação coletiva, podendo ser deduzido pelo poupador no foro de seu domicílio - Entendimento pacificado

Acesso ao Sumário

pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Prefacial afastada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRESCRIÇÃO - É quinquenal o prazo prescricional para o ingresso com pedido de cumprimento de sentença pelo poupador, a contar do trânsito em julgado da ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Prefacial de mérito rejeitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - Inadequação do rito adotado para liquidação de sentença - Necessidade de observância do disposto no artigo 475-E, do Código de Processo Civil de 1973, hoje o artigo 509, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 - Descabimento, contudo, do reconhecimento da nulidade do procedimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL - Data da citação para a ação coletiva - Matéria que já foi assim decidida na sentença da Ação Civil Pública, e que não pode ser alterada sob pena de violação à coisa julgada - Entendimento, outrossim, nesse sentido pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo.

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.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - JUROS REMUNERATÓRIOS - PRESCRIÇÃO - Inocorrência - Prazo prescricional que na espécie é vintenário - Inteligência do art. 177, do CC - Entendimento jurisprudencial do STJ.

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - JUROS REMUNERATÓRIOS - TERMO FINAL - Matéria não aduzida em primeiro grau - Não conhecimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TABELA PRÁTICA DO TJ/SP - Pretensão deduzida pelo banco de que sejam utilizados os índices da caderneta de poupança - Descabimento - Tabela Prática do TJ/SP que se revela mais adequada 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 - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - ÍNDICE DE CORREÇÃO - Erro de cálculo apontado que não foi efetivamente demonstrado.

Agravo conhecido em parte, e desprovido na parte conhecida.

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; incompetência territorial para o julgamento da lide; prescrição; necessidade de liquidação prévia; que o marco inicial dos juros de mora deve ser a intimação para pagamento; descabimento dos juros remuneratórios; aplicação dos índices da correção monetária.

É O RELATÓRIO.

Não tem razão o agravante.

De plano, deixe-se anotado não ser caso de **suspensão do julgamento do recurso** por envolver expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos cuja análise estaria a ser feita no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em diversos recursos extraordinários aludidos no corpo do agravo.

Isto se afirma na medida em que, claramente, em indicados recursos extraordinários, a suspensão naqueles ditada atinge tão somente os processos em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença, situação que não se

Acesso ao Sumário

ajusta ao presente caso, onde de há muito transitada em julgado a sentença que constitui o título sob execução.

Confira-se a esse respeito, *v.g.*, o teor do despacho do Min. Dias Toffoli, no RE nº 626.307/SP:

Assim sendo, é necessária a adoção das seguintes providências:

a) Omissis

b) O sobrestamento de todos os recursos que se refiram ao objeto desta repercussão geral, excluindo-se, conforme delineado pelo Ministério Público, as ações em sede executiva (decorrente de sentença transita em julgado) e as que se encontrem em fase instrutória.

c) Omissis.

Pois bem.

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.

No que diz respeito à decisão proferida no RE 612.043/PR, tendo como relator o Min. Marco Aurélio, não possui qualquer abrangência sobre o quanto se aborda nestes autos, pelo simples fato de que no Recurso Extraordinário indicado cuida-se de ação coletiva, esta interposta por determinada associação em favor do grupo formado por seus associados, logo lá debate-se direito coletivo e não individual homogêneo, como o versado na Ação Civil Pública promovida pelo IDEC, ação esta última que envolve deste modo peculiaridade que impede tenha a solução ditada no Recurso Extraordinário já mencionado eficácia sobre as questões abordadas nos recursos e outras decisões proferidas no âmbito da Ação Civil Pública em questão, tudo a demonstrar o descabimento da repercussão pretendida.

Outrossim, o Recurso Extraordinário nº 885.658-SP não foi julgado de modo a ter efeito repetitivo, o que equivale dizer que o seu resultado não influencia em julgamentos posteriores àquele primeiro, de modo que é inaplicável à espécie.

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.

Acesso ao Sumário

Conferir, a propósito:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. 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 sem julgamento do mérito com base na ilegitimidade ativa.

No que tange à alegada **incompetência do juízo** para o trâmite do pedido de cumprimento de sentença apresentado pelo agravado, não há mais qualquer controvérsia sobre a possibilidade de ser ajuizado tal pleito no **foro do domicílio do poupador**, como no caso dos autos, cumprindo apenas destacar que o pedido em questão não se refere à ação civil pública aludida nas razões recursais, que tramitou no Distrito Federal, mas, à ação civil pública sob o nº

Acesso ao Sumário

0403263-60.1993.8.26.0053, perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

No sentido da competência do foro de domicílio do poupador, como acima referido, a matéria restou pacificada em sede de análise do **Recurso Repetitivo nº 1.243.887-PR**, como se pode conferir:

> *DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.*
>
> *1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:*
>
> *1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).*
>
> *1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.*
>
> *2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.*
>
> *3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.* (REsp nº 1243887-PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/10/2011).

Prosseguindo, necessário destacar que o procedimento conferido à liquidação nestes autos não respeitou o quanto previsto em lei.

De igual modo, no que se refere à **prescrição**, já está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendimento, em sede de **Recurso Repetitivo nº 1.273.643/PR**, no sentido de ser **quinquenal o prazo da execução individual da sentença da ação civil pública**, prazo este **a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença proferida na ação coletiva**, como se destaca a seguir:

Acesso ao Sumário

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TRANSITADA EM JULGADO. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.

1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: "No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública".

2.- No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 3.9.2002 (e-STJ fls. 28) e o pedido de cumprimento de sentença foi protocolado em 30.12.2009 (e-STJ fls. 43/45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando, portanto, prescrita a pretensão executória.

3.- Recurso Especial provido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, julgando- se prescrita a execução em cumprimento de sentença. (REsp nº 1273643/PR, 2ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27/02/2013).

No caso dos autos, foi o pedido de cumprimento de sentença deduzido em 15 de dezembro de 2015, enquanto o trânsito em julgado da ação coletiva foi certificado aos 09 de março de 2011, não estando, portanto, operada a prescrição.

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

Quanto ao **marco inicial dos juros moratórios**, consoante a sentença proferida na Ação Civil Pública em questão, e a orientação confirmada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Repetitivo nº 1.370.899-SP, está definida sua incidência a partir da data da citação efetuada naqueles autos.

Conferir, a propósito:

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE -*

Acesso ao Sumário

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).

Ora, como esta questão já estava estipulada anteriormente na antes referida sentença, esta que transitou em julgado há vários anos, é evidente que não poderia haver mais discussão alguma sobre o tema.

Basta esta constatação para proclamar-se aqui a persistência da coisa julgada, e, assim, a determinação de que o marco inicial de fluência dos juros

Acesso ao Sumário

moratórios é correspondente, na hipótese, à data de citação na Ação Civil Pública adrede apontada.

Quanto a incidência dos **juros remuneratórios**, após vistos os autos da Ação Civil Pública com maior cuidado, temos que na sentença originalmente proferida a questão dos mencionados juros não foi abordada, contudo, 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 mês a mês 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).

Também, já tendo decidido esta 17ª Câmara de Direito Privado:

"EXECUÇÃO - Ação Civil Pública - Caderneta de poupança - Expurgo inflacionário - Incidente a diferença sobre o saldo em janeiro de 1989 - Inclusão nos cálculos dos demais expurgos decorrentes dos planos econômicos - Admissibilidade - Precedentes do STJ - Recurso do embargado provido."

JUROS REMUNERATÓRIOS - Incidência mês a mês sobre o capital atualizado mês a mês, devendo ser calculado sobre a diferença a ser creditada - Recurso do embargante negado. (Ap. nº 1.309.077-4; Rel.; Ribeiro de Souza; DJ.: 05/04/2006).

Acesso ao Sumário

Tudo o que veio a aduzir o agravante no que diz respeito ao **termo final dos juros remuneratórios** consiste em matéria não aduzida na impugnação ofertada pelo banco, e, deste modo, evidencia questão inovadora, e, assim sendo, no que toca a esta matéria, não é possível conhecer-se do recurso.

Com relação a não ser devida a diferença pretendida pelo agravado não há o que se discutir, uma vez que este tema central da lide existente entre as partes já foi debatido amplamente pelas partes na fase instrutória do processo, e definitivamente equacionado na sentença proferida na Ação Civil Pública, decisão essa última, inclusive, com trânsito em julgado, sendo absurdamente descabida a tentativa de vir a discutir o agravante questão coberta pelo manto da coisa julgada, conduta que qualifica má-fé, pela qual merece sanção.

Por ser deste modo, nada há para ser, nesse momento, estipulado a respeito de ser devida ou não a diferença exigida, no que tange aos índices envolvidos, igualmente, já foram anteriormente definidos e aqueles sobre os quais cabia alguma consideração ficarão na forma estabelecida neste julgado.

No que concerne à pretendida aplicação dos índices da caderneta de poupança para fins de **correção monetária**, ao invés da **Tabela Prática do Tribunal de Justiça** estabelecida na decisão agravada, não tem razão o agravante porque esta última é a que se revela 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.

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

> ***Ementa***: *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. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Com direito o poupador, deduzido o índice efetivamente aplicado à época, ao recebimento da diferença de 20,3609%. Suspensão do andamento da execução. Ordem supedaneada nos Recursos Especiais nºs. 1.391.198-RS e 1.370.899-SP, assim também no Extraordinário nº 573232. Inviabilidade - regular prosseguimento na origem. Alcance do "decisum" e foro da ação - o poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio. Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade da comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte. Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade*

Acesso ao Sumário

de diferimento, nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não conta rol taxativo. Tese majoritária desta c. Câmara. Prescrição da execução individual - o prazo prescricional para execução individual em ação civil pública é de cinco (cinco) anos contados do trânsito em julgado da r. sentença. Título executivo judicial. Execução lastreada em sentença condenatória genérica proferida em autos de ação civil pública transitada em julgado. Desnecessidade da liquidação por artigos ou arbitramento, bastando a apresentação de simples cálculos para a apuração do valor devido, nos termos do art. 475-B do CPC. Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento. 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. Juros moratórios devidos, em postura adotada por este e. Câmara a partir de então, da citação na fase de conhecimento, e não da executória, até o efetivo pagamento, em cômputo simples. Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade - jurisprudência dominante desta c. Corte. Honorários advocatícios - verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Oferta de impugnação a caracterizar contraditório; cumpre, ainda que parcialmente acolhida, arbitrar-se verba honorária em favor do poupador, no importe equivalente a 10% sobre o proveito econômico por ele obtido. Valor incontroverso da condenação. Cabe ao preclaro juízo "a quo", oportunamente, a pedido do poupador, determinar seu levantamento. Recurso improvido. (Apel. nº 2200474-31.2015.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Tércio Pires, j. 30/03/2016).

***Ementa**: 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. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Após a dedução do índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%. Suspensão do andamento da execução. Determinação com fulcro nos Recursos Especiais nº 1.391.198-RS, e nº 1.370.899-SP, e Recurso Extraordinário nº 573232. Irrazoabilidade. Feito que deve prosseguir na origem.*

Acesso ao Sumário

Efeitos da sentença e foro da ação. O poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio. Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade de comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte. Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade de diferimento nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não possui rol taxativo. Entendimento majoritário desta Câmara. Prescrição da execução individual. O prazo prescricional para execução individual em Ação civil pública é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença. Título executivo judicial. Execução lastreada em sentença condenatória genérica proferida em Ação Civil Pública que transitou em julgado. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento. Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento. 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 efetivo pagamento. Juros moratórios. Decisão que fixou o termo inicial dos juros moratórios a partir da intimação na execução. Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade. A jurisprudência dominante desta Corte permite a cumulação de juros remuneratórios, moratórios e correção monetária pela Tabela Prática. Liquidação do débito. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento. Mero cálculo aritmético, nos termos do art. 475-B do CPC, cujo rito garante celeridade ao trâmite desta fase processual. Inexistência de complexidade na apuração do débito. Perícia. Determinada realização de perícia contábil, para a verificação do valor real do débito, considerados os critérios estabelecidos na inicial e na sentença coletiva. É do devedor o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. REsp 1.274.466-SC, julgado pelo rito dos recursos repetitivos. Honorários advocatícios. Verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Apresentação de impugnação que caracteriza verdadeiro contraditório. Ainda que a impugnação seja parcialmente acolhida, a verba honorária deve ser arbitrada em favor do poupador, no importe de 10% sobre o proveito econômico por ele obtido. Valor incontroverso da condenação. Caberá ao MM. Juízo a quo determinar o levantamento do valor incontroverso, a pedido do poupador, oportunamente. Recurso não provido. (Apel. nº 2201188-25.2014.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ramon Mateo Junior, j. 26/01/2016).

Acesso ao Sumário

No que toca aos **índices para correção** do saldo existente na conta poupança em janeiro e fevereiro de 1989, não demonstrou efetivamente em conta que tivesse elaborado eventual erro de cálculo.

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

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, **CONHEÇO EM PARTE** do agravo, e **NEGO PROVIMENTO** na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2109118-47.2018.8.26.0000, da Comarca de Promissão, em que são agravantes JESUS CURIEL LOPES (JUSTIÇA GRATUITA) (INCAPAZ) e SÉRGIO NOTARO CURIEL (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados TELEFÔNICA BRASIL S/A e CLARO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.702)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA - Medida requerida pelo Autor, ora Agravante, com a finalidade de compelir os Agravados a providenciarem o funcionamento de sua linha telefônica - Possibilidade - Preenchimento dos requisitos do artigo 300, do Código de Processo Civil em vigor - Decisão reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls.

62/64, que indeferiu a tutela de urgência, requerida pelo Autor, ora Agravante, com a finalidade de compelir os Réus a efetuarem o funcionamento imediato da linha telefônica (14) 5704-(...).

Em síntese, insiste o Agravante na presença dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência. Afirma que, por diversas vezes, tentou solucionar o problema de forma amigável, porém não obteve êxito até o presente momento. Aduz que, mesmo sem a adequada prestação dos serviços, continuou efetuando o pagamento das faturas. Sustenta que necessita do funcionamento da linha telefônica imediatamente. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso tempestivo, sem preparo e processado com o deferimento da tutela recursal de urgência.

Dispensadas as informações e a contraminuta.

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais ajuizada por JESUS CURIEL LOPES, ora Agravante, em face de TELEFÔNICA BRASIL S/A e CLARO S/A.

A decisão agravada indeferiu a tutela de urgência, requerida pelo Autor, ora Agravante, com a finalidade de compelir os Réus a efetuarem o funcionamento imediato da linha telefônica (14) 5704-(...).

O recurso merece provimento.

À luz do art. 300, do CPC/2015, *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*.

Na hipótese, a análise em sede de cognição sumária permite divisar a existência dos requisitos necessários à concessão da tutela na forma almejada, notadamente o *periculum in mora* e a probabilidade do direito alegado.

Afirma o Agravante ser titular da linha telefônica nº (14) 5704-(...), denominada RURALCEL, que constitui um telefone fixo para áreas rurais não atendidas pelas linhas convencionais. Narra que, cerca de 2 (dois) anos atrás, houve a troca da tecnologia do serviço prestado e, desde então, a linha passou a apresentar inúmeros problemas. No entanto, o telefone parou de funcionar há cerca de seis meses, mesmo o Agravante estando com todos os pagamentos em dia.

Em comprovação de suas alegações, apresentou as faturas dos serviços prestados pelos Agravados, devidamente quitadas (fls. 39 a 53). Ademais, informou alguns números de protocolo de reclamações efetuadas junto aos Agravados (fls. 04).

Respeitado o entendimento da ilustre Juíza *a quo*, não há como exigir prova da inoperância do serviço por se tratar de fato negativo.

Acesso ao Sumário

Portanto, as alegações e a documentação acima mencionada são suficientes a caracterizar a probabilidade do direito.

Por sua vez, o perigo de dano é de fácil constatação.

O telefone é um importante meio de comunicação, ainda mais para o Agravante, que reside em área rural e necessita de acompanhamento médico constante, em razão de sequelas advindas de um acidente vascular cerebral (declaração de fls. 38).

Por esses fundamentos, é de rigor a reforma da decisão agravada, a fim de confirmar a tutela recursal de urgência.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115980-34.2018.8.26.0000, da Comarca de Cajamar, em que é agravante ANTONIO MASSICANO NETO, são agravados NATALÍCIO ALMEIDA SILVA e GISELE CRISTINA COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.813)**

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

São Paulo, 3 de agosto de 2018.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Reintegração de posse - Liminar - Imóvel urbano residencial - Pretensão do autor pautada em contrato de comodato e no descumprimento pelos réus de cláusula vedando construções e modificações sem o conhecimento prévio e anuência - Notificação premonitória de denúncia do contrato - Decisão de indeferimento na premissa de que o esbulho é de mais de ano e dia - Notificação, no entanto, de menos de ano e dia - Infração, em tese, ao art. 582 do Código Civil, inclusive ao prever o arbitramento de aluguel - "*Error in procedendo*", se o juiz está em dúvida e, nesse caso, deve designar audiência de justificação,

Acesso ao Sumário

mandando citar os réus na forma do art. 562 do novo CPC - Recurso provido em parte, com a determinação de ser designada audiência de justificação e citados os réus.

VOTO

Ajuizada ação de reintegração de posse pelo autor, tendo por objeto o imóvel urbano residência da Rua Cosmópolis n. 59, bairro Parque Paraíso, matriculado sob n. 139.743 no Registro de Imóveis de Jundiaí e situado na cidade de Cajamar, que o autor afirma ter entregue em comodato aos réus mediante contrato escrito, descumprido por eles e denunciado através de notificação premonitória pelo fato de terem realizado construção e modificação à sua revelia, o autor objeta a r. decisão do juízo de primeiro grau que indeferiu a liminar ao considerar que o esbulho é de mais de ano e dia.

Sustenta o autor que a notificação premonitória é de novembro de 2017, motivo pelo qual o esbulho é de menos de ano e dia, consumado diante da relutância dos réus de se demitirem da posse. Pretende reforma e imediata reintegração na posse.

Ainda não formada a relação processual, prescindiu-se da intimação dos réus para contraminuta.

É o relatório.

O provimento ao recurso é parcial, uma vez que a r. decisão de primeiro grau incorreu em "***error in procedendo***" ou na falsa percepção dos fatos que constituem a causa de pedir.

Com efeito, presumindo-se que os demandantes atuam com boa-fé, até prova inconcussa em contrário, a r. decisão impugnada abstrai que o autor afirma ter dada em comodato escrito a posse do imóvel residencial, sob a condição de os réus não introduzirem construção ou modificações sem o seu conhecimento ou aquiescência.

Diz o autor que, no entanto, os réus descumpriram a condição e esse evento fez com que providenciasse notificação premonitória de denúncia do comodato, que teria sido entregue em novembro de 2017.

A notificação data de menos de ano e dia, mas a r. decisão ignora-a e retroage o esbulho ao ano de 2015.

A rigor, a r. decisão nega vigência ao art. 582 do Código Civil, sobre a constituição em mora do comodatário e do pagamento de aluguel do imóvel que o autor arbitrou em R$ 500,00 mensais na petição inicial da pretensão possessória.

Paradigma de jurisprudência do Col. STJ dirimiu que: "*O esbulho se*

Acesso ao Sumário

caracteriza a partir do momento em que o ocupante do imóvel se nega a atender ao chamado da denúncia do contrato de comodato, permanecendo no imóvel após notificado. Ao ocupante do imóvel, que se nega a desocupá-lo após a denúncia do comodato, pode ser exigido, a título de indenização, o pagamento de aluguéis relativos ao período, bem como de encargos que recaiam sobre o mesmo, sem prejuízo de outras verbas a que fizer jus" (4ª T,, REsp 1.437-7/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02.03.98).

Então, a r. decisão está, em tese, alicerçada em falsa premissa, ao contar o esbulho retroativo a data mais remota do que a da notificação premonitória.

Em dúvida acerca da perfeita instrução da petição inicial, na conformidade do art. 562 do novo CPC, ao juízo de primeiro grau incumbe determinar ao autor que justifique previamente o alegado, mandando citar os réus para comparecerem à audiência que for designada.

O provimento ao recurso é parcial, no sentido de ser designada audiência de justificação de posse e os réus serem citados para comparecerem.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2084662-33.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NUNO INDÚSTRIA DE COMÉRCIO EIRELI - EPP, é agravado INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS HASKELL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7335)**

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

São Paulo, 29 de junho de 2018.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA. Presença dos requisitos contidos no art. 300 do CPC. Pretensão inibitória fundada em violação do conjunto-imagem (*trade dress*). Evidente a semelhança entre os produtos comercializados pelas

Acesso ao Sumário

partes, apta a confundir os consumidores. Cessação da comercialização de produtos com as mesmas cores, traços e símbolo que os presentes nos produtos da autora, no prazo de noventa dias. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que nos autos da AÇÃO CONDENATÓRIA À OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS proposta por **INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS HASKELL LTDA.** em face de **NUNO INDÚSTRIA DE COSMÉTICOS EIRELI EPP**, ACOLHEU EM PARTE a tutela de urgência requerida, a fim de impor à ré, no prazo de noventa dias, a obrigação de se abster de comercializar os produtos que violem o conjunto-imagem dos produtos da autora.

Irresignada com a r. decisão, recorre a requerida pleiteando a sua reforma.

Sustenta a recorrente, em apertada síntese, que a autora omitiu a existência de outros produtos com embalagens similares que se encontram em circulação no mercado de consumo. Aduz ser fraca a identidade visual dos produtos da requerente, pois utilizada por outras dezoito empresas do mesmo gênero.

Afirma que a partir de agosto de 2017, por questões internas e estéticas, a ré alterou as embalagens dos produtos em litígio, que passaram a circular com cores diferentes e com a informação "efeito Rapunzel", não havendo mais se falar em similitude entre os produtos comercializados pelas partes.

Alega que não restou comprovado que a demandada, por meio fraudulento, tenha criado confusão entre produtos, com o objetivo de desviar a clientela da demandante. Logo, defende seja descaracterizada a concorrência desleal, uma vez que as embalagens são diferentes, não gerando dúvida aos consumidores.

Por esses e pelos demais fundamentos presentes em suas razões recursais, pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo total provimento de seu recurso.

O agravo é tempestivo. A parte recorrente comprovou o recolhimento do valor do preparo recursal, conforme documentos de fls. 14/15.

Foi indeferido o efeito suspensivo.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução n.º 772/2017 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Facultativa a requisição das informações prestadas pelo MM. Juízo *a quo* e estando clara a questão colocada em discussão, passo ao julgamento da

Acesso ao Sumário

controvérsia.

É o relatório do necessário.

1. O recurso não comporta provimento.

2. Prescreve o *caput* do art. 300 do NCPC que "*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a* ***probabilidade do direito*** *e o* ***perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.***". Mesmo no âmbito da legislação processual civil anterior dispunha o *caput* do artigo 273 que "*o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação*".

Afirma **Cândido Rangel Dinamarco** que o instituto da tutela provisória está diretamente associado ao tempo como fator de corrosão dos direitos. É no contexto de neutralização dos males do decurso do tempo que se deve conduzir à solução dos problemas práticos submetidos ao Poder Judiciário[1].

A despeito do elevado grau de certeza que a prova unilateralmente produzida pelo autor deva incutir no espírito do julgador, a cognição exercida pelo juiz na análise da tutela de urgência, do ponto de vista da profundidade, é superficial, porque não se decide com base na existência do direito, mas com base em probabilidade. Ao proferir a decisão, o juiz não está afirmando a existência do direito invocado, mas sim sua aparência. O mesmo vale com relação à própria existência do perigo, ou seja, basta que exista receio de que o dano venha ocorrer.

Impõe-se, portanto, a presença de prova que conduza a um juízo de probabilidade intensa do direito invocado, bem como a existência de receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Além disso, está vedada a antecipação quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, conforme § 3º do art. 300 do NCPC.

3. Em cognição sumária, própria desse momento processual, considero que estão presentes os requisitos necessários à concessão da tutela de provisória de urgência.

Enquanto a tutela cautelar visa a garantir a eficácia da sentença de mérito, mediante medidas acautelatórias, a antecipação de tutela permite desde logo a fruição dos efeitos de eventual sentença de mérito em razão da comprovação da probabilidade do direito alegado. Exige-se, pois, que se evidencie, com elevada segurança, risco de prejuízo à requerente pela demora do processo.

No caso em tela, a agravada propôs ação condenatória à obrigação de não fazer, consistente na abstenção do uso da marca e do conjunto-imagem excessivamente semelhantes aos seus, cumulada com pedido de indenização por danos materiais.

1 *Cândido Rangel Dinamarco, "Nova Era do Processo Civil", 3ª ed, 2009, p. 64.*

Acesso ao Sumário

Requerida a tutela de urgência para que a ré fosse compelida a se abster de utilizar a marca e o conjunto-imagem, o D. Magistrado de primeiro grau, por reconhecer a enorme similitude entre os produtos comercializados pelas partes, acolheu parcialmente a tutela para que a demandada, no prazo de noventa dias, deixe de comercializar produtos que violem o conjunto-imagem dos produtos da autora.

Inconformada, recorre a requerida pleiteando a revogação da tutela concedida.

4. Pois bem. Trata-se de tutela de urgência concedida em favor da autora para que a ré se abstenha de violar o *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos comercializados pela requerente.

Trade dress consiste no conjunto de elementos distintivos que caracterizam um produto, um serviço ou um estabelecimento comercial fazendo com que o mercado consumidor os identifique.

Nas palavras do Min. Marco Aurélio Bellizze: "*O conjunto-imagem (trade dress) é a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva, vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do bem no mercado consumidor.*"

Apesar de inexistir legislação que proteja, especificamente, o *trade dress*, a jurisprudência tem defendido os detentores das marcas usurpadas, conforme se nota pela análise da ementa de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, a seguir colacionado:

> "*(...) A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao trade dress, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra óbice na repressão da concorrência desleal. Incidência de normas de direito de propriedade industrial, de direito do consumidor e do Código Civil. (...)*"[2]

Embora não se confunda com a marca e com o desenho industrial, o *trade dress* também tem a finalidade de designar um produto, serviço ou estabelecimento comercial, distinguindo-o dos concorrentes.

O *trade dress* tem por escopo proteger o conjunto visual de um produto ou a forma de prestação de um serviço. Concretiza-se, portanto, pela associação de variados elementos que, conjugados, traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva de inserção do bem no mercado consumidor, vinculando-se à identidade visual dos produtos ou serviços.

Ainda que não exista legislação específica que regulamente a matéria, como o ordenamento jurídico veda condutas desleais, tendentes a distorcer a livre concorrência, de forma indireta acaba protegendo o *trade dress*.

Acesso ao Sumário

2 *STJ - **REsp 1677787/SC**, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 26.09.2017.*

No caso em análise, como a empresa requerida faz uso de produtos com considerável similitude com os produtos comercializados pela autora, capazes de confundir o público consumidor, impõe-se a concessão da tutela de urgência requerida, a fim de compelir a demandada a se abster de comercializar produtos com os mesmos elementos visuais e sensitivos usados nos produtos da requerente.

Pelos documentos juntados aos autos, é possível verificar que as embalagens dos produtos de cosméticos vendidos pelas partes têm o mesmo formato, cor preta, os escritos possuem fonte parecida, detalhes em dourado, desenho de uma cabeça de cavalo com semelhantes traços e o destaque para a palavra "forte" (fl. 43).

Pela comparação entre a apresentação dos produtos vendidos pela autora e pela ré, conclui-se haver probabilidade de violação do conjunto-imagem dos produtos da primeira, de forma a autorizar a concessão da tutela de urgência pleiteada. Isso porque, além da probabilidade do direito invocado, evidente o risco de danos ao nome e imagem da marca da requerente e de confusão ao público consumidor.

Pelo menos em sede de cognição sumária, própria do momento processual, constata-se que os produtos da agravante imitam as características da marca concorrente, sendo aptas a confundir os consumidores e a desviar a clientela da agravada (concorrência desleal), de forma que restou demonstrada a indevida violação do *trade dress*.

5. Importante consignar que não prospera a alegação da recorrente de que, como são utilizados por diversas outras empresas do mesmo gênero, é fraca a identidade visual dos produtos da recorrida.

Pelos documentos constantes dos autos, em especial, as fotografias de fls. 173/191, nota-se que realmente existem alguns produtos que também adotam a cor preta e a escrita em dourado, além da imagem do cavalo, porém em nenhum dos casos se constata tamanha similitude como nos produtos comercializados pela requerida. Outras empresas que atuam no ramo de comercialização de produtos de cosméticos também adotam a imagem do cavalo e as cores preto e dourado, porém não são aptos a provocar confusão nos consumidores.

Além disso, mesmo que uma ou mais empresas também utilizem os mesmos elementos visuais e sensitivos dos produtos comercializados pela autora, isso não autorizaria a ré a também fazê-lo. A violação perpetrada por outras empresas constituirá objeto de apreciação em eventual demanda contra elas propostas.

6. Por fim, não merece acolhida a alegação da agravante de que a tutela de urgência merece ser revogada porque em agosto de 2017 já ocorreu a alteração das embalagens dos produtos em litígio, de modo que os produtos da ré passaram

Acesso ao Sumário

a circular com cores e informações diferentes (fl. 6).

A despeito das alegações da requerida, por meio de simples pesquisa em sites de busca na rede mundial de computadores, verifica-se que os produtos comercializados pela ré são aqueles que se confundem com os produtos da requerente, cabendo a manutenção da decisão recorrida para que ela, no prazo de noventa dias, se abstenha de comercializar produtos que violem o *trade dress* dos produtos da autora.

7. Sendo assim, não se vislumbra motivo para a reforma da r. decisão recorrida, que corretamente impôs à ré a obrigação de, no prazo de noventa dias, abster-se de comercializar produtos que violem o conjunto-imagem dos produtos da autora.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2096446-07.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ARPOADOR, é agravado ROBERTO DA COSTA AMARO.

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 18.086)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), EDGARD ROSA e CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COBRANÇA - Despesas Condominiais - Inadimplemento de quotas condominiais - Inexistência de registro do imóvel - Penhora sobre os direitos que o executado detém - Requerimento de penhora do imóvel - Indeferimento de inclusão de quem não integrou o polo passivo da ação de conhecimento - Insurgência - Obrigação do titular do domínio pelo pagamento das despesas em aberto, eis que se trata

de obrigação *propter rem* - Possibilidade de penhora, ainda que o imóvel seja objeto de compromisso de compra e venda não registrado - Decisão reformada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento sem pedido de liminar interposto por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ARPOADOR nos autos da ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença que move em face de ROBERTO DA COSTA AMARO, contra a decisão do MM. Juiz *a quo* que indeferiu a inclusão no cumprimento de sentença de pessoa que não integrou o polo passivo da ação de conhecimento.

Aduz o agravante, em síntese, que o imóvel objeto da demanda é de propriedade de Construap Construtora Ltda. que nenhuma providência tomou no sentido de transferir o bem ao seu real proprietário, o executado, ora agravado.

Expõe que foi comprovado nos autos ser o executado responsável pelas despesas em aberto. Aliás, há acordo entabulado pelas partes devidamente homologado pelo juízo. Em razão do seu não cumprimento iniciou a liquidação de sentença. Pleiteou a penhora do imóvel em questão, contudo, adveio a decisão recorrida. Essa a razão do inconformismo.

Sustenta que em nenhum momento requereu inclusão no polo passivo de pessoa estranha à lide. Ademais, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o imóvel gerador de despesas advindas de si próprio, responde pelas mesmas independentemente de quem seja o proprietário. Por essa razão pleiteou a penhora sobre o imóvel por ter o promissário comprador sua posse. Se tratando de débito condominial a natureza da obrigação é *propter rem* e a penhora deve recair sobre o seu domínio, pouco importando quem seja o proprietário.

Requer o provimento do recurso com reforma da decisão a fim de que seja determinada a penhora sobre o imóvel objeto da demanda com regular prosseguimento do feito.

Sem pedido de liminar, dispensou-se a intimação da parte adversa.

O recurso prospera.

Trata-se de ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença referente a despesas condominiais inadimplidas.

Infere-se dos autos principais que foi entabulado acordo entre as partes litigantes com a devida homologação pelo juízo (fls. 69). Havendo formação de incidente de cumprimento de sentença em apartado com a devida intimação do executado (fls. 22), na forma do art. 513, § 2º, II[1] e nos termos do art. 523, do

1 Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código. (...);

CPC.

Foi requerida a penhora *on line* que restou infrutífera. Ante a tentativa frustrada da medida, requereu o exequente a penhora do imóvel de propriedade do executado.

É a síntese do necessário.

De fato, nos termos do art. 1.336 do Código Civil a responsabilidade pelo adimplemento das despesas do condomínio é do condômino, o titular do domínio da coisa comum.

É também, entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que os débitos condominiais se enquadram no conceito de obrigação *propter rem*, ou seja, aquela que não nasce de uma manifestação expressa ou tácita de vontade, mas do fato de o devedor ser titular de um direito real, estando intrinsecamente vinculada ao bem que lhe dá origem.

Em que pese entendimento contrário, é absolutamente legítima a penhora da unidade condominial devedora, pouco importando que o executado, na condição de compromissário comprador não esteja indicado como proprietário do imóvel na respectiva matrícula.

Tem-se que o aspecto relevante a ser considerado à luz do art. 1.345 do Código Civil, diz respeito somente às características decorrentes da natureza da obrigação condominial, qual seja, a *propter rem* que é estritamente atrelada à situação jurídica de direito real.

E é justamente por isso que inexiste óbice no fato da constrição se efetivar sobre a própria unidade geradora do débito, mostrando-se descabida, portanto, determinação no sentido de que incida apenas sobre os direitos, inobstante o imóvel estar compromissado e o instrumento respectivo não constar da matrícula imobiliária.

Nessa linha, é o seguinte precedente dessa Colenda Câmara:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPESAS CONDOMINIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. Fase de cumprimento de sentença. Pleito de penhora do imóvel gerador da dívida. Possibilidade, ainda que o imóvel seja objeto de compromisso de compra e venda não registrado. Obrigação propter rem. Precedentes. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Relator(a): Azuma Nishi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 10/11/2016; Data de registro: 18/11/2016).*"

Assim sendo, diante das peculiaridades da hipótese, de rigor a reforma da decisão agravada admitindo-se a constrição da unidade geradora do débito,

Acesso ao Sumário

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença: (...); II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV.

em se tratando de dívida proveniente de despesas condominiais constituintes de obrigações *propter rem*.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2076991-56.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PAULO ANDRÉ CORREA DE ARAÚJO, é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30503)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), SOARES LEVADA e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 29 de junho de 2018.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL. TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE DE URGÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA ABSTENÇÃO DO REGISTRO DA ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO OU O RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PROVA EFICAZ DE QUE A PARTE NÃO POSSUA CONDIÇÕES DE SUPORTAR AS CUSTAS JUDICIAIS SEM PREJUÍZO DO SEU SUSTENTO PRÓPRIO E DO DE SUA FAMÍLIA DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. Agravo de instrumento improvido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, que objetiva a reforma da r. decisão de fls. 130/133, proferida pelo MM. Juiz de Direito **Rodolfo César Milano**, em tutela cautelar em caráter antecedente de urgência, que indeferiu pedidos de concessão de tutela de urgência e de concessão da gratuidade da justiça ao ora agravante.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão agravada deve ser reformada para que seja deferida liminar para sustar o leilão extrajudicial, evitando o registro da arrematação, bem como, para que sejam concedidos os benefícios da gratuidade da justiça, pois: 1) não foi notificado validamente da constituição em mora e tampouco das datas de realização do leilão, tendo havido descumprimento do art. 27 da Lei nº 9514/97; 2) o agravado não entrou com ação de execução para a cobrança da dívida; 3) para a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, não é necessário caráter de miserabilidade do pleiteante, sendo suficiente a simples afirmação de que não possui condições financeiras de arcar com as custas e despesas processuais sem o prejuízo do seu sustento e do de sua família.

Sem preparo por requerer o agravante, no presente recurso, a gratuidade da justiça.

O recurso foi recebido com tutela provisória (fls. 137) e, após o cumprimento da decisão de fls. 143 (fls. 145/159), remetido ao Plenário Virtual, ante a ausência de citação do agravado, ficando prejudicado o item 2 do despacho de fls. 143.

É o relatório.

Persegue a agravante a reforma da decisão agravada para que seja concedida liminar para sustar o leilão extrajudicial, impedindo o registro da arrematação até final do processo, bem como, para que sejam concedidos os benefícios da gratuidade da justiça (fls. 19).

O art. 300 do atual CPC prevê que: "*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*".

Lembre-se que a troca do vocábulo verossimilhança (art. 273/CPC73) por probabilidade (art. 300/CPC15) para a concessão da tutela de urgência, não induz à imediata concessão da medida, pois a prova pré-constituída oferecida ao juízo deverá ser convincente do direito e da situação de risco ao resultado útil do processo.

No que tange, especificamente, ao requisito da probabilidade do direito, assim lecionam Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga: "*A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido 'fumus boni iuris' (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa*

Acesso ao Sumário

avaliar se há 'elementos que evidenciem' a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e as quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC)." (Curso de Direito Processual Civil, v.2, 10ª ed, Ed. Jus Podivm, 2015, p. 595-596).

Acerca do perigo da demora, vale trazer à baila o ensinamento dos mesmos doutrinadores da obra já citada: "*A tutela provisória de urgência pressupõe, também, a existência de elementos que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (periculum in mora) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito. (...) Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito. Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.*" (Curso de Direito Processual Civil, v.2, 10ª ed, Ed. Jus Podivm, 2015, p. 597).

Assim, diante dos elementos do caso concreto, acertada a decisão agravada, devendo, por ora, ser mantido o indeferimento da concessão de tutela pleiteada, prevalecendo o entendimento do r. Juízo "a quo", pois "*a propriedade do imóvel encontra-se definitivamente consolidada em mãos da requerida desde 12/09/2017 fls. 63, afastando, pois, o perigo de dano, eis que, somente agora, sete meses após este fato e após a realização do leilão a parte autora vem recorrer ao judiciário para pretender resguardar eventual direito sobre o bem.*" (fls. 132).

Por sua vez, diante a inadimplência do agravante desde o ano de 2013 (fls. 85), por ora, não se observa nenhuma irregularidade no procedimento extrajudicial, em que o Banco credor, em 12/09/2017, consolidou-se na posse do imóvel, porque o agravante, apesar de intimado, não purgou a mora, conforme anotado na Av. 7, da Matricula 209.134 (fls. 83). Em sendo assim, acertado o entendimento lançado na decisão agravada, pelo que "*(...) não há razoabilidade nas alegações da inicial. Conforme preconiza o art. 3º da Lei 8.935/94, 'Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.' Por sua vez, apesar da alegação da parte autora de que não tenha ocorrido a 'notificação', nos termos do art. 26 e §§ da Lei 9.514/97, o ato é praticado pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, por requerimento do credor. Há presunção relativa de que o referido ato tenha ocorrido. A apontada ilegalidade ao disposto na Lei 9.514/97, na realidade, veio despida de qualquer elemento de prova, capaz de afastar essa presunção. Isto posto, necessário se faz a oitiva a parte adversa, principalmente no que diz respeito às ilegalidades perpetradas com relação a procedimento de execução extrajudicial da dívida,*

Acesso ao Sumário

eis que essas alegações vieram despidas de qualquer prova ou fundamento legal." (fls. 132).

Desse modo, diante do juízo de cognição sumária, a prudência recomenda que se aguarde a formação do contraditório em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por sua vez, no que tange ao pedido de concessão da gratuidade da justiça, melhor sorte não socorre ao agravante.

Nos termos do art. 98, do atual CPC, "*A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*", podendo inclusive o "*pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.*" (art. 99/CPC). E nos parágrafos 2º, 3º e 4º foi regulamentado 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 como também se deve presumir "*verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*". E que a "*assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça*".

Sendo assim, segundo o instrumento formado, observa-se que a prova documental produzida (fls. 147/153), por si só, não demonstra que o agravante não possua condições de arcar com o pagamento das custas processuais. Além do mais, não se mostra verossímil a declaração de que está desempregado (fls. 01), quando é sócio de empresas (fls. 150), não constando que elas se encontrem em situação de insolvência, assim como foi bem anotado pelo r. Juízo "a quo" (fls. 133).

Destarte, não tendo sido demonstrado eficazmente o desacerto da decisão agravada, fica mantida tal qual lançada, ficando revogada tutela provisória deferida às fls. 137.

Comunique-se!

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098332-41.2018.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante

ROSELI APARECIDA VICENTE SILVA, é agravado AAS TRANSPORTES LTDA.

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 n° 39.794)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente) e ANTONIO NASCIMENTO.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Acidente de trânsito - Ação indenizatória - Cumprimento de sentença - Desconsideração da personalidade jurídica - Insucesso empresarial e ausência de bens que não se afiguram suficientes para o deferimento da medida - Precedentes - Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória por acidente de trânsito em fase de cumprimento de sentença contra decisão que indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica.

Sustenta a agravante, em apertada síntese, que o comportamento da executada demonstra que ela tenta se esquivar de qualquer responsabilidade desde a citação, obstruindo a possibilidade de efetivação da tutela jurisdicional em prazo razoável. Requer o deferimento da medida para permitir a penhora eletrônica de ativos financeiros em nome dos sócios e demais meios legítimos para a satisfação da execução. Entende ser o caso de aplicação do art. 50 do Código Civil.

Indeferido o efeito suspensivo, o recurso foi regular e tempestivamente instruído com traslado de peças e sem recolhimento de preparo em virtude da gratuidade processual anteriormente deferida. Intimada, a agravada não apresentou resposta.

É o relatório.

Não prospera a irresignação.

Consoante o art. 50 do Código Civil cabe a desconsideração nos casos de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Sobre o assunto escreve o Desembargador Nestor Duarte que *a doutrina*

Acesso ao Sumário

conhecida como disregard of legal entity, também chamada doutrina da penetração, se formou para vincular e atingir o patrimônio dos sócios a fim de evitar que estes ou administradores, agindo contrariamente às finalidades estatutárias ou abusando da personalidade jurídica da pessoa jurídica acarretem prejuízos a terceiros (Código Civil comentado, doutrina e jurisprudência, Coordenador Cezar Peluso, 4ª ed, SP, Manole).

Ou seja, essa teoria só deve ser admitida quando os gestores utilizarem a sociedade com má-fé, comprovando-se a fraude, o abuso de direito, a confusão patrimonial ou a afronta à lei.

A jurisprudência pátria vem se firmando no sentido de que a inexistência de bens da empresa não configura qualquer destes requisitos, não sendo motivo suficiente para atingir terceiros que não participaram da relação processual nem integram o título executivo.

Recentemente assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CC/02. 1. Ausentes os vícios do art. 1022 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A mera insolvência da pessoa jurídica ou sua dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. 3. Agravo não provido. (AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 1117129/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/04/2018, DJe 13/04/2018).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECRETAÇÃO INCIDENTAL. POSSIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA. COGNIÇÃO AMPLA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECLUSÃO. ART. 473 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 50 DO CC/2002. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). (...). 5. Para aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002), exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou de insolvência da sociedade empresária. Precedentes. (...) - (REsp 1572655/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/03/2018, DJe 26/03/2018).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 1.042 DO NCPC) - EXECUÇÃO

Acesso ao Sumário

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO PARA AFASTAR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE. 1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, medida excepcional prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, pressupõe a ocorrência de abusos da sociedade, advindos do desvio de finalidade ou da demonstração de confusão patrimonial. 2. A mera inexistência de bens penhoráveis ou eventual encerramento irregular das atividades da empresa não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. 3. Manutenção da decisão monocrática que, ante a ausência dos requisitos previstos no art. 50 do CC/2002, afastou a desconsideração da personalidade jurídica. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1018483/SP, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, j. 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

E, conforme exposto, para aplicação da teoria da desconsideração, as circunstâncias anteriormente apontadas hão de restar cabalmente provadas, pois a distinção entre as personalidades e patrimônios da empresa e de seus sócios constitui estímulo essencial à produção de bens e serviços.

Caso inexistisse essa separação, haveria grande temor de pessoas físicas constituírem sociedades empresárias para desenvolvimento de atividades econômicas, pois em caso de insucesso destas automaticamente o patrimônio daquelas seria afetado - o qual não necessariamente fora alcançado como fruto empresarial.

Não consta dos autos peça alguma que demonstre o dolo, a má-fé, a malversação patrimonial ou a administração fraudulenta. Ainda que tenha havido infrutíferas buscas por bens e ativos financeiros, não se justifica a almejada desconsideração da personalidade jurídica.

O insucesso empresarial não dá azo à medida. Com efeito, a inexistência de ativos financeiros não é suficiente a uma medida drástica como esta sem haver demonstração inequívoca da utilização indevida da personalidade jurídica ou confusão e promiscuidade entre o patrimônio da empresa e o de seus sócios.

A agravante não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a existência de atos de desvio de finalidade, abuso de direito ou má-fé dos administradores da empresa executada, com vistas ao benefício próprio e das pessoas físicas integrantes da sociedade e lesão a eventuais credores da empresa. Outrossim, não consta dos autos a confusão patrimonial entre a empresa e seus sócios e/ou administradores.

Nesse diapasão, sem demonstração das circunstâncias que dão ensejo à medida, a saber, reitere-se, a irregular dissolução, a fraude, a má-fé, o dolo ou a simulação, decorrente do uso da sociedade, de forma ilícita, em favor dos sócios e em detrimento de credores, não se justifica a desconsideração da personalidade

Acesso ao Sumário

jurídica.

Sobre o tema, já decidiu esta Corte:

Agravo de instrumento. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Indeferimento. Insurgência. Manutenção. Não houve prova de fraude ou confusão patrimonial, apenas encerramento irregular da empresa, devedora da agravante. O indeferimento da instauração do incidente não significa que a parte esteja cerceada do seu direito de execução, a menos que prove os requisitos exigidos pela lei para a desconsideração. A insolvência da empresa e seu encerramento irregular não significam, por si só, o comportamento abusivo dos sócios. Recurso desprovido. (AI nº 2036284-46.2018.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Silvério da Silva, j. 08/05/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDATO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Não demonstrado que os sócios tenham agido mediante fraude, abuso de direito ou excesso de poder, não cabe a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade agravada para alcançar seus bens pessoais. Inteligência do art. 133, do CPC. Decisão mantida. Recurso desprovido, com observação. (AI nº 2240196-04.2017.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Felipe Ferreira, j. 04/04/2018).

AÇÃO DE COBRANÇA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Decisão de indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Insurgência do autor. Relação de consumo. Art. 28, CDC. Medida excepcional, que só deve ser aplicada após esgotados todos os meios para localização de bens da devedora. Processo que se se encontra em fase de conhecimento. Ausência de comprovação da ocorrência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Decisão mantida. Recurso não provido. (AI nº 2238239-65.2017.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fernanda Gomes Camacho, j. 28/03/2018).

Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Desconsideração da personalidade jurídica - Decisão proferida na origem que reputou prematura a adoção da providência, entendendo necessária maior investigação para comprovação dos requisitos legais autorizadores - Insurgência manifestada pela credora - Descabimento - Não houve efetiva demonstração do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial - O encerramento irregular da empresa, ainda que aliado à inexistência de bens, não justifica, isoladamente, a adoção da providência extrema - Decisão mantida - Recurso desprovido. (AI nº 2009863-19.2018.8.26.0000, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sergio Gomes, j. 20/03/2018).

Cabe reiterar que o art. 50 do Código Civil possibilita a extensão

Acesso ao Sumário

dos efeitos de certas e determinadas obrigações aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica em caso de abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não bastando àquela finalidade a mudança de endereço e a insuficiência de ativos financeiros da devedora - pessoa jurídica - aptos a satisfazer o crédito do exequente.

Destarte, de rigor a confirmação da decisão atacada ao indeferir a desconsideração da personalidade jurídica por ausência de comprovação dos requisitos para a medida.

Pelo exposto, por esses fundamentos, nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064462-05.2018.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante JOSÉ MINGA TAVARES e é agravado VINICIUS PARREIRA DE BELLO.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.767)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2018.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Liminar em ação de despejo para desocupação do imóvel locado pressupõe depósito de três aluguéis ou outro tipo de caução, não o crédito.

VOTO

Locador agrava da respeitável decisão que, na ação de despejo por falta de pagamento e por alugueis e encargos, deferiu pedido de liminar para desocupação do imóvel em quinze dias, condicionada à caução de três aluguéis. Quer a substituição do depósito pelo oferecido crédito do aluguel, a que nega óbice.

Houve preparo.

Foi indeferido o pedido de liminar.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Tal como constou do despacho inicial neste agravo, liminar para desocupação do imóvel locado, sem audiência do inquilino, pressupõe caução do locador no equivalente a três aluguéis (art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91, com a redação da Lei 12.112/2009), e, na hipótese de despejo por falta de pagamento, contrato desprovido de garantia (idem, IX).

Se o locador não dispõe de dinheiro para o depósito, há de oferecer, e não ofereceu, outro tipo de caução, a que não se presta o crédito de aluguéis inadimplidos, porque aí não haveria garantia.

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2104542-11.2018.8.26.0000, da Comarca de Brodowski, em que são agravantes JOÃO PAULO SÁ PINTO, RODRIGO SÁ PINTO, GLAUCE MARIA JACOB SÁ PINTO e BRUNA SANTANA BAIOCHI SÁ PINTO, é agravado IVAN PAULO CARREIRA CARLOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.683)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), ADILSON DE ARAUJO e CARLOS NUNES.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE ATIVA DE HERDEIROS. DESACOLHIMENTO. PLEITO DE MEDIDA DE URGÊNCIA VOLTADA A IMPEDIR O SEGUIMENTO DE CONSTRUÇÃO EM IMÓVEL VIZINHO. DESACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA QUALQUER CONVICÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Enquanto não encerrada a sucessão, é do espólio a legitimidade para demandar na defesa

do respectivo patrimônio, cuja representação cabe ao inventariante. Correta, pois, a determinação de regularização do polo ativo, onde efetivamente deve figurar o espólio. Aos herdeiros cabe a possibilidade de atuar como assistentes litisconsorciais, intervenção que é voluntária e por ser pleiteada a qualquer momento. O presente recurso é conhecido porque os agravantes têm legitimidade recursal, como terceiros juridicamente interessados. 2. Formula-se o pleito de tutela de urgência antecedente com objetivo de compelir o demandado à imediata suspensão da obra em imóvel vizinho, sob o argumento de que a construção do réu invadiu a propriedade deles. Entretanto, não há elementos de prova suficientes para viabilizar qualquer análise, sem a prévia e adequada apuração dos fatos. Ausente a probabilidade do direito afirmado, ao menos neste momento, não há como deixar de prevalecer o indeferimento da medida de urgência.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por JOÃO PAULO SÁ PINTO, GLAUCE MARIA JACOB SÁ PINTO, RODRIGO SÁ PINTO e BRUNA SANTANA BAIOCHI SÁ PINTO com o objetivo de alcançar a reforma de decisão proferida em ação proposta em face de IVAN PAULO CARREIRA CARLOS.

Pretendem os agravantes seja admitida a sua inclusão no polo ativo da demanda. De igual modo, pleiteiam a concessão de medida de urgência, com caráter antecedente, para que o demandado seja compelido à imediata suspensão da obra.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente preparado.

É o relatório.

2. Segundo o relato da petição inicial, os autores são herdeiros de Ieda Aparecida Ferreira Sá Pinto e, por essa razão, coproprietários de um imóvel que faz divisa com o terreno do réu. Perceberam que desde o dia 6 de abril de 2018, o demandado iniciou uma obra de construção que está invadindo parte de seu imóvel. Por essa razão, pleiteiam a concessão de medida liminar para a imediata suspensão da obra.

Ao receber a petição inicial, o Juízo de primeiro grau, constatando que

Acesso ao Sumário

o imóvel está registrado em nome de João Sá Pinto e Ieda Aparecida Sá Pinto, sendo esta falecida e em nome de quem existe inventário, tendo sido nomeada inventariante Maria Eliza Sá Pinto, determinou que os autores esclarecessem acerca da legitimidade para a causa (fl. 68).

Seguiu-se pleito de reconsideração (fls. 69/70) e emenda da petição inicial, para constar no polo ativo o Espólio de Ieda Aparecida Sá Pinto, representado por sua inventariante Maria Eliza Sá Pinto (fls. 71/72).

Inicialmente, pretendem os agravantes sejam mantidos no polo ativo da ação, na qualidade de autores.

A coproprietária do imóvel Ieda Aparecida Ferreira Sá Pinto faleceu em 15 de julho de 2014 (fl. 73).

Embora a morte propicie a transmissão aos sucessores do domínio e posse dos bens, os seus direitos e as obrigações nos limites da herança (Código Civil, artigo 1.784), enquanto não realizada a partilha os herdeiros, que não têm a posse direta dos bens, não podem atuar diretamente, pois a legitimidade cabe ao espólio.

Na pendência do inventário, a representação do espólio incumbe ao inventariante (CPC, artigo 75, VII); antes de sua abertura, porém, ao administrador provisório (CPC, artigo 614).

A respeito do tema, ensina Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

"*O art. 110 do CPC faz menção ao espólio e aos sucessores sem indicar em que hipótese cada um é legitimado para a sucessão processual. Em regra, enquanto não realizada a partilha, a legitimidade para a sucessão é do espólio, representado pelo administrador provisório ou pelo inventariante provisório ou pelo inventariante. Já realizada a partilha, a legitimidade é dos herdeiros. Ocorrida a sucessão com o ingresso do espólio no lugar do de cujus, a realização da partilha antes que o processo termine provocará nova sucessão processual, com o ingresso dos herdeiros no lugar do espólio*".

Nesse sentido já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. EXECUÇÃO. FALECIMENTO DO OBRIGADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESPÓLIO. NÃO EXISTINDO INVENTÁRIO OU PARTILHA, OS HERDEIROS NÃO PODEM SER RESPONSABILIZADOS POR DÍVIDA DO FALECIDO. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO*"[1].

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA EM FACE DO ESPÓLIO DO DE CUJUS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, EM FACE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - REFORMA -

1 - REsp 1.434.500/ SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe 27/06/2017.

Acesso ao Sumário

NECESSIDADE - ESPÓLIO - LEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA DEMANDAR E SER DEMANDADO EM TODAS AQUELAS AÇÕES EM QUE O DE CUJUS INTEGRARIA O PÓLO ATIVO OU PASSIVO DA DEMANDA, SE VIVO FOSSE (SALVO, EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL EM CONTRÁRIO - PRECEDENTE) - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Em observância ao Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexiste direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta, conforme se demonstrará, ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto;

II - De todo modo, enquanto não há individualização da quota pertencente a cada herdeiro, o que se efetivará somente com a consecução da partilha, é a herança, nos termos do artigo supracitado, que responde por eventual obrigação deixada pelo de cujus. Nessa perspectiva, o espólio, que também pode ser conceituado como a universalidade de bens deixada pelo de cujus, assume, por expressa determinação legal, o viés jurídico-formal, que lhe confere legitimidade ad causam para demandar e ser demandado em todas aquelas ações em que o de cujus integraria o pólo ativo ou passivo da demanda, se vivo fosse;

III - Pode-se concluir que o fato de inexistir, até o momento da prolação do acórdão recorrido, inventário aberto (e, portanto, inventariante nomeado), não faz dos herdeiros, individualmente considerados, partes legítimas para responder pela obrigação, objeto da ação de cobrança, pois, como assinalado, enquanto não há partilha, é a herança que responde por eventual obrigação deixada pelo de cujus e é o espólio, como parte formal, que detém legitimidade passiva ad causam para integrar a lide;

IV - Na espécie, por tudo o que se expôs, revela-se absolutamente correta a promoção da ação de cobrança em face do espólio, representado pela cônjuge supérstite, que, nessa qualidade, detém, preferencialmente, a administração, de fato, dos bens do de cujus, conforme dispõe o artigo 1797 do Código Civil;

V - Recurso Especial provido." [2]

A legitimidade ativa para a demanda, portanto, é do espólio, representado por quem exerça a inventariança, providência adotada nos presentes autos. Aos herdeiros, admite-se a possibilidade de intervenção como assistentes litisconsorciais.

2 - REsp 1.125.510-RS, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, DJe: 19/10/2011.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, não comporta acolhimento o inconformismo nessa parte, com a ressalva, porém, de que aos recorrentes cabe a possibilidade de pleitear o seu ingresso no processo como assistentes litisconsorciais do autor.

Fixada essa premissa, impõe-se observar que o recurso está a comportar conhecimento, exatamente porque os agravantes ostentam a qualidade de terceiros interessados, em virtude da repercussão da decisão em sua esfera jurídica, e é nessa perspectiva que se realiza o exame da matéria. Como herdeiros da coproprietária do imóvel, são atingidos diretamente pelos efeitos do provimento jurisdicional, inclusive pela eficácia da coisa julgada.

Resta a questão alusiva à tutela antecipada.

O deferimento da medida de urgência deve pressupor a existência de probabilidade do direito e de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em exame, as provas produzidas até o presente momento não possibilitam afirmar que efetivamente o demandado tenha invadido o imóvel dos recorrentes, matéria que deverá ser devidamente esclarecida no curso do processo.

Com os elementos de prova trazidos aos autos não existe base para a formação de convencimento a respeito da probabilidade do direito afirmado, o que desautoriza o deferimento da medida de urgência pretendida.

Faz-se necessária a vinda de melhores elementos de prova, o que só será possível obter com a instrução processual, e por isso não há base para sustentação da medida liminar pretendida.

Enfim, não há justificativa para deferir o pleito dos recorrentes, devendo prevalecer a decisão agravada.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2096145-60.2018.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes HILDA SOARES MILROT - EPP e FERNANDO SOARES MILROT, é agravado SBBRAST PARTICIPAÇÕES S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.053)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI e VIANNA

COTRIM.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Locação de imóvel comercial. Execução de Título Extrajudicial. Justiça gratuita requerida em sede recursal. Ausência de comprovação da insuficiência de recursos. Mérito. Determinação de penhora do imóvel bloqueado junto à Central de Indisponibilidade. Imóvel penhorado que não pertence somente ao executado/fiador do contrato de locação. Possibilidade de penhora de apenas fração ideal da parte destinada ao fiador. Pacífica a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Entendimento pacificado do C. STJ. Penhora mantida somente sobre a fração ideal pertencente ao executado. Recurso parcialmente provido, com determinação.

VOTO

Agravo Instrumental interposto por HILDA SOARES MILROT - EPP E FERNANDO SOARES MILROT contra a r. decisão de fls. 214 na origem, que, nos autos da Execução de Título Extrajudicial, lastreada em contrato de locação de imóvel para fins comerciais, ajuizada por SBBRAST PARTICIPAÇÕES S.A., diante da improcedência dos Embargos à Execução e ante a não incidência do efeito suspensivo (art. 1.012, III, do Código de Processo Civil), deferiu a penhora do imóvel de Matrícula nº 129.816 (fls.207/209), bloqueado junto à Central de Indisponibilidade, nomeando os agravantes como depositários, determinando, também, a intimação deles para oferecerem embargos à penhora, com a observância de que já apresentaram Embargos do Devedor, com fundamento no ataque à penhora, certo que a matéria estaria preclusa, por consumada.

Na minuta recursal, após relato dos fatos, argumentam os agravantes, locatária (Hilda Soares Milrot - Epp) e fiador (Fernando Soares Milrot) do contrato de locação, que o único bem, encontrado para a indisponibilidade, foi o imóvel que serve como residência da família, composta pelos agravantes. Relatam que opuseram Embargos à Execução, julgados improcedentes, tendo restado consignado, na sentença que julgou aquela defesa, que não houve penhora do imóvel, mas mera declaração de indisponibilidade do bem. Narram, ainda, que interpuseram recurso de Apelação, ainda não julgado, porque pendente decisão de Embargos Declaratórios opostos contra despacho que determinou a

Acesso ao Sumário

comprovação dos pressupostos para a análise do pedido de gratuidade processual, sem decidir acerca do efeito suspensivo ao apelo. Afirmam que inexiste preclusão consumativa para o ataque à penhora. Defendem a impenhorabilidade do imóvel, por se tratar de bem de família, portanto, impenhorável.

Recurso tempestivo, processado com efeito suspensivo e respondido (fls. 785/790).

O Agravo veio desacompanhado dos comprovantes de recolhimento das custas de preparo, com pedido para deferimento do benefício nesta sede recursal, razão pela qual os agravantes foram intimados para a juntada de documentos, para a análise do pedido (fls. 742), com manifestação às fls. 747/783.

Distribuído o recurso nos termos da Resolução nº 772/2017, do OETJSP, não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, faz-se necessário observar o disposto no artigo 1.017, § 5º, do Código de Processo Civil, de modo que, em razão de os autos tramitarem integralmente de forma eletrônica, na origem, a menção às páginas processuais observará à numeração em Primeira Instância.

No capítulo do recurso relacionado ao pedido de Justiça gratuita, a irresignação recursal não comporta acolhida.

Após oportunidade concedida por este Relator aos agravantes, para comprovarem os pressupostos autorizadores da concessão da benesse (fls. 742 do Instrumento), certo é que os documentos acostados às fls. 749/783 não evidenciaram a ausência de condições financeiras dos executados.

Quanto à benesse da gratuidade, pleiteada pela recorrente 'Hilda Soares Milrot – EPP', por se tratar de empresa de pequeno porte, a análise do pedido deve ser sopesada com a prova da situação financeira da própria sócia.

É certo que não existe óbice à concessão do benefício da Justiça gratuita às pessoas jurídicas, entendimento, inclusive, sumulado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, quando da edição do Enunciado nº 481, com o seguinte teor:

> "*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*".

Tal benesse, contudo, somente pode ser deferida, quando a parte demonstrar, cabalmente, a alegada insuficiência de recursos.

O artigo 98, 'caput', do Código de Processo Civil, prevê que "*a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei*", mas condiciona o deferimento de benefício à pessoa jurídica à prova de sua real impossibilidade financeira, não

Acesso ao Sumário

lhe bastando apresentar mera declaração de pobreza (art. 99, § 3º).

Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática das normas acima transcritas, não há dúvida de que a afirmação de pobreza, de que trata o artigo 99, § 3º, do Estatuto Processual, é relativa, cabendo à postulante comprovar a alegada hipossuficiência financeira.

Nesse contexto, os documentos digitalizados às fls. 749/755, referentes às Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (SIMPLES Nacional), bem como os de fls. 757/759, que dizem respeito à Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais, ambos da pessoa jurídica recorrente, em análise conjunta com as declarações de bens ao Fisco, da pessoa física Hilda Soares Milrot, não comprovam, sozinhos, sem confronto com balancetes e demais documentos contábeis da empresa, bem como extratos bancários da pessoa jurídica e da sócia, o invocado estado de hipossuficiência.

Por seu turno, as declarações de bens de 'Fernando', referentes aos Exercícios 2016, 2017 e 2018 (fls. 760/779), revelaram a evolução de seus rendimentos tributáveis, de modo que sua situação financeira longe está de ser classificada como 'hipossuficiente'.

Ora, a declaração ao Fisco mais atual (Exercício 2018) comprovou que obteve rendimentos tributáveis, no montante de R$ 79.811,81, o que perfaz a média de rendimentos mensais aproximados de R$ 6.650,91, o que revela estar longe de ser considerado pobre, na acepção jurídica do temo.

Embora o artigo 98 disponha sobre o direito à gratuidade de Justiça e o artigo 99, § 3º, seja expresso quanto à presunção de veracidade da alegação de insuficiência deduzida por pessoal natural, é irrefutável que cada caso deve ser analisado e decidido segundo os elementos contidos nos autos, cabendo ao Julgador, de forma, livre, apreciar o conceito do termo "insuficiência", deferindo ou não o benefício.

Os agravantes afirmam que possuem direito ao benefício da gratuidade, mas não ofereceram elementos aptos a provar a sua hipossuficiência, pois é certo que a miserabilidade não se presume.

De qualquer forma, não se positivou, como se impunha na espécie, a convincente demonstração de que os recorrentes não ostentam capacidade financeira de arcar com as custas e despesas do processo judicial.

Diante desse cenário, forçoso reconhecer que a alegação de insuficiência de recursos veio desprovida de elementos de prova que a confirmem e, portanto, não tem o condão de afastar o entendimento exarado em primeiro grau.

Todavia, rejeitado o pedido de concessão do favor legal, de rigor o pagamento pela prestação da tutela jurisdicional, nos termos do artigo 101, § 2º, do Estatuto Processual, devendo a parte agravante, destarte, providenciar, após o trânsito em julgado deste recurso, o recolhimento do preparo deste Agravo de

Acesso ao Sumário

Instrumento, no prazo de 5 (cinco) dias após a determinação do Juízo singular para o cumprimento do v. Acórdão, **devendo, assim, adotar tal providência em Primeira Instância.**

Superada a questão, no mérito, cinge-se o presente recurso à possibilidade de se decretar a penhora do imóvel de propriedade do fiador e da devedora em contrato de locação.

A irresignação recursal comporta parcial acolhida.

Necessário tecer algumas considerações acerca do imóvel objeto da Matrícula nº 129.816 (fls. 207/209), bloqueado pelo MM. Juízo 'a quo' junto à Central de Indisponibilidade.

O imóvel havia sido bloqueado junto à Central de Indisponibilidade, por determinação do Ilustre Juiz (fls. 185), em acolhimento parcial ao pedido da parte agravada (fls. 180/182). Após, pela decisão agravada, diante da improcedência dos Embargos à Execução e, ainda, com amparo no artigo 1.012, inciso III, do Código de Processo Civil, o douto Magistrado deferiu a penhora do mencionado bem (fls. 214).

Incontestável que a tese sobre a inoponibilidade do estado de bem de família à penhora decorrente de execução de locatícios, em face dos fiadores, encontra-se debatida à exaustão, culminando, inclusive, com a edição da Súmula 8 desta C. Corte, *in verbis*: "*É penhorável o único imóvel do fiador em contrato locatício, nos termos do art. 3º, VI, da Lei 8.009, de 29.03.1990, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000*".

A tese de que o bem pertencente ao fiador não pode ser objeto de penhora, em execução fundada em dívida oriunda de locação garantida por fiança, está superada pela Súmula 549, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, '*verbis*': "*É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação*".

A jurisprudência desta Câmara coaduna-se com o entendimento acima, nos termos dos seguintes precedentes:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. FIANÇA LOCATÍCIA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. CABIMENTO RECONHECIDO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. 1. É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Súmula 549, do C. Superior Tribunal de Justiça. 2. Incabível impor o ônus à exequente quanto à verificação da proteção do bem de família ao imóvel apontado, até porque, em primeira análise, ante o aceite da posição de fiadores, estes perderam a salvaguarda supramencionada Decisão reformada. Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 2010642-08.2017.8.26.0000, Relator(a): FELIPE FERREIRA; Comarca:

Acesso ao Sumário

São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/03/2017; Data de registro: 09/03/2017);

"LOCAÇÃO - PENHORA DO IMÓVEL DO FIADOR - POSSIBILIDADE - AGRAVO INTERNO PREJUDICADO - RECURSO IMPROVIDO. É possível a penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação, em virtude da exceção legal do art. 3º da Lei 8.009/90, inserida pelo art. 82, VII, da Lei 8.245/91." (Agravo de Instrumento nº 2134066-24.2016.8.26.0000, Relator(a): RENATO SARTORELLI; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/10/2016; Data de registro: 06/10/2016);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL - AÇÃO DE DESPEJO - CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - IMPUGNAÇÃO. Mercê do primado do art. 3º, VII, da Lei Federal 8.009/90, o imóvel do fiador, mesmo sendo seu único bem de raiz e o local em que reside, não é alcançado pela cláusula da impenhorabilidade. Compatibilidade do art. 3º, VII, da Lei Federal 8.009/90 com o art. 6º da Constituição Federal. Imóvel, ademais, destinado para fins comerciais. RECURSO DESPROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2101803-36.2016.8.26.0000, Relator(a): ANTONIO NASCIMENTO; Comarca: Santos; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/07/2016; Data de registro: 28/07/2016)

Destarte, tendo a dívida executada origem em fiança prestada pelo coagravante Fernando, para garantia de contrato de locação de imóvel, não há óbice à constrição de bem de família.

Todavia, o imóvel constrito não pertence exclusivamente ao fiador, certo que sua propriedade sobre o mencionado bem alcança a quota parte de 1/6 (um sexto), como se depreende da Certidão imobiliária de fls. 208/209, pela qual se nota que, nos termos do R.1, datado de 10 de julho de 2012, em decorrência da Escritura Pública de Inventário e Partilha, herdou, juntamente com seus irmãos, tal parte ideal do imóvel, certo que sua genitora e coexecutada, Hilda Soares Milrot, obteve a parte ideal de ½, na qualidade de viúva meeira.

Digno de nota o fato de que a própria agravada reconhece o fato, porque, no pedido de fls. 180/182, pretende "*o arresto do imóvel matriculado sob o nº 129.816, conforme matrícula anexa, referente a quota parte do Executado Fernando*" (fls. 182).

Logo, o imóvel não pode ser penhorado em sua integralidade, daí porque de rigor a reforma parcial da decisão agravada, para se determinar que a constrição tenha incidência sobre a fração ideal pertencente ao executado/fiador Fernando, liberando-se o restante da penhora, determinada em Primeiro Grau.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, nos termos ora

Acesso ao Sumário

enunciados, com determinação no tocante ao recolhimento do preparo do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2119484-48.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são agravantes AUDREY KAÇA e MAURICIO FERNANDES CAMACHO, é agravado CONDOMÍNIO VALE VERDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.548)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e CARLOS NUNES.

São Paulo, 5 de julho de 2018.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. OPORTUNIDADE CONFERIDA PARA APRESENTAR PROVAS. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 99, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC/2015). DECISÃO DE INDEFERIMENTO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. No caso em julgamento, antes de indeferir o pedido de gratuidade da justiça, o Juiz concedeu a oportunidade aos agravantes para produzirem provas de que faziam jus à gratuidade da justiça. É certo que a alegação de insuficiência de recursos deduzida pela parte interessada possui presunção de veracidade, segundo a regra do art. 99, §3º, do CPC/2015, mas, havendo elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão do pedido, antes de indeferir, o juiz deverá determinar à parte a comprovação do preenchimento

Acesso ao Sumário

dos referidos pressupostos mediante a presença de provas produzidas, o que não foi suficientemente apresentado.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por **AUDREY KAÇA** e **MAURICIO FERNANDES CAMACHO** contra decisão de fls. 153 proferida nos autos dos embargos à execução promovida por **CONDOMÍNIO VALE VERDE**, que indeferiu a Gratuidade da Justiça.

Sustentam os agravantes, em resumo, que estão com dificuldades financeiras, necessitando dos préstimos da gratuidade processual. Não possuem condições de arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento e da família. O fato de serem patrocinados por advogado particular não é indicativo de condições financeiras, pois o subscritor está exercendo advocacia *pro bono*, e o art. 99 § 4º do CPC, diz claramente que a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade processual. Um dos agravantes, como já informado e demonstrado nos autos, além de encontrar-se desempregado, não possui bem algum (móvel ou imóvel), que lhe possa indicar bens à penhora com vistas à garantia do juízo. Este também é isento de declarar imposto de renda, motivo pelo qual não junta a respectiva declaração. Não há nos autos, qualquer indício veemente de que o agravante tenha condições de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, pelo contrário, ao que se colhe dos autos, fácil verificar que se trata de uma das pessoas desempregada, sem bens, isento de Imposto de Renda, residindo com teus pais, por não ter condições de se manter.

Não foi concedido o pretendido efeito suspensivo (fls. 24/26).

É o relatório.

Respeitado entendimento diverso, não vislumbro a possibilidade de conceder aos agravantes os benefícios da gratuidade da justiça, por ora.

É certo que a alegação de insuficiência de recursos deduzida pela parte interessada possui presunção de veracidade, segundo a regra do art. 99, §3º, do CPC/2015, mas, havendo elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão do pedido, antes de indeferir, o juiz deverá determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos mediante a presença de provas produzidas, o que não foi suficientemente apresentado, havendo relevantes dúvidas acerca da alegada insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios (fls. 141/152).

Embora conste da carteira de trabalho de um dos agravantes que ele está desempregado, o outro percebe rendimentos que não podem ser considerados modestos. Não houve comprovação da alegada dificuldade financeira que seria

Acesso ao Sumário

de fácil demonstração com apresentação, por exemplo, de extratos bancários ou dívidas contraídas.

O rigor para a concessão do pleito se faz necessário para evitar abusos, dando maior relevância ao exame da questão quando se verifica eventual pedido desprovido de provas que possam trazer ao Julgador convicção a respeito da concessão àqueles que realmente fazem jus à gratuidade da justiça.

Observe-se que o benefício poderá ser reavaliado, se o caso, surgirem provas seguras da necessidade de obter a gratuidade da justiça que será enfrentado pelo douto Juiz.

Posto isso, por meu voto, **nego provimento ao recurso** interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2193813-65.2017.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante BANCO J. SAFRA S.A., são agravados ACEBRÁS FERRO E AÇO LTDA., PAULO ROBERTO POLATO e MARCIA VALERIA FERREIRA DE SOUZA POLATO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29749)**

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

São Paulo, 11 de julho de 2018.

ANDRADE NETO, Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - SÓCIOS QUE POSSUEM DIVERSAS OUTRAS EMPRESAS - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - IMPOSSIBILIDADE - FATO QUE, PER SE, NÃO AUTORIZA A CONCLUSÃO DE QUE HAJA CONFUSÃO PATRIMONIAL - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS QUE INDIQUEM GESTÃO CONJUNTA OU CONFUSÃO

DE RECEITAS E DESPESAS DAS EMPRESAS - REJEIÇÃO DO INCIDENTE MANTIDO - PENHORA DE COTAS SOCIAIS DE EMPRESAS DE PROPRIEDADE DOS EXECUTADOS - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução de título extrajudicial, indeferiu o pedido do exequente para inclusão de outras empresas no polo passivo da execução, bem como a penhora das quotas sociais pertences aos executados nas empresas indicadas.

O agravante afirma que, a despeito dos esforços despendidos, não localizou bens ou ativos financeiros em nome da executada. Alega, ainda, que efetuou pesquisas na Junta Comercial e encontrou diversas empresas no mesmo ramo de atividade (ferro e aço) na qual os executados figuram como sócios, o que demonstra a existência de um mesmo grupo econômico e de confusão patrimonial. Argumenta, por fim, ser possível a penhora de quotas sociais de titularidade dos devedores.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, a agravada alegou inexistir grupo econômico, vez que, para tanto, existe uma séria de formalidade a serem observadas, como a convenção aprovada pelas sociedades e o arquivo no registro da junta comercial, não bastando a mera constatação de coincidência entre os sócios, mormente porque inexiste comunhão de direção entre as empresas.

É o relatório.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, originada do direito anglo-saxão e desenvolvida no propósito de combater comportamentos fraudulentos tendentes a prejudicar credores, é normalmente entendida como o afastamento momentâneo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, com o objetivo de permitir a constrição de patrimônio de seus sócios e administradores.

A doutrina hoje é uníssona em considerar a personalidade jurídica um direito relativo, podendo o julgador desprezá-la diante do abuso de direito e fraudes no seu uso, de sorte a alcançar as pessoas, inclusive jurídicas, que buscam nela se esconder para subtrair-se a uma obrigação existente e lesar legítimo direito material de terceiro.

A limitação ao princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, contudo, submete-se à verificação de situação indicativa de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou abuso patrimonial, conforme dispõe o artigo 50 do Código Civil, sendo imprescindível, portanto, que o credor

Acesso ao Sumário

demonstre a ocorrência de situações que caracterizem fraude, violação da lei, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, por parte da pessoa jurídica com o fim esquivar-se do cumprimento de obrigações, justificando, assim, a invasão do patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.

A dificuldade na satisfação do crédito, ou mesmo a insuficiência ou ausência de patrimônio social não constituem critérios exclusivos e suficientes para, isoladamente, autorizar a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. Se assim o fosse, estar-se-ia eliminando por completo o direito à limitação da responsabilidade dos sócios e ao próprio princípio da autonomia da pessoa jurídica, cujas consequências seriam verdadeiramente desastrosas à expansão dos empreendimentos comerciais e ao próprio desenvolvimento econômico e social, na medida em que inibiria fortemente a ação de empreendedores e investidores, que não mais teriam a garantia de proteção de seus patrimônios pessoais contra os riscos e eventuais infortúnios que envolvem as atividades negociais.

Na hipótese, o simples fato de os sócios da executada possuírem outras empresas é insuficiente para autorizar a conclusão de que haja confusão patrimonial entre elas ou pertençam a um mesmo grupo, sendo perfeitamente possível o isolamento das gestões e do patrimônio de cada uma delas, mormente porque contam com sócios diversos em cada uma delas.

Imprescindível, para caracterizar a confusão, que o credor aponte outras circunstâncias indicando a existência de gestão comum das empresas ou o uso de receitas de uma delas no caixa da outra.

Assim, ausentes elementos mínimos de confusão patrimonial ou de que a empresa devedora tenha esvaziado seu patrimônio em favor das demais empresas com o fim de esquivar-se da obrigação, descabe a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, estando correta a decisão do magistrado de primeiro grau neste ponto.

Com razão a agravante, porém, no que diz respeito a possibilidade de penhora das cotas da sociedade empresária de propriedade dos sócios/fiadores coexecutados.

Com efeito, tal constrição encontra fundamento no artigo 835, IX, do CPC que de, modo expresso, prevê que "*A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (...) IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias*".

Ressalto que a penhora das cotas empresariais não acarreta a inclusão de novo sócio, podendo haver a constrição ainda que o contrato ou estatuto social vede a livre alienação delas.

Neste sentido:

"*Admite-se a penhora, ainda que o contrato vede a livre alienação das cotas, através de cláusula que garanta preferência aos outros sócios*" (RSTJ

191/364: 4ª Turma, REsp 317.651).

"*A penhora não acarreta a inclusão de novo sócio, devendo ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto*" (REsp 234.391. Ministro Menezes Direito).

"*É possível a penhora de cotas de sociedade limitada, porquanto prevalece o princípio de ordem pública segundo o qual o devedor responde por suas dívidas com todos os seus bens presentes e futuros, não sendo, por isso mesmo, de se acolher a oponibilidade da affectio societatis. É que, ainda que o estatuto social proíba ou restrinja a entrada de sócios ao ajuste originário, é de se facultar à sociedade (pessoa jurídica) remir a execução ou o bem, ou, ainda, assegurar a ela e aos demais sócios o direito de preferência na aquisição a tanto por tanto*" (STJ 6ª T.: RT 781/197).

Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso** para autorizar a penhora de ações e quotas de sociedades simples e empresárias em nome dos executados.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2023619- 95.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUDER COMERCIAL LTDA., é agravado VEMAX COMERCIAL LTDA.

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 21785)**

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

São Paulo, 22 de junho de 2018.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO RESCISÓRIA, QUE PRETENSÃO DE AFASTAR VALIDADE DE ACÓRDÃO. PROVA NOVA. CPC/2015, ART. 699, VII. SENTENÇA PROFERIDA NA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO CABIMENTO.

1- Agravo interno interposto contra decisão monocrática que indeferiu petição inicial de ação rescisória fundada em prova nova (CPC, art. 699, VII). Pretensão de que sentença da Justiça Federal que declara a nulidade de registro de marca, perante o INPI, seja considerada prova nova.

2- Ação de nulidade que foi proposta somente após o julgamento da apelação e na pendência de Recurso Especial da parte contrária, já que não interposto pela autora da presente ação rescisória. Existência da *prova nova* não configurada, pois tinha a autora a possibilidade de, em momento contemporâneo a "ação de obrigação de não fazer com pedido de indenização por dano moral" promover a referida ação e, ainda, discutir incidentalmente nos referidos autos.

3- A ausência de demonstração de cabimento da hipótese do art. 699, VII, do CPC/2015, justifica o indeferimento da petição inicial da ação rescisória (CPC, art. 968, § 3º).

4- Razões recursais apresentados no agravo regimental limitados na insistência do efeito *ex tunc* da sentença da Justiça Federal, não impugnando os demais fundamentos.

5- Agravo interno não provido.

VOTO

Agravo regimental interposto pela autora de "ação rescisória" que, por decisão monocrática (pp. 180/186 dos autos da ação rescisória), teve indeferida a petição inicial, tendo a ementa o seguinte teor:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE AFASTAR VALIDADE DE ACÓRDÃO. PROVA NOVA. CPC/2015, ART. 699, VII. SENTENÇA PROFERIDA NA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO CABIMENTO.
>
> 1- Ação rescisória fundada em prova nova (CPC, art. 699, VII). Pretensão

Acesso ao Sumário

de que sentença da Justiça Federal que declara a nulidade de registro de marca, perante o INPI, seja considerada prova nova.

2- Ação de nulidade que foi proposta somente após o julgamento da apelação e na pendência de Recurso Especial da parte contrária, já que não interposto pela autora da presente ação rescisória. Existência da *prova nova* não configurada, pois tinha a autora a possibilidade de, em momento contemporâneo a "ação de obrigação de não fazer com pedido de indenização por dano moral" promover a referida ação e, ainda, discutir incidentalmente nos referidos autos.

3- A ausência de demonstração de cabimento da hipótese do art. 699, VII, do CPC/2015, justifica o indeferimento da petição inicial da ação rescisória (CPC, art. 968, § 3º).

4- Petição inicial indeferida".

Sustenta a agravante que foi indevido o indeferimento da petição inicial, em face do disposto no art. 996, VII, do CPC, "uma vez que obteve declaração de nulidade do ato administrativo que havia anulado a marca AERO ROLER, processo 820.591.718, restabelecendo a vigência da marca" (p. 2), sendo que os efeitos da referida decisão retroagem a data da prática do ato declaro nulo, ou seja, anterior a própria propositura da ação objeto do v.a acórdão que se pretende a rescindir, conforme dispõe os arts. 165 a 167 da Lei n. 9.279/96.

Assim, pretende o provimento do agravo regimental, afastando-se o indeferimento da petição inicial, com o prosseguimento da ação rescisória em seus ulteriores termos.

É o relatório.

1) Reitera a agravante a sua narrativa e fundamentação fática e jurídica já apresentada na petição inicial da ação rescisória, o que, no caso presente, é insuficiente para infirmar os fundamentos expostos na decisão monocrática que indeferiu a petição inicial.

É certo que, em suas razões recursais, reforça a argumentação quanto aos efeitos da sentença que declara a nulidade de um ato, ou seja, "ex tunc" (retroativa).

1.a) Reproduzo, em *itálico*, a referida decisão objeto do presente agravo regimental:

"*Ação rescisória contra o v. acórdão proferido na Apelação n. 0021365-24.2011.8.26.0003 (1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 03/7/2014, relator designado Des. Fortes Barbosa, m.v.), copiado às pp. 20/38, incluído o douto voto vencido do Des. Francisco Loureiro.*

Trânsito em julgado em 16/3/2016, conforme certidão do Superior Tribunal de Justiça (p. 39).

O v. acórdão rescindendo encontra-se com a seguinte ementa:

Acesso ao Sumário

'Propriedade industrial - Abstenção de uso de marca e indenização - Prescrição e revelia inocorrentes - Marcas similares Reconhecimento - Ausência de danos morais - Lucros cessantes deferidos - Multa - Termo inicial mantido - Providos parcialmente ambos os apelos'.

Sustenta a autora desta ação rescisória, com fundamento no art. 966, VII, do CPC/2015, que há prova nova que deve ser considerada para a modificação da conclusão do v. acórdão, pois foi proferida sentença, pela 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que "declarou nula a decisão do Instituto nacional da Propriedade Industrial INPI, que anulou o registro da marca AERO ROLER, determinando que a Autarquia restabeleça a vigência do registro da marca 820.591.718". A r. sentença encontra-se copiada às pp. 41/55 (além de estar reproduzida, em grande parte, na petição inicial desta ação rescisória).

Diante disso, pretende a autora:

a) tutela de urgência de modo a suspender cumprimento de sentença, sob o risco do seu patrimônio ser esbulhado pela ré (exequente);

b) a procedência desta ação rescisória, diante do 'documento novo', revertendo-se, assim, 'resultado obtido na lide subjacente, em que a Requerida, amparando-se em suposta violação de marca, formulou pedido indenizatório e de abstenção de uso de marca que, ao fim, foi julgado procedente', ou seja, com a rescisão do v. acórdão, a ação anterior deve ser julgada improcedente.

Comprovada a caução.

É o relatório.

I) Ausentes as hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, de maneira específica a que fundamenta a pretensão da autora, deve ela ser indeferida desde logo (art. 968, § 3º, e no art. 330, III, do CPC/2015).

II) A cronologia das decisões.

II.1) A Vemax propôs em face da Luder 'ação de obrigação de não fazer com pedido de indenização por dano moral e pedido de tutela antecipada' em 15/8/2011 (data da petição inicial, pp. 56/97).

A r. sentença foi proferida em 28/2/2013 (pp. 99/112).

O v. acórdão rescindendo tem como data de julgamento o dia 03/7/2014 (pp. 20/38).

II.1.2) Verificando os autos perante o Superior Tribunal de Justiça, pois a autora não juntou os v. acórdãos dessa Colenda Corte, limitando-se a apresentar a certidão de trânsito em julgado (p. 39), ocorrida em 16/3/3016, tem-se:

a) No AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 813.263/SP, por decisão monocrática do Min. Marco Aurélio Bellizze (decisão de 24/11/2015), não foi conhecido o agravo em recurso especial contra decisão que não admitiu o

Acesso ao Sumário

recurso especial interposto pela Vemax;

b) No AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 813.263/SP, tirado contra a r. decisão monocrática, a 3ª Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental da Vemax (j. 23/2/2016).

II.1.3) Há que se observar, portanto, que a agora autora, Luder Comercial Ltda., não se opôs a conclusão do v. acórdão rescindendo deste Tribunal de Justiça, pois quem interpôs o Recurso Especial foi a Vemax Comercial Ltda.

Em outras palavras, a questão da validade do registro do INPI não foi matéria devolvida a apreciação do Superior Tribunal de Justiça, como é possível verificar a ementa do AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 813.263/SP

> *'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **1.** DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. REVER A CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. **2.** DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE. NOVA ANÁLISE DA SITUAÇÃO FÁTICA. **3.** AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> ***1.** É vedado em recurso especial o reexame das circunstâncias fáticas da causa, ante o disposto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ: 'A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial.'*
>
> ***2.** Na hipótese, o Tribunal de Justiça, soberano no exame do acervo fático-probatório dos autos, afastou a configuração do dano moral, salientando que não existe nos autos nenhuma prova de que o uso indevido de marca pela ré abalou o bom nome da autora e causou descrédito em relação ao seu produto. Assim, não é possível rever esta conclusão ante o óbice do enunciado de súmula supramencionado.*
>
> *3. Agravo regimental improvido'.*

II.2) A 'ação de nulidade de ato administrativo' movida em face da Vemax e do INPI, que seria a fonte do 'documento novo', tem sua petição inicial datada de 05/2/2015 (pp. 113/132).

Ou seja, foi proposta quase 6 meses depois do julgamento da apelação da 'ação de obrigação de não fazer com pedido de indenização por dano moral e pedido de tutela antecipada'.

Não consta que, em qualquer momento do Recurso Especial, tenha sido noticiado a existência dessa 'ação de nulidade'.

II.2.1) Referida ação deve ser destacado ainda, teve r. sentença proferida em 15/6/2017 (pp. 41/55), passados mais de 1 (um) ano do trânsito em julgado certificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Aliás, da mesma forma que não noticiou o conteúdo do Recurso Especial, não trouxe esclarecimentos se a r. sentença da Justiça Federal transitou em julgado, ou se há recurso pendente.

II.3) Tinha a autora, Luder, legitimidade para recorrer, na forma especial, sobre a questão da validade da marca ou das condenações que lhe foram impostas.

Porém, conformou-se com o v. acórdão deste Tribunal de Justiça, que agora pretende rescindir, com fundamento em r. sentença proferida em ação que não existia na época e que, provavelmente, sequer transitou em julgado.

III) O 'documento novo' ou a 'prova nova'.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou a hipótese de ação rescisória amparada em 'documento novo' ao estabelecer que, para tanto, é necessário 'prova nova' (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ***CPC Comentado****, 16ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 2060; Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha,* ***Curso de Direito Processual Civil****, vol. 3, 14ª ed., Editora Jus Podivm, 2017, pp. 572 e ss; Luiz Dellore,* ***Execução e Recursos - Comentário ao CPC DE 2015****, pp. 775).*

*Pela extensão do revogado Código de Processo Civil de 1973 de maneira inequívoca não seria possível admitir a r. sentença proferida pela Justiça Federal como documento novo, conforme pacífico entendimento demonstrado por José Carlos Barbosa Moreira, que destaca que 'por 'documento novo' não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo 'novo' expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não na ocasião em que veio a formar-se' (****Comentários ao CPC****, vol. V, 15ª ed., Ed. Forense, 2010, pp. 137, item 81).*

E nem se alegue a questão da nulidade e sua eficácia 'ex tunc', pois em nenhum momento, pelo que consta das cópias existentes nestes autos (a Luder não juntou cópia de sua contestação), em especial dos pronunciamentos judiciais, não se questionou a validade do registro do INPI, algo que poderia ter sido feito, inclusive com a propositura da "ação de nulidade" naquela época e não somente depois de sucumbir nas instâncias ordinárias.

III.1) A 'prova nova'.

Mesmo que o vigente Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 966, VII, de uma abrangência maior a hipótese agora debatida, a nova redação não socorre a autora Luder.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (ob. cit., p. 573) esclarecem que 'o termo prova nova deve ser entendido como prova anteriormente existente, mas somente acessível após o trânsito em julgado' e que 'o termo prova nova não se refere ao momento da formação da prova. Apenas considera como prova nova aquela que o autor não tenha tido condições de produzir no processo originário por motivos alheios à sua vontade e à sua disponibilidade,

Acesso ao Sumário

seja porque desconhecia, seja por não lhe ser acessível durante o processo originário'.

Por isso, dizem esses doutrinadores que 'tanto isso é verdade que o art. 975, § 2º, do CPC, ao estabelecer o prazo para a ação rescisória por prova nova, indica como marco para início de sua contagem a descoberta, e não a produção ou constituição, da prova nova. A prova já existia e foi descoberta, começando a correr, a partir de então, o prazo para ajuizamento da ação rescisória' (ob. cit., p. 575).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery também sustentam esse entendimento, para, em seguida, afirmarem que 'são enquadráveis, portanto, neste dispositivo, apenas os documentos, os depoimentos e os testemunhos' (ob. cit., p. 2060, item 48).

III.2) Novamente Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha trazem bom exemplo aplicável a questão: 'transitada em julgado sentença condenatória de reparação civil, a superveniente sentença penal absolutória não se enquadra no conceito de prova nova. É que, como se viu, a prova nova a que se refere ao art. 966, VII, do CPC caracteriza-se por ser antiga, existente ao tempo do processo originário, mas somente conhecida ou acessível à parte após o momento próprio para ali produzi-la. Enfim, a prova nova não é aquela constituída após o trânsito em julgado. O adjetivo novo diz respeito ao conhecimento e ao acesso da parte à prova. A situação é mesma na hipótese inversa: julgado improcedente o pedido na ação civil, sobrevém, após seu trânsito em julgado, sentença penal condenatória. Esta, de igual modo, não se encaixa no conceito de prova nova, descabendo a ação rescisória fundada no art. 966, VII, do CPC' (ob. cit. p. 575).

No presente caso, a r. sentença da 'ação de nulidade' foi proferida somente após o trânsito em julgado do v. acórdão da ação rescindenda. E, repete-se, não consta qualquer notícia de que, mesmo antes do trânsito em julgado, a referida ação tenha sido noticiada nos autos da 'ação de obrigação de não fazer com pedido de indenização por dano moral e pedido de tutela antecipada'.

IV) Verifica-se, portanto, que sob qualquer ângulo, a pretensão da autora não se sustenta.

Não existia nenhum impedimento para que, em momento contemporâneo ao curso da 'ação ordinária' que lhe moveu a Vemax, seja em primeiro ou segundo grau, questionasse incidentalmente ou pela 'ação de nulidade' (perante a Justiça Federal) a validade do registro de marca.

Também, não consta qualquer óbice para que tivesse interposto Recurso Especial ou dado ciência ao Superior Tribunal de Justiça, da propositura da 'ação de nulidade', pois ainda estava ele pendente de julgamento.

Por isso, pretende a autora Luder, com a presente ação rescisória,

Acesso ao Sumário

somente prolongar a solução do cumprimento de sentença, ***buscando rediscutir*** **fatos** ***já longamente debatidos e superados****.*

V) Conclui-se, portanto, que ausentes as hipóteses de cabimento da ação rescisória, pois a pretensão é a simples rediscussão da causa, deve a petição inicial ser indeferida, pois não é a ação rescisória a via adequada para afastar a validade do v. acórdão.

Isto posto, ***indefiro a petição inicial****, com fundamento no art. 968, § 3º, e no art. 330, III, do CPC/2015, ficando julgado extinto o processo, sem resolução do mérito (CPC/2015, art. 485, I).*

Custas na forma da lei, autorizado o levantamento da caução pela autora, após o trânsito em julgado desta decisão e recolhidas eventuais custas em aberto.

Int.

São Paulo, 5 de março de 2018".

2) Há que se observar, reitera-se, que a agravante Luder limita-se a reforçar o seu argumento quanto aos efeitos retroativo da declaração de nulidade.

Todavia, não impugna a questão do fundamento do indeferimento da petição inicial, ou seja, a "prova nova" (item III da decisão recorrida), bem como também não traz qualquer consideração a respeito da questão do trânsito em julgado da r. sentença da Justiça Federal (item II.2.1 da decisão recorrida).

3) Ou seja, ausentes os requisitos para a admissão da ação rescisória, sequer combatidos diretamente pelo agravo regimental (ou interno).

Por isso, caso seja confirmada a nulidade noticiada pela autora (agravante), diante do que se decidiu no v. acórdão que se pretende rescindir, este prevalecerá, na relação entre as partes (Luder e Vemax).

4) A autora e agravante LUDER juntou, em 30/5/2018, petição acompanhada de certidão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro), noticiando o julgamento (em 29/5/2018) de apelação (negaram provimento) referente a questão debatida nesta ação rescisória (fls. 7/8 dos autos do agravo regimental). Referida decisão não modifica o resultado proposto.

5) Concluindo, mantenho o indeferimento da petição inicial da ação rescisória, razão pela qual **nego provimento ao agravo regimental.**

Portanto, pelo meu voto, **nego provimento ao agravo regimental.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1034588-25.2014.8.26.0002/50000, da Comarca de São Paulo, em que é

agravante ANDRÉ GAGLIANI, é agravado VG TRANS PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14079)**

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

São Paulo, 2 de julho de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Agravo Regimental - Negativa de seguimento a apelação - Confirmação - Condenação do réu à obrigação de prestar contas - Cabimento, diante do rito especial estabelecido pelo CPC de 2015, do recurso de agravo de instrumento - Inadequação clamorosa de forma - Fungibilidade não admitida - Agravo regimental desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou seguimento a recurso de apelação interposto pelo agravante, dada a caracterização de evidente hipótese de não conhecimento (fls.109/112).

O agravante, em síntese, sustenta que seu apelo deve ser conhecido, porquanto ausente o erro grosseiro reconhecido, devendo ser aplicado o princípio da fungibilidade (fls.01/09).

Não foi apresentada contraminuta e não houve oposição ao julgamento virtual (fls.12).

É o relatório.

A decisão originária, nos termos do artigo 550, §5º do CPC de 2015, determinou que o réu preste as contas solicitadas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que a autora apresentar, sendo ajuizado apelo como decorrência.

Foi negado seguimento ao recurso de apelação, nos termos do art. 932, inciso III do CPC de 2015, decisão que não merece reforma.

Como enfatizado na decisão de indeferimento do processamento do recurso de apelação, a decisão recorrida julgou procedente a primeira fase da ação de prestação de contas e o recurso cabível, aqui, não é o de apelação, mas, isso sim, o de agravo de instrumento.

Com o início da vigência do CPC de 2015, alterado o rito especial em

Acesso ao Sumário

apreço, a decisão que reconhece o dever de prestar contas, tem natureza de decisão interlocutória de mérito, sendo, portanto, agravável, nos termos do inciso II do artigo 1015 do CPC de 2015.

A doutrina é nesse sentido, explicando que: "O CPC de 2015 expressamente afirma que o ato do juiz que julga a primeira etapa do processo da ação de exigir contas é uma decisão, ou seja, uma decisão interlocutória (...). Caracterizar esse ato como decisão interlocutória faz com que o recurso designado para atacá-lo seja o agravo, que, por subir em instrumento próprio, e por não ser dotado de efeito suspensivo, não impede, por si só, o prosseguimento do processo para a segunda fase" (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante Procedimentos Diferenciados, Volume 3, RT, São Paulo, 2015, p. 145).

Trata-se, no caso, de decisão com evidente conteúdo meritório, pois reconhece a existência de uma obrigação à luz do direito material, mas não é uma sentença. Contra dita decisão, cabe agravo de instrumento. Não há a menor dúvida a este respeito, cabendo reproduzir outra lição doutrinária: "O manejo de apelação contra a decisão interlocutória que prevista no art. 550, §5º, do CPC/2015 (...) é erro crasso, grosseiro, injustificável ante à clareza das regras sobre o recurso cabível no CPC/2015, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade" (Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, André Vasconcelos Roque, Zulmar Duarte de Oliveira Jr., Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença - Comentários ao CPC de 2015, RT, São Paulo, 2015, p.907).

De fato, o pronunciamento que julga a primeira fase da ação de exigir contas, reconhecendo o dever de prestá-las, tem natureza de decisão interlocutória, sendo impugnável por agravo de instrumento (Evaristo Aragão Santos, Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Coord. Tereza Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, RT, São Paulo, 2015, pp.1427-1431).

Assim, considerando que o CPC de 2015 já está em vigor há mais de dois anos, a interposição de apelação, no caso, configura erro grosseiro e inescusável, de maneira que a fungibilidade recursal não é passível de ser aplicada.

Há clamorosa inadequação de forma, implicando na ausência de interesse recursal e inviabilizado o conhecimento do apelo.

Nesse sentido, nos termos do art. 932, inciso III do CPC, era caso de negar seguimento ao anterior recurso de apelação, nada havendo para ser alterado na decisão recorrida.

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

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1067676-46.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado NOTREDAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A, é apelada/apelante ZULMIRA BERNAL CANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil, foram convocados outros julgadores para a conclusão do julgamento, restando assim o resultado: POR MAIORIA de votos, deram parcial provimento ao recurso da ré, negaram provimento ao recurso da autora, declara voto 3º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30217)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente), GIFFONI FERREIRA, MARCIA DALLA DÉA BARONE e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Plano de Saúde. Denúncia unilateral de contrato coletivo. Aplicação dos ditames do CDC. A aparente proteção exclusiva do art. 13, parágrafo único, inciso II, aos contratos individuais, estende-se também aos contratos coletivos por adesão, sob pena de ferir gravemente todo o sistema protetivo tanto do Código de Defesa do Consumidor como da Lei nº 9.656/98. Nos contratos coletivos o beneficiário final é o consumidor, tal qual nos contratos individuais ou familiares.

Sentença que entendeu pela manutenção das mesmas condições previstas no contrato coletivo. Ré que entende que em caso de migração para plano individual deve ser aplicado o valor de mercado para este tipo de plano. Impossibilidade nos termos do artigo 15, inciso III da Resolução Normativa nº 254 da ANS. Valor da mensalidade que deve obedecer ao contrato anterior.

Acesso ao Sumário

Autora que pretende seja restabelecido contrato originário. Impossibilidade diante da ausência de insurgência oportuna. Novo contrato que deve obedecer aquele rescindido indevidamente, em relação à cobertura assistencial e preço.

Indenização por danos morais. Não ocorrência. Mero inadimplemento contratual que não tem o condão de gerar indenização a este título. Recurso da ré parcialmente provido e recurso da autora improvido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c.c. pedido de danos morais julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 225/229, para condenar a rés a fornecer plano de saúde individual ou familiar, sem carência e com qualidade equivalente ao plano anterior, bem como para condenar a ré em indenização por dano moral, no valor de R$8.000,00 (oito mil reais). A autora decaiu de parte mínima do pedido e, assim, o réu arcará com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que foram fixados em 20% do valor da condenação indenizatória.

Inconformada, apela a ré as fls. 592/606, alegando, em suma, que não comercializa planos individuais, motivo pelo qual não há como proceder à migração. Acredita que o julgador não pode simplesmente mencionar que não há mais relação entre a apelada e a ex-empregadora em razão da aposentadoria, tendo em vista que o contrato do serviço prestado de plano de saúde foi firmado justamente com a ex-empregadora. Sustenta a legalidade da rescisão contratual. Insiste na inocorrência dos danos morais. Pugna pela improcedência da ação e, subsidiariamente, para que a apelada seja compelida a custear o único plano individual de acordo com valores e cláusulas peculiares à modalidade do contrato, bem como requer a redução do valor da indenização.

Contrarrazões as fls. 969/979.

Recurso adesivo as fls. 980/985. Alega a autora que firmou inicialmente contrato de plano individual com a empresa Santamália Saúde S/A em 18/05/2006 e foi indevidamente comutado para coletivo empresarial por ato velado e unilateral da apelada, com o indevido encerramento do contrato. Pugna pelo reconhecimento da relação jurídica como contrato de plano individual e, por consequência, o restabelecimento da prestação continuada, bem como pretende a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais.

Contrarrazões de recurso adesivo as fls. 988/993.

É o relatório.

Presentes os requisitos foi possível o juízo positivo de admissibilidade,

Acesso ao Sumário

razão pela qual o recurso foi processado e está em condições de julgamento.

Trata-se de ação de obrigação de fazer através da qual a autora pretende a manutenção do contrato coletivo que foi rescindido pela ré.

A r. sentença julgou parcialmente procedente a demanda.

Insurgem-se as partes.

Pois bem.

Ora, a rescisão imotivada, sem a oferta de alternativa de custo e condições de cobertura compatíveis que possibilitem o prosseguimento regular do tratamento, sem sobressaltos ou alterações, importaria desvantagem exagerada ao consumidor, que é o destinatário final dos serviços previstos no contrato (CDC art. 51, IV e § 1º, incisos I a III), afrontando, ao mesmo tempo, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, frustrando a confiança da consumidora no prosseguimento do atendimento com o qual contava e pelo qual sempre pagou.

Segundo consta, a operadora do plano cancelou unilateralmente o contrato sem oferecer outro plano individual ou familiar, dispensando novos prazos de carência e deixou os segurados entregues à própria sorte para procurar outra operadora. A rescisão unilateral e imotivada do contrato em discussão lesa diretamente os beneficiários, destinatários finais do plano de saúde oferecido pela requerida, acarretando-lhes prejuízos irreparáveis.

Além disso, quanto a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, o STJ já se pronunciou através da Súmula 469, que possui a seguinte redação: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*". Portanto, não há dúvidas quanto à aplicabilidade do CDC ao presente caso.

No mais, a discussão prende-se à inteligência do artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, que estabelece a impossibilidade de os contratos individuais serem rescindidos unilateralmente. É que uma leitura mais apressada desse dispositivo poderia levar a conclusão de que os contratos coletivos poderiam ser rescindidos unilateralmente, já que a lei faz ressalva apenas aos contratos individuais.

Não é possível, dentro do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, fazer-se uma interpretação restritiva ao consumidor, sob pena de grave violação ao sistema protetivo que inegavelmente integra as relações de consumo em benefício da parte hipossuficiente. Não se pode deixar de ter em conta que a rescisão unilateral de contrato de adesão de plano de saúde lesa direitos dos associados, contrariando princípios consagrados nas normas de defesa do consumidor, podendo trazer-lhes prejuízos irreparáveis.

Nesse ínterim, não se pode diferenciar os contratos individuais dos coletivos, na medida em que, em última análise, estes também se destinam ao consumidor individual e, por isso, a diferenciação de disciplina implicaria em

Acesso ao Sumário

dar tratamento diferente para situações iguais.

Nesse sentido já se manifestou esta relatoria em julgamento de caso análogo:

Plano de Saúde. Denúncia unilateral do contrato. Aplicação dos ditames do CDC. A aparente proteção exclusiva do art. 13, parágrafo único, inciso II, aos contratos individuais, estende-se também aos contratos coletivos por adesão, sob pena de ferir gravemente todo o sistema protetivo tanto do Código de Defesa do Consumidor como da Lei nº 9.656/98. Nos contratos coletivos o beneficiário final é o consumidor, tal qual nos contratos individuais ou familiares. Nulidade reconhecida, vedada a denúncia unilateral. Honorários advocatícios. Verba honorária arbitrada na r. sentença se mostra suficiente a restituir e amenizar as despesas feitas com a obrigatoriedade de contratação de profissional que merece justa remuneração. Fixação em observância aos critérios elencados no art. 20, § 3º, do CPC. Sentença mantida. Recurso improvido. (AP nº 0150724-27.2011.8.26.0100; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/11/2012; Data de registro: 30/11/2012; Outros números: 1507242720118260100)

No mesmo sentido, o entendimento deste Tribunal:

"Convênio médico. Seguro saúde. Art. 13 da Lei nº 9656/98. Rescisão unilateral por parte da prestadora de serviços. Inadmissibilidade. A aparente proteção exclusiva do art. 13, parágrafo único, inciso II, aos contratos individuais, estende-se também aos contratos coletivos por adesão, sob pena de ferir gravemente todo o sistema protetivo tanto do Código de Defesa do Consumidor como da Lei nº 9656/98. Nos contratos coletivos o beneficiário final é o consumidor, tal qual nos contratos individuais ou familiares. A interpretação restritiva daria ensejo a abusos que feririam gravemente o direito dos conveniados, que, quando menos esperassem, enfermos ou não, estariam sem nenhuma assistência médica. Recurso improvido" (TJ/SP AC nº 362.868.4/6, de São Paulo, Rel. Des. MAIA DA CUNHA, 4ª Câmara de Direito Privado).

"Seguro saúde - Contrato coletivo - Impossibilidade de rescisão unilateral de contrato coletivo de seguro saúde - Abusividade da cláusula contratual que assim permite, ao fundamento de aumento do percentual de sinistro - Ação improcedente - Recurso provido" (TJ/SP AC 429.124.4/9-00, de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA).

"PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo/empresarial - Natureza de contrato relacional, com pagamento antecipado para prevenir riscos futuros - Incidência da Lei n. 9.656/98, sem prejuízo das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor - Abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê a possibilidade de resilição unilateral do contrato, por parte da operadora de saúde, mediante denúncia imotivada - Abuso do direito de resilir - Afronta aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva - Natureza relacionai das relações

Acesso ao Sumário

obrigacionais compatível com a denúncia somente motivada do contrato, levando em conta os valores em jogo - Ação procedente, para reconhecer a abusividade da cláusula que permite a resilição unilateral imotivada por parte da operadora de saúde, obrigando-a a dar continuidade ao contrato - Verbas sucumbenciais bem fixadas - Recurso não provido" (Apelação Cível nº 504.990.4/6-00, Relator Des. FRANCISCO LOUREIRO, 4ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 13/12/2007).

"Seguro saúde - Coletivo empresarial - Manutenção do contrato - Procedência - Inadmissibilidade do direito à rescisão unilateral imotivada - Entendimento contrário à Lei 9.656/98 e ao Código de Defesa do Consumidor - Recurso provido" (Apelação nº 320.574.4/7-00, Relator Des. JOAQUIM GARCIA, 8ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 12/11/2008).

"Seguro saúde. Contrato coletivo. Denúncia pela seguradora, que manifesta desinteresse pela renovação, invocando cláusula contratual expressa. Descabimento. Art. 13, da Lei n. 9.656/98. Incidência, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Ausência, ademais, de comprovação de fatos graves ou relevantes para impossibilitar a vigência da relação jurídica. Ação declaratória procedente. Sentença confirmada. Apelação da ré não provida" (Apelação n"435.244.4/5-00, Rel. Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN, Data de registro: 02/05/2006).

Assim, dado o seu caráter fundamental de garantir adequado tratamento médico ao usuário não é permissível à seguradora simplesmente interromper o contrato. Um contrato não pode prever a preponderância da vontade de um único contratante, até porque as regras ditadas pela ré contrariam o bem comum e a boa-fé objetiva, colocando o contratante do plano em condição de total fragilidade contratual.

Ademais, não se afirma dever ser o contrato perpétuo. Se há desequilíbrio, o dever de cooperação inerente à boa-fé objetiva recomenda a busca consensual do reequilíbrio. Inviável a revisão consensual, se admite a resilição extrajudicial por denúncia motivada, acompanhada de planilhas demonstrativas da perda do sinalagma.

Portanto, em que pese o entendimento contrário, tem-se que o que não se admite, quer em planos familiares, quer em planos coletivos, é a denúncia unilateral e imotivada, violando a confiança na segurança do porvir, inerente aos contratos relacionais.

O pedido subsidiário fica também indeferido, na medida em que, o caso, incide a Resolução Normativa 254/2011, que determina:

"Art. 13 É garantido ao responsável pelo contrato e, nos planos individuais ou familiares e coletivos por adesão, também a cada beneficiário autonomamente, o direito de migrar para um plano de saúde da mesma

Acesso ao Sumário

operadora, sem que haja nova contagem de carências.

Art. 14 A migração pode ser exercida individualmente ou por todo o grupo familiar vinculado ao contrato, mediante o requerimento de cada beneficiário.

§1º A extinção do vínculo do titular do plano familiar não extingue o contrato, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas cláusulas contratuais, com a assunção das obrigações dele decorrentes.

§ 2º Nos planos coletivos por adesão, a manutenção do vínculo do grupo familiar com o contrato coletivo depende da participação do beneficiário titular no contrato, ressalvada disposição em contrário.

Art. 15 Para o exercício do direito previsto no artigo anterior, é necessário que o plano de destino atenda aos seguintes requisitos:

I - seja do tipo individual ou familiar ou coletivo por adesão;

II - seja compatível com o plano de origem, conforme disposto no Anexo da RN nº 186, de 2009; e

III - sua faixa de preço seja igual ou inferior à faixa de preço em que se enquadra o valor do plano de origem, considerada a data da assinatura da proposta de migração, na forma prevista no Anexo da RN nº 186, de 2009.

§ 1º No caso de o plano de destino ser coletivo por adesão, a migração requer a comprovação de vínculo com a pessoa jurídica contratante, nos termos do artigo 9º da RN nº 195, de 2009.

§ 2º O requisito previsto no inciso II deste artigo deve ser comprovado através da apresentação de relatório emitido pelo aplicativo previsto no artigo 18, da IN DIPRO nº 19, de 2009.

§ 3º. As faixas de preço previstas no inciso III deste artigo são aquelas definidas na IN DIPRO nº 19, de 2009.

Art. 16 Quando solicitado pelo beneficiário, é obrigatório o oferecimento imediato pela operadora da proposta de migração de que trata esta Resolução.

§ 1º Nas propostas de migração devem ser oferecidas as mesmas opções e as mesmas cláusulas contratuais a todo o grupo vinculado a um mesmo plano.

§ 2º Nas hipóteses do artigo anterior, fica dispensada do oferecimento de proposta de migração a operadora que não possuir planos de destino que atendam aos requisitos estabelecidos naquele dispositivo.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o solicitante seja o responsável por plano individual ou familiar, a operadora deve oferecer-lhe proposta de adaptação, prevista no artigo 3º desta Resolução."

Neste sentido, o entendimento desta Câmara e Relatoria:

PLANO DE SAÚDE - ação ordinária de obrigação de fazer c.c. pedido

Acesso ao Sumário

de antecipação de tutela e danos morais - ré, que diante de impossibilidade de manter contrato coletivo e o autor como beneficiário, lhe oferece novo plano que não obedece as regras da RESOLUÇÃO CONSU 19 E RN 254, visto que apresenta tabela de mensalidades com valor superior as do contrato anterior - ré que deve possibilitar a migração do autor a novo plano, porém, com tabela de mensalidades iguais ao contratado rescindido - carga honorária modificada, conforme regras do art. artigo 20, §4º, Código Processo Civil - sentença parcialmente modificada. Recurso parcialmente provido. (TJSP 4000121-13.2013.8.26.0322. Relator(a): Neves Amorim; Comarca: Lins; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/05/2014; Data de registro: 08/05/2014). (g.n.)

Plano de Saúde. Rescisão de contrato coletivo firmado com o sindicato estipulante. Pretensão de manutenção do contrato por beneficiária consumidora. Sentença que entendeu pela manutenção do contrato privado (para pessoa física), sob as mesmas clausulas previstas no contrato coletivo, independentemente do cumprimento de novo prazo de carência. Insurgência da ré em relação ao valor da mensalidade do plano. Ré que entende que em caso de migração para plano individual deve ser aplicado o valor de mercado para este tipo de plano. Impossibilidade nos termos do artigo 15, inciso III da Resolução Normativa nº 254 da ANS. Valor da mensalidade que deve obedecer ao contrato anterior. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP AP Nº 0013430-78.2009.8.26.0624. Comarca: Tatuí. Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado, j: 05/05/2015).

"Apelação. Plano de saúde coletivo empresarial. Ação de obrigação de fazer cumulado com pedido de indenização por danos morais. Pedido de disponibilização de migração para plano de saúde individual/familiar sem qualquer restrição de carências, à vista da notícia da extinção do contrato coletivo de plano de saúde. Sentença de procedência parcial, acolhido o pleito cominatório. Inconformismos mútuos. Provimento do apelo da autora, negado provimento ao da ré. Sentença reformada. 1. Apelo da ré Notre Dame Intermédica não provido. 1.1. Irrelevante a questão da rescisão unilateral do plano de saúde coletivo, se nula ou válida, deve-se, diante da discordância e imprevisibilidade a respeito da continuidade do plano, fixar alternativa para que a autora, beneficiária individual do plano coletivo, permanecesse como usuária, tal qual permitia uma das cláusulas do ajuste coletivo. Como cancelado o contrato coletivo, deve haver a transferência da autora Franciane a plano individual ou familiar, preservadas as mesmas condições de cobertura e vedado o cumprimento de novo período de carência. Inteligência da Resolução 19/1999 do CONSU. Rejeitada alegação recursal de impossibilidade de cumprimento do título judicial, uma vez que a suspensão de comercialização ordenada pela ANS se limita à comercialização voluntária feita pela própria operadora, e não aquela determinada pela autoridade judicial. 2. Apelo adesivo da autora Franciane provido. 2.1. Dano moral configurado. Violação das obrigações contratuais de fornecimento de plano de saúde individual ou familiar, em migração, na eventualidade de cancelamento do plano coletivo.

Acesso ao Sumário

Autora, gestante, teve interrompido acesso ao plano de saúde em situação de premente necessidade, ainda mais ressaltada a existência da cláusula contratual expressa no plano coletivo que permitia a migração. Arbitramento em R$ 10.000,00 (dez mil reais), dadas as peculiaridades do caso e o limite do pedido recursal. Sentença reformada nesse ponto. 3. Recurso de apelação da ré Notre Dame Intermédica não provido; recurso de apelação adesivo da autora Franciane provido." (AP n. 1024031-51.2016.8.26.0602; Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/01/2018; Data de publicação: 06/02/2018)

Portanto, é de se ressaltar não ter a ré dado cumprimento ao que dispõe a Resolução Consu n. 19 e na Resolução Normativa - RN nº 254 de 5 de maio de 2011 (que estabelece normas para migração), não havendo que se falar em aplicação de valores diversos daqueles pagos pela autora.

No que tange ao pedido da autora no sentido de que a manutenção do plano de saúde seja referente ao plano individual originariamente contratado, tem-se que a r. sentença também não merece reforma.

Isso porque, na época da migração do plano individual para coletivo a autora não se insurgiu a respeito. Desta feita, o novo contrato deve ser mantido nos termos daquele que foi rescindido indevidamente, ou seja, de acordo com o contrato do qual a autora era beneficiária quando ocorreu a malsinada rescisão.

Por fim, o dano moral não merece ser reconhecido na espécie.

Ora, na hipótese dos autos ocorreu tão somente o descumprimento contratual, o que não rende ensejo a danos morais.

Efetivamente, é de se ressaltar que o pressuposto para configuração do dano moral, ausente na hipótese dos autos, é o gravame à imagem, à intimidade ou à honra da pessoa (CF., art. 5º, V e X).

No caso *sub judice*, entretanto, o que se tem, em essência, é um conflito de interesses entre os demandantes, tendo por objeto o contrato firmado entre as partes. Ora bem, a liberdade de pactuação, de um lado; e, de outro, a utilização da via judicial para a solução dos conflitos, inserem-se no campo das licitudes formais e procedimentais, garantidas pelo ordenamento jurídico, inclusive pela Constituição Federal.

Presentemente, tem-se a pactuação de contratos entre as partes é direcionado à assistência à saúde e seus consectários, no âmbito de um contrato bilateral sinalagmático. Pois bem, a inserção de cláusulas eventualmente havidas por ilegais, ou até abusivas, e, bem assim, o inadimplemento contratual da ré não traduz violações à honra, à intimidade ou à reputação da autora.

A propósito, cabe mencionar arestos colacionados por Rui Stoco *in* Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., pág. 1366, *verbis*:

"Para que o dano moral seja indenizável é preciso que haja repercussão, não bastando um simples descontentamento no âmbito subjetivo da pessoa" (TJSP, 6ª C. Dir. Privado, Ap. 80.545-4, Rel.: Des. Ernani de Paiva, JTJ-LEX 221/95).

"Sem dúvida alguma, a Constituição Federal vigente agasalhou de maneira mais ampla possível a indenização por dano moral. Porém, ele não é devido incondicionalmente, devendo ser examinado caso a caso, para que ações como estas não criem a 'indústria do dano moral'" (1º TACSP, 7ª C, Ap. 762.989-6, Rel.: Álvares Lobo, RT 766/260).

De todo modo, havendo a autora se socorrido da via judicial para proteção e garantia de seus direitos, deixou mesmo de haver repercussão moral a seu desfavor, em decorrência do sustentado descumprimento contratual, não restando configurado o pressuposto da reparabilidade do dano moral que é a ofensa à imagem, intimidade ou honra, subjetiva ou objetiva, da pessoa.

E, como referido, descumprimento de contrato, por si mesmo, não tem um tal alcance de *eventus damni*.

Diante do resultado do recurso, a sucumbência fica considerada reciproca. Arbitra-se a verba honorária do patrono das partes no montante de R$2.500,00, observada eventual gratuidade processual.

Do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso da ré e nega-se provimento ao recurso da autora.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 22120/2018)

DIVIRJO, sempre respeitosamente, da solução localizada pelo E. Relator; pesar de sua valiosa posição, nosso Magnífico SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem posicionamento contrário ao exarado no R. Voto.

Notar que se cuidara de plano coletivo, e não de contratação individual, em que o "civis" venha a merecer a proteção legal; de sorte que não houve violação ao Art.13 da Lei dos Planos de Saúde - ver que este dispositivo protege apenas contrato de saúde individual; a cláusula resolutória expressa não é inóspita a nosso Direito, e conta com inequívoco amparo legal no Código Civil - inúmeros precedentes nesse sentido estão registrados.

Nunca se olvidar de que não existe contrato perpétuo no Direito brasileiro, nos moldes pretendidos pela recorrente; e a liberdade de se desvincular é a mesma da Liberdade de Contratar; e aqui, como visto, inexiste violação ao Princípio da Liberdade de Contratar, e este há que ser respeitado.

Notar que o Contrato mantido entre as empresas - figurando a parte autora como mera aderente sujeita à rescisão - pode perfeitamente ser extinto e de forma

Acesso ao Sumário

unilateral, por força de CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA - coisa de absoluta legalidade no Direito Brasileiro. Previsão expressa no Código Civil.

Ou seja: a pretensão é de criar CONTRATO PERPÉTUO entre os litigantes - e isso, ROGATA VENIA, não é interpretação contratual, e muito menos função do Poder Judiciário. Assim, não havia como impedir extinção do liame contratual entre as partes. NÃO HÁ PALAVRAS INÚTEIS NA LEI - além do que o Código Civil, Lei de mór abrangência que o Código de Defesa do Consumidor, há por escorreita a cláusula resolutória expressa, sobre deter legalidade; ver a respeito jurisprudência do Magnífico SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - "VERBIS", que não localiza violação alguma ao C.D.C. para a aplicação do dispositivo contratual:

"A Lei 9.656/98 não impede a ruptura dos chamados contratos coletivos de assistência médica" (Agr. Reg. no Rec. Espec. nº 1315587 - Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO).

Ver outro precedente, agora da Ministra NANCY ANDRIGHI:

SEGURO SAÚDE - PLANO DE SAÚDE COLETIVO ESTIPULADO - RESILIÇÃO DO CONTRATO - Não há como obrigar as operadoras a manter válidas, para um único segurado, as condições e cláusulas previstas em Contrato Coletivo de Assistência à Saúde, já extinto (Rec. Espec. 2009/0111582-6).

No mesmo sentido o Ministro MASSAMI UYEDA, quando no Rec. Espec.889406-RJ e ali verteu:

"A vedação só se aplica aos Planos individuais ou familiares. NÃO HÁ VIOLAÇÃO AO C.D.C. NESSA RESILIÇÃO".

Alfim, a INTERPRETAÇÃO CONTRA-LEGEM, se não pode admitir. Se havia cláusula resolutória expressa no primitivo ajuste, e em operando esta, nem alegado vício da vontade, e é PACTO ENTRE EMPRESAS, não havia como o Judiciário imiscuir-se com a artificial mantença do ajuste.

Nem ocorre violação alguma ao C.D.C., e muito menos à Carta Magna.

Por minha tenção, deferia, pois, provimento ao apelo, reformada a decisão, e invertida a sucumbência.

L. B. GIFFONI FERREIRA, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026557-35.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante/apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado/apelante VICTOR RAMPIM BRACCINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.724)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2018.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de restituição de débito - Relação de consumo configurada entre as partes - Recurso de apelo da requerida - Legitimidade passiva da construtora para restituir os valores relativos ao contrato - Afastamento da alegação da requerida de que não é parte legítima para responder pela cobrança de taxa impugnada pela parte autora - Taxa de evolução da obra - Possibilidade - Não verificado o atraso na entrega da obra, não se vislumbra a impossibilidade de cobrança de taxa de evolução de obra - Entrega das chaves em momento anterior que não permite que se conclua pela impossibilidade de cobrança da taxa - Recurso adesivo do autor - Reconhecimento da possibilidade de concessão da assistência judiciária gratuita para o ato - Inteligência do artigo 98, §5º do Código de Processo Civil - Sentença de improcedência - Reforma - Recurso de apelo provido em parte e Recurso adesivo provido em parte. Dá-se parcial provimento ao recurso de apelo e Dá-se parcial provimento ao recurso adesivo do autor.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 710/711 acrescento ter a sentença apelada julgado procedente o pedido, para condenar a requerida ao pagamento de R$ 941,79 em favor do autor, corrigido pela tabela prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde o ajuizamento da demanda e juros de mora de 1% ao mês, desde a data dos pagamentos, nos termos da Súmula 54 do E. Superior Tribunal de Justiça. Ao final, consignou que a vencida pagará as custas do processo, com correção monetária desde o efetivo desembolso e verba honorária arbitrada em

Acesso ao Sumário

10% sobre o valor da causa atualizado.

A requerida apresenta recurso de apelo (fls. 715/726) sustentando que a r. sentença apelada comporta reforma. Alega, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da demanda que versa sobre a restituição das quantias pagas a título de taxa de evolução da obra. Defende que os valores exigidos a este título não têm a MRV como beneficiária, mas sim a instituição bancária que financia a obra. Alega que os valores são exigidos da construtora, que repassa os valores aos consumidores posteriormente, sustentando que não se vislumbra a existência de qualquer ilegalidade decorrente desse ajuste e da transferência dos valores. Argumenta que ainda que o comprador já esteja imitido na posse não se verifica a impossibilidade de cobrança dos valores exigidos a título de taxa de evolução de obra (juros de obra), sustentando que não há qualquer ilegalidade na cobrança após a entrega das chaves. Defende que o Banco debitou os valores exigidos a este título da conta da MRV e defende que é possível o reembolso das taxas referidas, ressaltando que a construtora é a fiadora do imóvel. Defende que a arrecadação é feita por meio da instituição financeira e não pela construtora demandada e afirma que não há abusividade na cobrança de juros compensatórios sobre os valores de prestação anteriores a entrega das chaves, os chamados juros no pé. Afirma que a taxa de evolução da obra tem como finalidade garantir recursos para a finalização da construção. Sustenta que deve ser reconhecida a validade da cobrança dos valores exigidos a título de juros de obra e alega que deve ser reconhecida a improcedência dos pedidos formulados pela parte autora. Argumenta que as cláusulas contratuais previstas no ajuste são claras e devem ser mantidas, com a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* ao caso concreto. Defende que não restou configurada qualquer ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, bem como afirma que devem ser observados o equilíbrio e a harmonia do contrato. Acrescenta que deve ser reconhecida a impossibilidade de restituição das quantias mencionadas, destacando que não o ressarcimento do suposto pagamento não encontra guarida no ordenamento jurídico. Aduz que, caso seja reconhecida a procedência do pedido, não de mostra possível a incidência de juros a partir do desembolso, ressaltando que os valores deveriam ser restituídos a contar da citação.

Acesso ao Sumário

O recurso foi processado nos termos do Novo Código de Processo Civil (fls. 729).

Contrarrazões a fls. 731/743.

O patrono do autor apresenta recurso adesivo a fls. 744/753 pugnando pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e defendendo a necessidade de majoração da verba honorária. Sustenta que não possui condições de arcar com o pagamento do preparo do recurso de apelo, ressaltando que não possui emprego com carteira assinada e que ainda é dependente de seu genitor, não possuindo condições de arcar com o pagamento do preparo

recursal sem prejuízo do próprio sustento. Argumenta que o valor arbitrado a título de honorários advocatícios deve ser majorado por equidade, consignando que a verba tem caráter alimentar e que a r. sentença apelada fixou a verba em R$ 94,17, valor ínfimo e que não se mostra capaz de remunerar o trabalho do patrono.

O recurso foi processado nos termos do Novo Código de Processo Civil (fls. 765).

Contrarrazões a fls. 767/776, em que o requerido sustenta a impossibilidade de conhecimento do recurso de apelo. Sustenta que o autor pugna pela majoração dos honorários advocatícios arbitrados e destaca e pugna pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Alega que o pedido de concessão da gratuidade não poderia ser formulado na hipótese, considerando que, como o recurso versa somente sobre a majoração de honorários advocatícios, está sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado comprovar que faz jus à gratuidade, nos termos do artigo 99, §5º do Código de Processo Civil.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Verifica-se que o § 3º, do Artigo 99 do Novo Código de Processo Civil, dispõe que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoal natural, enquanto o § 2º da norma em comento, estabelece que o pedido poderá ser indeferido ante a presença de elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais a concessão da benesse. Em que pesem as alegações do causídico, não houve a apresentação de documentos que demonstrassem de forma satisfatória a alegada condição de penúria financeira que impede o pagamento das custas processuais sem o prejuízo de seu sustento, cumprindo ressaltar que os extratos da conta do apelante e as declarações que demonstram que declara seu imposto de renda como sendo dependente de seu genitor não permitem que se conclua, de forma absoluta, sobre a impossibilidade de arcar com o pagamento dos valores. Desse modo, não há que se falar na concessão dos benefícios da justiça gratuita, eis que não demonstrada a alegada hipossuficiência.

Importante ressaltar que o Novo Código de Processo Civil, em seu Artigo 98, § 5º, trouxe inovação ao regime da gratuidade judiciária, permitindo assim que a concessão da benesse seja restrita a determinado ato processual ou consista na redução de percentual de despesa processual. Segundo Rafael Alexandria de Oliveira "*A possibilidade de modulação é algo positivo para todo mundo. A análise do requerimento do benefício deixa de ser feita com base no tudo ou nada, oito ou oitenta. Com isso, muitos pedidos que outrora eram feitos e rejeitados, sob o fundamento de que o requerente não era tão pobre assim, poderão agora ser reavaliados. A modulação ganha importância exatamente*

Acesso ao Sumário

aí: nas situações limítrofes, em que o requerente não é tão evidentemente pobre, mas tampouco é notoriamente abastado" (Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 367). Portanto, a fim de não inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário e, considerando que o apelante afirma não ter condições de arcar com o pagamento do preparo nesse momento, concedo a gratuidade ao apelante apenas para o presente ato, nos termos do artigo supramencionado.

Cumpre destacar que a preliminar de não conhecimento do recurso adesivo suscitada pela requerida não comporta acolhimento na hipótese, uma vez que o patrono do autor requereu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita em seu favor, afirmando que não possui condições de arcar com o pagamento do preparo sem prejuízo de seu próprio sustento. Nesse sentido, tendo havido a concessão do benefício somente para o presente ato, deve ser afastada a preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pela parte autora.

Inequívoca a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, tendo em vista que a relação jurídica "sub judice" enquadra-se como relação de consumo, nos termos dos artigos 1º e 2º daquele Diploma legal.

A parte autora, na condição de compromissária compradora de bem imóvel, é vulnerável na relação contratual estabelecida com a parte ré, a qual, por outro lado, é grande empreendedora da área imobiliária, que atua objetivando lucro, sendo assim, fornecedora sujeita às normas consumeristas.

Inegável, ademais, que o contrato celebrado é de adesão, uma vez que a maioria de suas cláusulas foi estipulada pela fornecedora, de modo unilateral, sem que o consumidor pudesse discutir ou alterar substancialmente seu conteúdo, nos termos do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta o autor que a requerida enviou ao requerente a cobrança de valores correspondentes à taxa de evolução da obra. Defende que foram repassados ao consumidor os custos da obra de responsabilidade da ré, afirmando que a cobrança de estendeu até mesmo pelo período posterior à entrega das chaves ao consumidor, sustentando a ilegalidade e a abusividade da cobrança.

Acesso ao Sumário

A requerida sustenta que deve ser reconhecida a sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da demanda. Não obstante, não se vislumbra a ilegitimidade suscitada, cumprindo ressaltar que a parte autora apresenta extrato que demonstra a cobrança dos valores dos requerentes. Nesse sentido, tendo havido cobrança dos valores dos autores pela requerida, não se vislumbra a ilegitimidade passiva suscitada.

Em que pesem as alegações da parte autora, não restou demonstrada cobrança ilícita por parte da requerida, de modo que os encargos são realmente devidos pelo consumidor.

A cobrança da taxa de evolução de obra ao consumidor, em tese, é válida, e é praxe nos contratos de financiamento para aquisição de imóveis em construção. Conforme bem explicitado em precedentes deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da validade da cobrança referida taxa, colacionam-se trechos dos seguintes julgados:

> "*Por outro lado, não se identifica óbice para que os juros da obra pudessem preponderar, pois foram contratados livremente e estão vinculados ao agente financeiro, no caso a Caixa Econômica Federal, logo, nada há que configure irregularidade abrangendo o mencionado tópico. Relevante destacar que se trata de vinculação com o financiamento da construção e com posterior repasse de cada unidade comercializada, ocasião em que a Caixa Econômica Federal, financiadora da obra, torna-se credora do adquirente do imóvel, permanecendo a garantia hipotecária correspondente, o que é de notória praxe no âmbito dos financiamentos imobiliários.*" **(TJSP, apel. n. 1010346-13.2014.8.26.0451, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 25.6.2015)**
>
> "(...) *em ajustes dessa natureza o contrato é assinado enquanto o empreendimento está em construção e para viabilização do negócio, sendo liberados os recursos de acordo com a fase da obra, restando ajustado o pagamento de encargos mensais, pelo devedor, mensalmente, na fase de construção, mediante débito em conta.*"
>
> (...) "*Com base no Código do Consumidor, o que não se deve permitir, e que é bem diferente, é apenas a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas; não a previsão expressa, como no caso concreto, de valores a serem pagos no curso da obra, e que eram, desde o início, de conhecimento e concordância das partes contratantes. Se o demandante não leu referida cláusula quando subscreveu o instrumento, certamente tal omissão só a ele pode ser imputada.*
>
> *Não bastasse isso e, como bem observou a magistrada, a maciça jurisprudência quanto ao tema vem se inclinando no sentido de que a cobrança da dita 'taxa de evolução da obra' só poderia ser considerada abusiva quando cobrada após o prazo previsto para a construção da obra, o que, no caso, não ocorreu.*". **(TJSP, apel. n. 1003319-86.2014.8.26.0286, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 26.6.2015)**

A cobrança da taxa de evolução de obra apenas pode ser considerada abusiva caso se verifique mora por parte da requerida na conclusão do empreendimento objeto do contrato, o que não restou verificado no caso concreto, uma vez que houve a conclusão e entrega do bem ocorreram antes mesmo do decurso do prazo previsto em contrato para a entrega do bem imóvel.

Cumpre consignar que, no caso concreto, a data inicialmente prevista para entrega da obra foi o dia 31/12/2016 (fls.14), prazo prorrogável por seis meses. Verifica-se, contudo, que houve a entrega da obra antes mesmo da conclusão do prazo incialmente previsto, tendo havido a imissão do autor na posse do imóvel

Acesso ao Sumário

em 26/08/2016 (fls.27). Nessa esteira, o fato das parcelas referentes à taxa de evolução na obra ter vencimento em momento posterior à data de entrega da obra não se mostra suficiente para o reconhecimento de que restou demonstrada a sua abusividade, considerando que a ré não se encontrava em mora na data em que houve a entrega do bem e a expedição do "habite-se".

Com efeito, no caso dos autos havia previsão de entrega do imóvel em dezembro de 2016, com prazo de tolerância de 180 dias, o que permitia que o bem fosse entregue ao consumidor em junho de 2017 sem que fosse verificada a mora da ré. Assim, tendo havido entrega das chaves em agosto de 2016 e expedição do "habite-se" em dezembro do mesmo ano, não se vislumbra a impossibilidade de cobrança dos valores mencionados.

Ressalta-se, nesse sentido, que ainda que os valores tenham sido exigidos dos consumidores depois da data de entrega da obra, foram exigidos antes da data de expedição do "Habite-se" não sendo possível o reconhecimento de sua abusividade ou a dissociação entre os custos da obra e a cobrança efetuada, não se vislumbrando a abusividade suscitada.

Portanto, não há elementos para declarar a nulidade da cláusula que ensejou a cobrança e tampouco razões para considerar abusivo o repasse dos valores exigidos a título de taxa de evolução de obra ao consumidor, motivo pelo qual a r. sentença apelada comporta reforma, devendo ser reconhecida a validade da cobrança.

Em razão do reconhecimento da validade da cobrança e da inexistência de motivos que justifiquem o reconhecimento da abusividade na exigência de taxa de evolução de obra, com o consequente reconhecimento da improcedência do pedido, fica prejudicado o pedido formulado pelo patrono da parte autora, em sede de recurso adesivo, de majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios. Nessa esteira, o recurso adesivo deve ser provido em parte somente para que seja reconhecida a possibilidade de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita em favor do patrono do autor somente para o ato, nos termos do artigo 98, §5º do Código de Processo Civil.

Com efeito, em razão do reconhecimento da sucumbência da parte autora, deve o requerente arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios da parte ré, que ficam arbitrados em R$ 800,00, nos termos do artigo 85, §8º do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se parcial provimento ao recurso de apelo da requerida, para afastar a condenação da ré à restituição dos valores mencionados e Dá-se parcial provimento ao recurso adesivo do autor, somente para conceder a assistência judiciária gratuita ao requerente para o ato, nos termos do artigo 98, §5º do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003724-69.2017.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA., é apelado TREVISO COMÉRCIO VAREJISTA DE UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA. – EPP (BARRACÃO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.579)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2018.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - Danos morais - Programa humorístico de televisão que induziu os consumidores a adentrarem no estabelecimento da autora em razão de falsa promoção indicada pelos apresentadores do programa - Fato que causou tumultos, transtornos e maculou a imagem da autora - Violação à honra objetiva - Abuso do direito de liberdade de expressão - Dano moral configurado - Indenização devida - *Quantum* fixado em R$ 7.000,00 (sete mil reais), que atende aos limites da justa reparação, não comportando redução - Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal - Verba honorária majorada, em atendimento ao artigo 85, parágrafo 11º do CPC - RECURSO NÃO PROVIDO, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 114/117, de relatório adotado, que, em ação de indenização por danos morais, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a parte ré a pagar à autora reparação moral equivalente a R$ 7.000,00 (sete mil reais), corrigidos desde a data da sentença e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso.

Acesso ao Sumário

Apela a parte ré alegando, em síntese, que sua conduta não teve o condão de ofender a autora, que não veiculou o seu nome, e que utilizou-se do direito constitucional de liberdade e manifestação do pensamento; alternativamente, que o valor arbitrado é excessivo, pleiteando a sua redução (fls. 122/137). Contrarrazões (fls. 148/174).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação indenizatória por danos morais em razão de faltas ofertas apregoadas pelos atores do programa humorístico em frente do estabelecimento da autora, o que causou tumultos, decepção e revolta entre os clientes que acreditaram na promoção, desgastando a imagem da autora e causando desconforto aos demais clientes e atribulação aos funcionários da loja.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, configurada a violação à honra objetiva da autora ao lhe causar transtornos com as ofertas inexistentes oferecidas a potenciais clientes, passando-se a ré por representante da autora sem a sua autorização, arbitrada a indenização a título de reparação moral em R$ 7.000,00 (sete mil reais), com sucumbência recíproca, fixada a verba honorária em prol dos patronos da ré em R$ 1.000,00 e em R$ 2.500,00 em prol dos patronos da autora.

Daí o apelo da ré.

Em primeiro, cumpre afastar a preliminar arguida em sede de contrarrazões, em que a parte apelada alega ofensa ao artigo 1.010 do atual Código de Processo Civil, ante a suposta falta de ataque aos fundamentos da sentença.

Cabe destacar que "*No tocante aos recursos, vige o princípio da dialeticidade, segundo o qual 'o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão' assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão.*" (Nelson Nery Júnior, "Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos", 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149).

Acesso ao Sumário

Não há óbice ao conhecimento do recurso do réu, pois insurgiu-se contra a r. sentença, impugnando-a nos tópicos que pretende ver reformada.

No caso, restou atingida a finalidade do recurso, com a demonstração dos motivos da irresignação do apelante.

Destarte, porque o demandante combateu as razões de decidir do pronunciamento judicial que pretende ver reformado, o conhecimento do recurso é medida de rigor.

No mérito, nos autos em questão, há de se reconhecer que a ré, sem a autorização da autora, se passando por representante seu, através de atores do programa televisivo "Pânico na Band", induziu os clientes a adentrarem no

estabelecimento com ofertas e promoções inexistentes, causando tumulto e transtornos a todos os demais que se encontravam no interior da loja, seja os demais consumidores que lá já estavam, seja para os funcionários da autora.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, garante o direito à honra e à imagem.

Acrescente-se que a todo direito corresponde uma responsabilidade. E nenhum direito se apresenta absoluto sendo, portanto, ponderados diante do conjunto de direitos que com determinado direito estejam interagindo. Qualificamos isso com sistema de freios e contrapesos que busca o equilíbrio do próprio direito.

O tom jocoso do programa televisivo veiculado ultrapassou os limites da liberdade de expressão, pois causou transtornos, tumultos e indignação tanto por parte da autora como da parte dos consumidores.

Evidenciado, portanto, o nexo causalidade, pois o dano sofrido pela autora decorre diretamente do ato ilícito perpetrado pelo réu que expôs de forma vexatória a imagem da empresa perante os seus clientes.

Ademais, a pessoa jurídica também pode sofrer abalo moral por lesão à sua honra objetiva, é dizer, à sua reputação no meio em que atua.

O dano moral em si prescinde de comprovação. Trata-se do dano moral puro, *in re ipsa*, pois há violação à imagem da autora através dos fatos proporcionados pelo réu.

Assim, conforme disposto pelo artigo 252, do Regimento Interno desta Corte, com a nova redação desde março de 2017, "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*".

No caso em análise, a r. decisão constante de fls. 114/117 analisou, de forma detalhada e objetiva, todos os pontos controvertidos do conflito instaurado bem como as provas apresentadas e produzidas, chegando à bem fundamentada conclusão de parcial procedência da ação.

Com bem apontado pelo i. juiz de primeiro grau, "*É incontroverso que, no dia 25/11/2016, em gravação do programa televisivo humorístico Pânico na Band, produzido e transmitido pela requerida, atores compareceram a estabelecimento da requerente sem autorização e, munidos de microfones e amplificadores, passaram a anunciar promoções em nome dela, consistentes na concessão de elevados descontos e em beneficiar os consumidores com uma cesta premiada, que lhes facultaria adquirir gratuitamente todos os produtos que pudessem ser colocados no recipiente no intervalo de dois minutos. O exame das mídias depositadas em cartório (fls. 30) revela que, diversamente*

Acesso ao Sumário

do alegado em contestação (e como é de se supor), a gravação do programa trouxe considerável aborrecimento aos consumidores envolvidos no quadro, consubstanciado na frustração e no vexame experimentados ao descobrirem a inexistência das promoções anunciadas pelos autores do programa humorístico. A gravação indica, ainda, que, contrariamente ao que costuma ocorrer nesse gênero de atração (câmera escondida), após a realização do trote, os atores não se identificavam, nem explicitavam o ocorrido aos participantes, de modo a prevenir o abalo da honra objetiva dos estabelecimentos comerciais perante os consumidores. Natureza da conduta da ré. É inconsistente a alegação de que o programa seria dotado de viés informativo. A fala de introdução ao quadro ('Mais um ano, mais uma Black Friday. Sabe aquela época do ano em que os precinhos 'teoricamente' abaixam?') e a advertência veiculada ao fim da gravação ('Fiquem espertos com esses caras que fazem desconto por aí, de repente você pode estar sendo enganado') não condizem com o conteúdo apresentado, revelador de mera 'pegadinha' ou trote. De sorte que não se está diante do exercício do direito de informação ou de imprensa. A peça televisiva em questão consubstancia, isto sim, exercício da liberdade de expressão ou de criação artística, com fins comerciais. No exercício de tais direitos (de expressão e criação artística) não era lícito ao réu, todavia, submeter a imagem da autora, nem tampouco causar-lhe os transtornos descritos, passando-se por representante dela, contra a sua vontade, para formular ofertas inexistentes a potenciais clientes. (...) Na espécie, como já enfatizado, a conduta da ré submeteu, perante os clientes, a reputação da autora, além de ter ilicitamente perturbado o desempenho da sua atividade empresarial, pelos transtornos provocados pelo trote promovido pela ré." (fls. 115/116).

Resta a análise da questão correspondente ao valor da indenização, cuja redução pretende a parte ré.

Sabe-se que a indenização deve ser fixada tendo em vista o grau de culpa e a situação financeira das partes.

O Direito não estabelece um critério único e objetivo para a fixação do "*quantum*" do dano moral. Cabe, assim, ao prudente arbítrio do Juiz a fixação do respectivo valor, o qual, a toda evidência, deve ser moderado e, normalmente, leva em consideração a posição social da ofensora e do ofendido, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.

Acesso ao Sumário

O valor arbitrado a título de dano moral, portanto, deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e de seu efeito lesivo, bem como com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, em tal medida que, por um lado, não signifique enriquecimento do ofendido e, por outro, produza no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de nova prática ilícita.

Ao que se observa, no caso dos autos, tem-se que a indenização fixada em R$ 7.000,00 (sete mil reais) atende aos limites da justa reparação, não comportando redução.

Assim, a r. sentença, detalhada e precisa na análise da prova, merece integral ratificação a teor, inclusive, do disposto pelo artigo 252, do Regimento Interno desta Corte.

Por fim, a verba honorária comporta majoração em prol dos patronos da parte apelada para R$ 3.000,00 (três mil reais), que se adequa ao grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para o seu serviço, observado o disposto no parágrafo 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, levando-se em conta, ainda, o trabalho adicional realizado em grau recursal, a teor do disposto no parágrafo 11º do citado dispositivo legal.

Assim, cumpre a integral manutenção da r. sentença, inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos, observada a majoração da verba honorária em prol da parte recorrida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029635-50.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado BRUNO FERNANDES DEFEU (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante GAFISA S/A.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27831)**

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

São Paulo, 10 de julho de 2018.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL NA PLANTA. Ação de rescisão contratual c.c. repetição de indébito. Sentença de procedência parcial. Inconformismo de ambas as

Acesso ao Sumário

partes. LEGITIMIDADE PASSIVA. Configurada a legitimidade passiva da ré para responder pelos valores pagos pelo autor a título de taxa "SATI", uma vez que o pagamento de tais valores integra o contrato celebrado entre as partes. Precedentes do STJ. RESCISÃO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. Rescisão do compromisso de compra e venda que se deu por desistência do autor, que alega impossibilidade de dar continuidade ao negócio. Condenação da ré à devolução de 80% dos valores pagos, admitida a retenção de 20%. Pretensão da ré de retenção de valores na forma da cláusula penal contratualmente estabelecida. Descabimento. Previsão contratual que determina a retenção 10% do valor total do negócio, além de descontos adicionais, que acarretaria em perda total dos valores pagos, em desconformidade com o art. 51, VI do Código de Defesa do Consumidor. Pretensão subsidiária da ré de fixação da retenção em 30%, e do autor, de 10% sobre os valores pagos que igualmente não se acolhe. Retenção que deve ser limitada a 20% sobre os valores pagos. Precedentes desta Câmara em casos semelhantes. VERBAS DE ASSESSORIA IMOBILIÁRIA. Valores pagos a título de taxa 'SATI' que são indevidos, e representam cobrança abusiva. Entendimento firmado pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos. Valores pagos a título de comissão de corretagem, por sua vez, que são efetivamente devidos, uma vez que previstos de forma clara em contratos autônomos firmados pelo autor, estando devidamente observado o dever de informação. Sentença confirmada. Sucumbência recíproca. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

BRUNO FERNANDES DEFEU ajuizou "*ação de rescisão contratual c.c. repetição de pagamento indevido*" em face de **GAFISA S/A**, alegando, em síntese, que celebrou compromisso de compra e venda com a ré, tendo por objeto a aquisição do imóvel descrito na inicial. Contudo, em virtude de problemas financeiros, viu-se impossibilitado de levar o negócio adiante. Alega abusividade da cláusula penal estabelecida para hipótese de rescisão motivada

pelo adquirente, que prevê a possibilidade de retenção de 10% sobre o valor do negócio, e postula a devolução de 90% dos valores pagos. Afirma, ainda, que foi obrigado ao pagamento de despesas a título de comissão de corretagem e taxa "SATI" que seriam indevidas, requerendo sua devolução em dobro.

A r. sentença de fls. 154/160, proferida em 24 de abril de 2017, julgou **parcialmente procedente** a ação, para: **a)** declarar rescindido o compromisso de compra e venda celebrado entre as partes; **b)** condenar a ré à devolução de 80% dos valores pagos pelo autor a título de parcelas do preço do imóvel, acrescidos de correção monetária desde cada desembolso, bem como juros de mora, computados a partir da citação; e **c)** condenar a ré à restituição de valores pagos pelo autor a título de taxa "SATI", de forma simples, acrescidos de correção monetária a partir do desembolso, bem como juro de mora computados a partir da citação.

Em virtude da sucumbência recíproca, cada uma das partes foi condenada ao pagamento de metade das custas e despesas processuais. A ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios do representante do autor, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação. O autor, por sua vez, foi condenado ao pagamento de honorários do representante da ré, fixados em 10% sobre o valor da causa, ressalvado ser beneficiário da Justiça Gratuita.

Ambas as partes opuseram **embargos de declaração** (fls. 162/164 e 166/169). Os embargos opostos pela ré foram acolhidos para esclarecer que a unidade objeto do contrato seria liberada para outra negociação após o cumprimento da sentença (fls. 165). Os embargos opostos pelo autor foram rejeitados (fls. 170).

Dois os recursos.

Apela o **AUTOR**, insistindo na devolução de 90% dos valores pagos a título de parcelas do preço do imóvel, bem como na devolução integral dos valores pagos a título de comissão de corretagem (fls. 173/182).

A **RÉ** também apela, alegando, em síntese:

(i) que seria parte ilegítima para responder pelos valores pagos pelo autor a título de taxa "SATI", uma vez que estes foram pagos a terceiros; **(ii)** que a rescisão contratual se deu por culpa do adquirente, de modo que este deveria suportar as penalidades previamente estabelecidas, com a retenção de 10% sobre o valor total do negócio, ou subsidiariamente que o valor fixado a título de retenção deveria ser majorado para, no mínimo, 30%, como forma de compensar as perdas provenientes da rescisão contratual; **(iii)** que não poderia ser obrigada à devolução dos valores pagos a título de taxa "SATI", uma vez que os serviços foram efetivamente prestados, em benefício do adquirente (fls. 181/207).

O recurso da ré foi preparado (fls. 198/199) e o autor é beneficiário da Justiça Gratuita (fls. 100). Os recursos foram contrariados (fls. 356/366 e

Acesso ao Sumário

374/385) e os autos foram remetidos a este Tribunal.

As partes foram intimadas da possibilidade de realização de Julgamento Virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 deste Tribunal, **e não manifestaram oposição** (fls. 395).

Observa-se, por fim, que a ré interpôs apelo em duplicidade (fls. 184/197 e 258/271), tratando-se de peças idênticas. O recurso interposto a fls. 258/271 não é conhecido, em virtude da preclusão satisfativa.

É O RELATÓRIO.

Os recursos são desprovidos.

1. Da legitimidade passiva.

A ré afirma, em seu recurso, que seria parte ilegítima para responder pelos valores pagos pelo autor a título taxa "SATI", uma vez que estes teriam sido pagos diretamente a terceiros, responsáveis pela prestação dos serviços de assessoria.

Contudo, a decisão recorrida não comporta reforma neste ponto. O pagamento dos valores mencionados pelo comprador integra o contrato de venda e compra firmado entre as partes. Desta forma, não há que se falar em ilegitimidade passiva da promitente vendedora, uma vez que esta tem responsabilidade por todos os pagamentos efetuados.

Neste sentido é o entendimento adotado pelo Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, em sede de Recurso Especial repetitivo, nos seguintes termos:

> "*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE. TEORIA DA ASSERÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCIORPORADORA. VALIDADE DA CLÁUSULA. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). COBRANÇA. DESCABIMENTO. ABUSIVIDADE.*
>
> ***1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:***
>
> ***1.1. Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.***
>
> ***2. CASO CONCRETO:***
>
> ***2.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade.***
>
> *2.2. 'Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-*

Acesso ao Sumário

comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem' (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.3. 'Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel' (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem e procedência do pedido de restituição da SATI.

3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE. (REsp nº 1.551.951-SP, Segunda Seção, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, data do julgamento: 24/08/2016, DJe de 06/09/2016, destaque não original)".

Portanto, está configurada a legitimidade da ré para responder pelos valores pagos pelo autor a título de taxa "SATI", ainda que tais valores tenham sido pagos a terceiros.

2. Da rescisão contratual e devolução dos valores pagos.

Conforme se vê da inicial, as partes celebraram compromisso de compra e venda tendo por objeto a aquisição do imóvel lá descrito, em 27 de setembro de 2014 (fls. 22/58). O autor afirma que, deixou de reunir condições financeiras para levar o negócio adiante, optando por rescindir o contrato. Alega abusividade da cláusula 5.4 (fls. 41/42) do contrato, no ponto em que estabelece a retenção de valores pagos, na hipótese de rescisão por culpa do adquirente, à razão de 10% sobre o valor total do negócio, mais a retenção de 40% dos valores pagos.

A **sentença** recorrida acolheu em parte a pretensão do autor, condenando a ré à devolução de 80% dos valores pagos.

A ré afirma, em seu recurso, que a cláusula contratual mencionada seria válida, sendo de rigor a retenção dos percentuais lá estabelecidos. O autor, por sua vez, postula a devolução de 90% dos valores pagos, sendo admitida a retenção de tão somente 10% deste montante.

Contudo, a decisão recorrida não comporta qualquer reforma.

Com efeito, a cláusula 5.4 (fls. 41/42) do compromisso de compra e venda prevê a possibilidade de retenção de 10% sobre o valor total do negócio, a título de multa compensatória, mais 40% sobre os valores pagos, a título de custos administrativos, tributos e outras despesas. Como bem entendeu o Magistrado sentenciante, trata-se de previsão flagrantemente abusiva, uma vez que implicaria, no caso em tela, em perda de todos os valores pagos pelo adquirente, colocando-o em posição de excessiva desvantagem, em desconformidade com

Acesso ao Sumário

o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, precedente desta Câmara em caso semelhante:

"*APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. Ação de rescisão contratual c.c. devolução de quantias pagas com pedido liminar. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. SENTENÇA EXTRA PETITA. Inocorrência. Constatado erro material no relatório da decisão recorrida, que, contudo, não implica em sua nulidade. Pretensão dos autores que foi efetivamente apreciada e afastada pela decisão. RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA DE IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE. Previsão contratual que impede os adquirentes de desistirem do negócio, antes de seu aperfeiçoamento, coloca os adquirentes em posição de excessiva desvantagem e promove o inadimplemento contratual. Reconhecida incompatibilidade com as previsões do art. 51, I e IV do CDC. Precedentes. Previsão contratual afastada. Rescisão contratual reconhecida.* ***DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. Inaplicabilidade da cláusula que prevê a retenção de valores no caso de rescisão por inadimplemento. Previsão de retenção de percentual sobre valor total do negócio, que da mesma forma, é contrária ao art. 51, IV do CDC. Aplicação da Súmula nº 01 deste Tribunal. Admitida a retenção de 20% dos valores pagos pelos adquirentes, a título de compensação, bem como eventuais despesas propter rem em aberto, referentes ao período em que os autores permaneceram na posse do imóvel****. Sentença reformada. Sucumbência maior da ré, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do representante dos autores, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(v.23691)* (Apelação nº 1035919-32.2015.8.26.0576, Relator Desembargador **VIVIANI NICOLAU**, com a participação dos Des. **CARLOS ALBERTO DE SALLES** e **DONEGÁ MORANDINI**, data do julgamento: 06/09/2016, destaque não original)".

Portanto, a sentença recorrida não comporta reforma no ponto em que reconheceu a abusividade da cláusula 5.4 do compromisso de compra e venda celebrado entre as partes.

Da mesma forma, a decisão não comporta reforma no que diz respeito aos pedidos do autor, de majoração, ou da ré, de redução do percentual a ser devolvido.

Com efeito, o STJ possui entendimento pacífico no sentido de que em caso de rescisão motivada pelos próprios adquirentes, é admitida retenção, pela vendedora, de percentual entre **10%** e **25%** dos valores pagos, conforme as circunstâncias de cada caso.

Neste sentido:

Acesso ao Sumário

"*DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.*

2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.

3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão.

4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensarem parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador.

5. Recurso especial a que se nega provimento (REsp nº 1.224.921/PR, 3ª Turma, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**, data do julgamento: 26/04/2011, DJe 11/05/2011, destaque não original)."

No caso em tela, o autor sequer foi imitido posse do imóvel. Nestas condições, a **retenção de 20%** dos valores pagos é suficiente para remunerar a vendedora pelas despesas relacionadas à comercialização do imóvel.

Neste sentido, precedente desta Câmara:

"*Ação de rescisão de contrato - Compra e venda de lote de terreno - Contrato firmado entre particulares - Preliminar de inépcia da inicial por ausência de documento essencial à propositura da ação - Proposta de compra e venda assinada pelas partes - Notificação premonitória - Confirmação da defesa de que o contrato foi firmado pelas partes e que a ré não o cumpriu de forma satisfatória - Preliminar afastada - Rescisão do contrato diante do descumprimento do ajuste - Inexistência de causa a justificar a mora - Juntada de documento em réplica - Não configuração de cerceamento de defesa - Abertura de vista a ambas as partes para manifestação acerca do interesse na produção de provas -* ***Restituição de 80% dos valores pagos numa única parcela****, retenção do bem e indenização por benfeitorias reconhecidos em favor da apelante -*

Acesso ao Sumário

Sucumbência fixada sob orientação do Artigo 21 do Código de Processo Civil - Sentença mantida - Recurso não provido. (Apelação nº 0013021-78.2013.8.26.0037, Rel. Dra. **MARCIA DALLA DÉA BARONE**, com a participação dos Des. **DONEGÁ MORANDINI** e **EGIDIO GIACOIA**, data do julgamento: 23/04/2015, destaques não originais).”

No mesmo sentido:

“*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Pleito de rescisão formulado pela adquirente, cumulado com restituição dos valores pagos e indenização pelas benfeitorias realizadas - Mora da autora confessada - **Devolução das quantias pagas corrigidas, assegurada retenção de 20% destas, para cobertura das despesas administrativas** - Restituição em parcela única - Pretensão de aplicação de multa contratual que fica prejudicada ante a ausência de reconvenção - Indenização por benfeitorias - Comprovação da realização destas - Restituição devida - Sucumbência - Alienante vencida em maior parte - Responsabilidade exclusiva pelos encargos da sucumbência - Apelo da ré desprovido, acolhido, em parte, o adesivo da autora.* (Apelação nº 0016225-83.2011.8.26.0625, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador **GALDINO TOLEDO JÚNIOR**, data do julgamento: 10/02/2015, destaque não original)”.

Por este motivo, a decisão recorrida é confirmada no ponto em que determinou a devolução de 80% dos valores pagos pelo autor, sendo admitida a retenção de 20% sobre este montante.

3. Das verbas de assessoria imobiliária.

A sentença recorrida condenou a ré à devolução dos valores pagos pelo autor a título de taxa “SATI”. A ré afirma em seu recurso que tal condenação seria indevida, uma vez que os serviços respectivos foram efetivamente prestados. O autor, por sua vez, insiste na devolução, também, dos valores pagos a título de comissão de corretagem.

Neste ponto a decisão recorrida também não comporta qualquer alteração.

O Colendo **Superior Tribunal de Justiça** firmou entendimento, em sede de julgamento de recursos repetitivos, no sentido de que a cobrança de valores a título de taxa “SATI” ou despesas congêneres seria efetivamente abusiva.

Neste sentido:

“***RECURSO ESPECIAL REPETITIVO**. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA*

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

Acesso ao Sumário

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - CASO CONCRETO:

2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp nº 1.599.511/SP, 2ª Seção, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, Data do julgamento: 24/08/2016, DJe: 06/09/2016, destaque não original).

Por outro lado, a pretensão do autor de devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem também não comporta acolhida.

Depreende-se do precedente mencionado acima que, para que seja válida a transferência, ao adquirente, do ônus de arcar com a comissão de corretagem, é necessária a observância do dever de informação imposto ao fornecedor, nos termos dos arts. 31 e 46 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso dos autos, o dever de informação foi devidamente observado pela vendedora. A obrigação do adquirente de arcar com a comissão de corretagem foi prevista em contratos autônomos de prestação de serviços de intermediação imobiliária (fls. 60/65), e os valores devidos, bem como sua destinação, foram expostos de forma clara na planilha reproduzida a fls. 59, trazida aos autos pelo próprio adquirente.

Portanto, os valores pagos a título de comissão de corretagem eram efetivamente devidos, não havendo que se falar em sua devolução.

Assim, os recursos são desprovidos, neste ponto, sendo confirmada a sentença recorrida.

4. Da sucumbência.

Com a manutenção da sentença, ambas as partes permanecem sucumbentes de forma recíproca, devendo cada qual arcar com metade das custas e despesas processuais, nos termos da sentença recorrida.

Em virtude da sucumbência recursal, os honorários advocatícios devidos pela ré ao patrono do autor são majorados de 15% para **18%** sobre o valor

Acesso ao Sumário

da condenação. Os honorários devidos pelo autor ao representante da ré são majorados de 10% para **15%** sobre o valor atualizado da causa, tudo nos termos do art. 85, §11 do CPC/2015, ressalvado ser o autor beneficiário da Justiça Gratuita.

Conclusão.

É negado provimento aos recursos.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **Franciulli Netto**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **Denise Arruda**, publicado em 25/10/2004).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004494-48.2016.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante SUPERINTENDÊNCIA DE ÁGUA E ESGOTOS DA CIDADE DE LEME, é apelado JORNAL TRIBUNA DE LEME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, mantendo a r. sentença e não conheceram do recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.528)**

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

São Paulo, 10 de julho de 2018.

COELHO MENDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIREITO À INFORMAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA CONSIDERADA INVERÍDICA E QUE, PORTANTO,

TERIA ABALADO A HONRA DA PARTE AUTORA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA APELAÇÃO DA AUTORA. NÃO CARACTERIZADO O ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO. MATÉRIA QUE BUSCOU A DIVULGAÇÃO DE FATOS, COM BASE NAS OPINIÕES DOS MORADORES DA REGIÃO ONDE FORAM REALIZADAS OBRAS DA EMPRESA AUTORA. INOCORRÊNCIA DE OFENSA À IMAGEM E HONRA DA AUTORA. PROSSECUÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NA REALIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE FATOS. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. NÃO COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO IMPUTADO. PRECEDENTES DO TJSP, EM CASOS ANÁLOGOS. CARACTERIZADO MERO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE OPINIÃO E INFORMAÇÃO, ESSENCIAIS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

RECURSO ADESIVO DA RÉ. JUSTIÇA GRATUITA PLEITEADA POR OCASIÃO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 85/90 que julgou improcedente o pedido de dano moral formulado por LEME - SUPERINTENDÊNCIA DE ÁGUA E ESGOSTOS DA CIDADE DE LEME em face de JORNAL TRIBUNA DE LEME. Por força da sucumbência condenou-o ao pagamento das custas, despesas processuais eventualmente despendidas pelo réu, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, incidindo correção monetária, nos termos da súmula 14 do STJ a partir do ajuizamento da ação, e juros moratórios, nos termos do artigo 85, § 16 do Código de Processo Civil a partir da data do trânsito em julgado da sentença.

Da decisão apelaram a parte autora e ré, a primeira de forma adesiva.

A ré (fls. 92/102) Sustentou, em síntese, que a r. sentença merece reforma, a reportagem veiculada foi tendenciosa e sensacionalista, sobretudo ao narrar os fatos de forma unilateral, extrapolando-se os limites dos direitos de liberdade,

Acesso ao Sumário

expressão e informação, considerando-se ainda o conteúdo inverídico das informações, que lhe repercutiu negativamente e maculou sua honra, causando-lhe, consequentemente, danos morais.

Já a parte autora, em recurso adesivo (fls. 111/115), pretendeu a condenação da ré nas penas por litigância de má-fé, bem como a majoração da verba honorária sucumbencial nos termos de que dispõe o art. 85 §s 2º e 8º do NCPC.

Recurso da ré preparado, devidamente processado, com resposta da parte contrária (fls. 105/110).

A autora apelante não recolheu as custas relativas ao recurso adesivo interposto, razão pela qual o d. relator na ocasião determinado a juntada de documentos comprobatórios de sua hipossuficiência (fls. 118 e 136), tendo a parte juntados aos autos a documentação de fls. 125/134 e fls. 140/151.

É o relatório.

Narrou a autora, ora apelante, na inicial que na edição do jornal requerido do dia 05/08/2016, na quinta página, foi publicada matéria jornalística com seguinte título: "*SAECIL CONSTRÓI EMISSÁRIO DE ESGOTO, MAS CONTINUA JOGANDO ESGOTO DIRETAMENTE NO CÓRREGO. AGORA É NO JARDIM PAVAN*". Afirmou tratar-se de matéria sensacionalista e tendenciosa, versão unilateral dos fatos extremamente prejudicial à sua imagem, sobretudo o seguinte trecho: "*esperava-se que o esgoto da cidade estivesse sendo coletado e tratado como deveria ser. Mas não está!*".

Aduziu que a notícia é destituída de veracidade, porquanto a requerente já estava procedendo as interligações para tratar quase a totalidade do esgoto da cidade. Mencionou que os munícipes citados estão pagando 75%, e não 85% como constou da matéria. Afirmou a autora que a notícia causou constrangimentos e disseminou uma informação falsa, com o nítido objetivo de produzir publicidade opressiva. Alega que a solicitação de publicação de resposta foi recusada pela parte requerida, sob o fundamento de que teria apenas reproduzido acusações de munícipes.

Relatou possuir direito à resposta, consoante Lei n.º 13.188/2015 e inciso V do artigo 5º da Constituição Federal. Requereu o recebimento da demanda sob a égide do procedimento abreviado da Lei n.º 13.188/2015.

Por tal razão, pretendeu a condenação do réu por dano moral.

A parte requerida apresentou contestação (fls. 53/64) suscitando preliminar de nulidade da sentença por falta de interesse de agir. No mérito, requereu a improcedência da demanda, pois deixou de publicar a resposta da parte autora por não existir qualquer publicação ofensiva, injusta ou inverídica, sendo apenas um propagador de informações.

Às fls. 85/90 sobreveio sentença de improcedência, a qual desafiou

apelação por parte da ré e recurso adesivo parte da autora.

Quanto ao recurso adesivo interposto pela parte autora, este não deve ser conhecido.

A apelante sequer formulou pleito de concessão de justiça gratuita por ocasião da interposição do presente recurso, apenas o interpôs sem recolher as respectivas custas.

O d. Desembargador Relator à ocasião determinou o recolhimento em dobro das custas nos termos de que dispõe o art. 1.007, § 4º, do NCPC.

A parte apelante então pleiteou a concessão da benesse juntando documentos de fls. 125/134.

Às fls. 136 o então relator proferiu a seguinte decisão: "*(...) O réu é empresário individual (fls. 65/67). Assim, para exame do benefício pretendido, apresente a ré Sandra Aparecida Martins Kauffmann, no prazo de cinco dias, a declaração de bens entregue à Receita Federal*".

Todavia, em que pese a juntada de novos documentos às fls. 140/151, não se verificou o estrito cumprimento do determinado às fls. 136, qual seja, a juntada da declaração de bens entregue à Receita Federal da ré Sandra Aparecida Martins Kauffmann.

Diante desse contexto, não restou comprovada a hipossuficiência alegada, impondo-se o reconhecimento da deserção, motivo pelo qual deixo de conhecer da irresignação adesiva.

Quanto ao recurso principal, este deve ser conhecido, porém não comporta acolhida.

A matéria controvertida, nestes autos, versa sobre direitos e garantias fundamentais. De um lado estão os direitos à informação, liberdade de expressão e crítica jornalística, e do outro lado o direito da personalidade mais precisamente a honra e à imagem.

É cediço que em um mundo globalizado, a informação é mais que um direito, é, de fato, um referencial. Imprescindível ao homem estar bem informado, mesmo que sejam noticiados fatos que só interessariam as partes envolvidas.

Porém, o que se percebe é que o ser humano é curioso, buscando incessantemente o saber independentemente da notícia veiculada.

Nota-se que hodiernamente um aumento surpreendente de programas televisivos, periódicos e redes sociais que exploram este tipo de reportagem.

Nos dizeres de Pedro Frederico Caldas, em seu livro, Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral afirma que:

> *"Informação é, (...) o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocado á disposição do público) sob formas apropriadas,*

Acesso ao Sumário

notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões". (p. 60. Ed. Saraiva, São Paulo, 1997).

Já o direito de informação "assume três feições: o direito de informar, de se informar e de ser informado". (DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto e SERRANO, Vidal. Curso de Direito Constitucional, p. 60, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007).

É importante frisar, no entanto, que o direito à informação, conquanto de grande prestígio e salutar para o desenvolvimento social, "*não se exibe absoluto, ou livre de qualquer injunção, na medida em que pode desbordar de sua finalidade e cair em comportamentos abusivos do direito*", devendo aquele que extrapolar o limite do razoável, "*responder pelo excesso.*" (CALDA, Pedro Frederico, p. 62. Idem ao acima citado).

O pensamento humano é livre, podendo ser externado por meio de juízo de valor (opinião), sendo que a liberdade de expressão, também, é uma garantia constitucional, que comporta limitações.

A existência de uma opinião pública livre é pedra de toque para a existência da democracia. Arraigada à ela está a liberdade de informação jornalística. Esta é composta pela notícia e pela crítica. A primeira expõe fatos de importância para a sociedade e para o indivíduo que dela participa. Já a segunda (crítica) diz respeito à opinião, juízo de valor que recai sobre a notícia.

Ora, o objetivo de noticiar é informar, difundir conhecimentos, cultura, lazer, opiniões, enfim, orientar a opinião pública sobre os acontecimentos que envolvem o mundo, o país e inclusive a comunidade local, como no caso dos autos.

Neste contexto e avaliando os elementos existentes no caso concreto, não há outra solução que não manter a improcedência da demanda.

Com efeito, a notícia veiculada reproduziu comentário difundido naquela cidade, sem fazer qualquer juízo de valor ou abuso, procurou apenas relatar as críticas da população ao serviço prestado.

Assim, houve por parte do requerido o simples intuito de narrar a informação, sem a prática de ofensa pessoal, excesso ou sensacionalismo.

Esse argumento é reforçado pela própria sentença (fls. 85/90):

"*[...] Em suma, não basta a ofensa à honra, sendo exigido o intento deliberado de se transmitir apenas uma aparência de informação, valendo apontar que a lei faz uso do vocábulo 'atentar' que, conquanto sinônimo de ofender, traz consigo o sentido da maior intensidade e agressividade do comportamento ofensor, sendo o atentado uma ofensa mais virulenta, havendo uma gradação entre os dois vocábulos, ao menos em uma interpretação vulgar.*

Acesso ao Sumário

Tomada por premissas, a ofensa à honra e o intento deliberado de ofender como elementos indissociáveis para autorização do direito de resposta, resulta evidente que não são todas as matérias de cunho jornalístico que são passíveis de preenchimento destes requisitos e, por conseguinte, capazes de serem vergastadas com o direito de resposta.

Em se tratando de entrevistas, não há como imputar ao veículo de comunicação o intento deliberado de ofensa à honra de terceiro se a manifestação desairosa parte do entrevistado e as palavras são expostas tal qual proferidas, sem edição.

O elemento subjetivo do injusto é personalíssimo, pode-se aderir ao intento doloso de outro agente, mas faz-se por motivação pessoal. Por conseguinte, se a ofensa partiu do entrevistado, não há falar-se em direito de resposta.

Pelos mesmos fundamentos, forçoso assinalar que a opinião e análise, por mais ácidas e acerbas, igualmente não dão ensejo ao direito de resposta, pois a informação crítica é instrumento valioso de reflexão e semeadura da autodeterminação fundamentais para o alcance de uma democracia substancial consubstanciada no exercício de um direito de participação nas orientações políticas do país de forma consciente. [...]" (grifo nosso)

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em casos análogos:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAS E MORAIS. Emissora de televisão. Matéria jornalística em transmissão ao vivo pela TV sobre operação policial. Transmissão da imagem do autor, policial civil, sem autorização. Sentença de parcial procedência condenando a ré ao pagamento de R$60.000,00 por danos morais. Ré que pretende a reforma da sentença para afastar condenação ou redução do valor arbitrado. Apelante que alega exercício regular do direito de informar fatos de interesse público. Acolhimento. Imagem do autor que aparece sem qualquer identificação ou atribuição de conduta desonrosa. Inocorrência de ofensa à imagem e honra do autor. Ausente comprovação do nexo causal entre sua aparição ocasional do autor em reportagem televisiva e sua alteração de posto de trabalho. Danos morais não configurados. Sentença reformada. Inversão do ônus de sucumbência. Fixados honorários advocatícios de R$1.500,00. Recurso provido*". (Apelação nº 006726392.2013.8.26.0002, Rel. Des. FERNANDA GOMES CAMACHO, 5ª Câmara de Direito Privado, j. em 24/05/2017).

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA NA REVISTA ISTO É RELATANDO FATOS*

Acesso ao Sumário

IMPUTADOS A DELEGADO FEDERAL. PROCEDÊNCIA. PROVA DOS AUTOS QUE DEMONSTRA A AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE OFENSA À IMAGEM E A HONRA DO AUTOR. 'ANIMUS NARRANDI'. INTERESSE PÚBLICO À INFORMAÇÃO QUE DEVE PREVALECER. NOTÍCIA DE EXONERAÇÃO DO CARGO PÚBLICO POR PORTARIA DO MINISTRO DA JUSTIÇA, MANTIDA EM JULGAMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, APÓS O JULGAMENTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ PROVIDO PARA ESSE FIM. RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO". (Apelação nº 9131349-71.2003.8.26.0000, Rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, 1ª Câmara de Direito Privado B, j. em 08/11/2010).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por danos morais - Liberdade de expressão e imprensa - Notícia policial divulgada em programa de televisão - Autor envolvido em ocorrência policial - Empresa jornalística que se limitou a divulgar informações obtidas junto à autoridade policial, sem falsear a verdade, sem sensacionalismo e sem emissão de juízo de valor - Abuso no direito de informar não caracterizado - Inexistência de ato ilícito - Ação improcedente - RECURSO DESPROVIDO*". (Apelação nº 0000571-28.2011.8.26.0602, Rel. Des. Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, j. em 29/04/2014).

Prescindível, portanto, qualquer acréscimo aos sólidos fundamentos deduzidos pelo magistrado de primeiro grau, que ora ficam ratificados.

Desprovido o apelo, cabe majorar os honorários advocatícios acrescendo a responsabilidade da apelante para 15% do valor dado à causa, na forma preconizada pelo artigo 85, § 11 do Novo Código de Processo Civil.

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

Observo ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Posto isto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação, mantendo a r. sentença. **NÃO CONHEÇO** do recurso adesivo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1116237-

04.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CARMEN ISQUIERDO DE VICO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BRADESCO SAÚDE S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso do patrono da autora e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.471)**

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

São Paulo, 13 de julho de 2018.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESTITUIÇÃO DE DANOS MATERIAIS.

I. Contrato celebrado anteriormente à edição da Lei nº. 9.656/98. Irrelevância, por se tratar de obrigação de trato sucessivo. Incidência da Súmula nº 100 desta Corte.

II. Negativa de custeio aos materiais e próteses utilizados em procedimento de colocação de haste femoral, indicado à autora. Caráter abusivo reconhecido. Incontroversa existência de prescrição médica. Procedimento que se mostrou necessário à tentativa de restabelecimento da saúde da segurada. Prótese, no mais, que é material inerente ao ato cirúrgico em questão. Preservação do conteúdo eficacial do contrato. Aplicação do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, do Enunciado nº 22 desta Câmara e da Súmula nº. 102 desta Corte. Precedentes do E. Tribunal.

III. Ofensa, ainda, ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas. Atenuação e redução do princípio do pacta sunt servanda. Incidência do disposto no artigo 421 do Código Civil.

IV. Verba honorária. Fixação por equidade. Reforma devida neste ponto. Preferência legal da estipulação fundada no valor da causa, que reflete o conteúdo econômico do feito. Inteligência do artigo 85, §2º,

Acesso ao Sumário

do Código de Processo Civil. Valor da causa, na espécie, que não se revela irrisório ou inestimável (R$ 61.045,22). Possibilidade de estipulação de verba condigna à atividade exercida pelos causídicos. Arbitramento 10% (dez por cento) do valor da causa. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO DO PATRONO DA AUTORA PROVIDO, DESPROVIDO O RECURSO DA RÉ.

VOTO

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com restituição de danos materiais julgada PROCEDENTE pela r. sentença de fls. 125/129, da lavra do MM. Juiz de Direito Regis de Castilho Barbosa Filho e de relatório adotado, "*para condenar a ré à obrigação de fazer consistente no custeio integral dos procedimentos cirúrgicos realizados pela autora, incluindo os exames pré-operatórios e os materiais que foram necessários, mediante o pagamento, diretamente para o Hospital do Coração (HCor), do montante de R$ 61.045,22*" (fls. 128/129), sem prejuízo que arque com as custas e despesas processuais, e honorários de advogado arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Recorre a ré e o patrono da autora.

Consoante as razões de fls. 132/138, pretende o patrono da autora a modificação da verba honorária estipulada em seu favor, a fim de que seja arbitrada em 10% (dez por cento) do benefício econômico auferido, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, de forma a bem remunerar o trabalho desenvolvido.

De outra parte, a ré, pelo arrazoado de fls. 141/155, busca a reforma da sentença para o julgamento de improcedência da demanda. Aduz, em síntese, que o contrato firmado pela consumidora não foi adaptado à Lei nº 9.656/98, de modo que licitamente excluída a cobertura da prótese exigida, figurando tal restrição, ainda, como relevante à mutualidade do negócio securitário.

Os recursos foram processados e respondidos (fls. 160/166 e 167/172), sendo tempestivos e bem preparados.

É O RELATÓRIO.

2. Insubsistente o apelo da ré, comporta guarida a insurgência do patrono da autora.

Da leitura dos documentos que instruíram a inicial, é incontroverso que a autora é beneficiária de seguro-saúde administrado pela ré (fls. 15 e 40/51), negócio firmado para preservação e recuperação de sua saúde, e sobre o qual incidem as normas consumeristas, conforme, aliás, determina o enunciado pela Súmula n. 608 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "**Aplica-se o**

Acesso ao Sumário

Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão".

É incontroverso, ainda, que, necessitou se submeter a procedimento cirúrgico para colocação de prótese femoral (fl. 03), seguido de procedimentos pós-operatórios para a apropriada recuperação.

As despesas, que somam o montante de R$ 61.045,22, foram pessoalmente arcadas pela consumidora (fls. 19/38).

Todavia, diante do pedido de reembolso, a seguradora negou a restituição de valores atinentes à prótese e a materiais utilizados - arvorando-se nas limitações negociais - por compreender excluídos de cobertura contratual (fl. 39).

Razão, todavia, não assiste à ré.

De proêmio, é de rigor salientar que não se desconhece que a adesão ao plano de saúde pela consumidora se deu antes da vigência da Lei nº 9.656/98. A avença, no entanto, é de execução continuada, sujeitando-se à disciplina da lei que regulamenta a matéria. Nesse sentido é o enunciado da Súmula 100 desta C. Corte: "**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**".

Vencida tal questão, é plenamente abusiva a previsão de exclusão contratual do procedimento para implante da prótese óssea, como elemento essencial à terapêutica (Cláusula 3, alíneas *j* e *l* - fl. 97), pois semelhante previsão esvazia o conteúdo eficacial do contrato consumerista, violando frontalmente o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo entendimento assente, a utilização de materiais, nacionais ou importados, é desdobramento do procedimento cirúrgico e, portanto, devida a cobertura, incidindo, no caso, o **Enunciado n. 22 desta Câmara: "Abusiva a cláusula que exclui a cobertura de próteses de qualquer natureza, sob pena de se colocar em risco o objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde do usuário"**.

Dito de outro modo, em havendo expressa indicação médica para realização de cirurgia ortopédica, cabe à operadora de plano de saúde, no mínimo, observá-la. Aplica-se à espécie, aliás, sem maiores delongas, o enunciado pela **Súmula 102 desta Colenda Corte: "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"**.

De mais a mais, a limitação pretendida pela seguradora ofende ainda a boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas, cabendo, pela pertinência, trazer à colação a lição de NELSON NERY JUNIOR: "**Quem quer contratar plano**

Acesso ao Sumário

de saúde quer cobertura total, como é obvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 8ª Edição, página 570).

E nem se diga que o desfecho emprestado à ação afronta o princípio contratual do *pacta sunt servanda*. Afora a abusiva restrição de cobertura, já explicitada, cumpre destacar que, à vista do disposto no artigo 421 do Código Civil de 2002, o alcance do referido princípio restou atenuado e reduzido, especialmente quando está em discussão interesse individual relacionado à dignidade da pessoa humana, aliás, como ocorrente na espécie dos autos. Nessa diretriz, confira-se o **Enunciado 23 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana" (Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, Código Civil e Legislação Civil em Vigor, Editora Saraiva, 24ª Edição, página 120)**.

Em casos semelhantes, assim vem decidindo este E. Tribunal: "**Apelação. Plano de saúde. Obrigação de fazer. Recusa de autorização e custeio de prótese de quadril, necessária para tratamento cirúrgico ortopédico. Alegação da ré de exclusão de cobertura. Sentença de procedência. Apelo da ré Amil. Não provimento. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). 1. Alegação de irretroatividade de lei nova. Descabimento. Contrato de plano de saúde consiste em avença de trato sucessivo e se submete à Lei Federal nº 9.656/98, mesmo celebrado antes da vigência de tal lei e a ela não adaptado por iniciativa do beneficiário. Aplicação da Súmula 100 deste Tribunal. 2. No mérito propriamente dito, reserva-se à conduta médica a adoção da terapia mais adequada ao tratamento da paciente, irrelevante o fato de o procedimento não constar de rol obrigatório da ANS ou da Tabela respectiva do plano, reconhecidos parâmetros mínimos de cobertura. Diretrizes de utilização, constantes do rol obrigatório de procedimentos editado pela ANS, não podem servir como impeditivo à solução terapêutica indicada ao médico e não são necessariamente excludentes de outros procedimentos possíveis e modernos. Devem ser cobertas as próteses, os equipamentos e materiais empregados em procedimento cirúrgico cuja utilidade e essencialidade é devidamente justificada por prescrição médica e configuram instrumento necessário ao êxito do tratamento. Cláusula excludente é ilegal e abusiva. Preservação do objeto final máximo do contrato, de resguardo à incolumidade física,**

Acesso ao Sumário

à saúde e à vida da paciente. Aplicação do Enunciado das Súmulas 96 e 102 deste E. TJ-SP. 3. Recurso da ré Amil desprovido" (Apelação Cível nº 1043073-06.2017.8.26.0100, Rel. Piva Rodrigues, j. 28.11.2017).

E também: "**Apelação - Plano de saúde - Negativa de cobertura de tratamento sob alegação de exclusão de custeio de prótese - Abusividade - Despesa que se insere no próprio conteúdo do procedimento curativo, que seria inviabilizado de outra forma - Cláusula de exclusão ilícita, pois frustra totalmente o objeto do contrato - Irrelevância de se tratar de contrato não adaptado à legislação específica - Súmula nº 100 do TJSP - Abusividade que decorre dos preceitos do Código Civil e do CDC - Ressarcimento da despesa devido - Dano moral caracterizado - Vítima em situação de vulnerabilidade, com fratura no fêmur, que suporta negativa de tratamento, tendo prolongado seu sofrimento, sendo obrigada a amealhar recursos para fazer frente à despesa hospitalar. Legitimidade ativa do espólio/herdeiros para demandar indenização de dano moral por lesão suportada pelo de cujus, mesmo que ainda não intentada ação em vida pelo lesado Transmissibilidade do direito de ação (art. 943 do CC) e representação da vítima pelos seus herdeiros**" (Apelação Cível nº 1031096-85.2015.8.26.0100, Rel. Enéas Costa Garcia, j. 11.12.2017).

Superado o apelo da ré e preservado o provimento principal, comporta guarida o recurso do patrono da autora.

Deve-se consignar, neste particular, que, na sistemática legal adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, como regra, os honorários sucumbenciais serão fixados "**sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa**", nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, dentro dos parâmetros de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento).

Na espécie, considerando a natureza tipicamente condenatória aperfeiçoada sobre a providência, e cujo valor se mostra líquido na inicial, revela-se adequada a estipulação dos honorários sobre o valor da causa (R$ 61.045,22 - fl. 12), pois ele bem retrata o conteúdo econômico da tutela condenatória e permite arbitrar verba condigna à atividade exercida pelo patrono. É dizer, não se mostra irrisório ou inestimável ao ponto de justificar o arbitramento por equidade realizado pelo i. Magistrado de origem, revelando-se inadequada a aplicação do artigo 85, § 8º, do diploma processual civil.

Desta feita, e considerando os parâmetros delineados pelo parágrafo 2º de dito dispositivo - sobretudo a qualidade do trabalho do advogado, a complexidade da causa e a celeridade da tramitação do feito - fixa-se a verba no importe de 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

3. Diante de todo o exposto, desprovido o apelo da ré, de rigor que se

Acesso ao Sumário

proveja o recurso do patrono da autora para readequar a verba honorária fixada na origem, decorrente da sucumbência da ré, estipulando-a em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO PATRONO DA AUTORA E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007764-09.2016.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS, é apelada MARIA IZABEL DE ALMEIDA GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.910)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e EDSON LUIZ DE QUEIROZ.

São Paulo, 16 de julho de 2018.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: SEGURO HABITACIONAL - Ação de indenização fundada em danos físicos nos imóveis - Procedência decretada - Prescrição ânua - Inaplicabilidade - Lapso prescricional que somente passa a fluir após formal negativa de cobertura do sinistro pela seguradora - Deslocamento da competência para a Justiça Federal - Descabimento - Caixa Econômica Federal que é mera administradora dos fundos securitários, não sendo necessária sua citação para a demanda proposta - Competência da Justiça Estadual - Precedentes do E. STJ - Laudo do expert oficial atestando que as anomalias são decorrentes de defeitos construtivos - Irrelevância - Aplicação ao contrato das condições do seguro habitacional válidas para imóveis financiados segundo as normas do SFH, que não exclui essa cobertura -

Acesso ao Sumário

Avença que tem natureza de contrato de adesão e que envolve relação de consumo - Interpretação das cláusulas que, portanto, deve ser efetivada da forma mais benéfica ao consumidor aderente - Indenização - Fixação no importe apurado pelo vistor judicial, com os acréscimos legais - Multa decendial - Cabimento - Limitação, desta, contudo ao montante atualizado da reparação imposta - Recurso desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 709/718 acrescento que a sentença julgou procedente ação de indenização por danos em imóvel fundada em seguro habitacional promovida pela apelada, fixando a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

Volta-se a ré contra a decisão sustentando em suas razões recursais de fls. 752/775, preliminarmente, incompetência absoluta da Justiça Estadual e prescrição. No mérito propriamente dito, alega que não responde por danos no imóvel decorrentes de vício de construção uma vez que estes estão expressamente excluídos da cobertura securitária. Deduz que, caso mantida a procedência da ação, a multa decendial é devida ao agente financeiro e não ao mutuário, consoante previsto na circular CFG/12/1977.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 781/788.

Distribuída inicialmente com o polo ativo composto por cinco autores, houve determinação do julgador monocrático para desmembramento do processo para cada um dos autores (fl. 300), no intuito de proporcionar andamento mais célere à causa, tratando-se este feito apenas da questão referente a autora Maria Izabel de Almeida Gomes.

2. Anoto, de início, que por falta de reiteração em razões recursais reputo renunciado o agravo retido interposto pela ré às fls. 323/353.

Quanto à preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual, a despeito da orientação administrativa que vem sendo manifestada pela Caixa Econômica Federal, a jurisprudência majoritária é no sentido da inexistência de interesse da Caixa na hipótese dos autos.

É que tal instituição exerce apenas a função de administradora dos fundos securitários, não sendo responsável por eventuais indenizações, de modo que não cabe a sua citação para integrar a lide, seja como litisconsorte necessário ou mesmo como assistente litisconsorcial.

Nesse passo, não se pode olvidar que a complementação dos recursos do FCVS somente ocorre nos casos de déficit do sistema de seguro habitacional,

Acesso ao Sumário

razão pela qual, se este não existir, desaparece o interesse da Caixa Econômica Federal, que nessas condições tem indubitavelmente caráter simplesmente econômico.

Ou seja, pouco importa à Caixa Econômica Federal, como gestora do FCVS, a existência ou não do direito disputado na ação, sua única preocupação são os reflexos indiretos que lhe podem atingir, caso tenha que suprir eventual déficit do sistema de seguro habitacional.

A questão, inclusive, encontra-se consolidada perante o E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo: "*RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO EM QUE SE CONTROVERTE A RESPEITO DO CONTRATO DE SEGURO ADJECTO A MUTUO HIPOTECÁRIO. LITISCONSÓRCIO ENTRE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL/CEF E CAIXA SEGURADORA S/A. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO. 1. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), 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. Precedentes. 2. Julgamento afetado à 2a. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos). 3. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, não providos"* (2ª Seção - REsp 1091363/SC - Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS).

Ou seja, para que posteriormente não se venha alegar que o C. Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da matéria, exigiu pronunciamento específico sobre a existência ou não de cobertura do FCVS no contrato sob análise nos autos, bem como sobre eventual risco de seu comprometimento, como já entendeu alhures a ilustre Presidência de Direito Privado desta Corte, desde logo se reafirma que para o deslocamento da competência não basta mera alegação deste fato, mas imprescindível a produção segura deste nos autos pela parte interessada o que não ocorreu, pelo que, repete-se, descabida *in casu* essa pretensão.

Anoto, ainda, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a Súmula nº 150 não impede que o juiz estadual afaste a alegação de interesse da União, quando sem fundamentação razoável, do ponto de vista jurídico, ou por absoluta impossibilidade física (RSTJ 103/285, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

Inaplicável, ademais, o prazo prescricional de um ano estabelecido no artigo 206, § 1º, II, do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Como bem salientado no voto da lavra do eminente Desembargador Sérgio Gomes, ao apreciar questão análoga "*A alegação de prescrição anual não prospera, haja vista que é contada da data que o interessado tiver conhecimento do fato e seus efeitos. Como os danos no imóvel foram contínuos e permanentes e para sua aferição dependiam de perícia, não se pode estabelecer data exata para o termo inicial. Em contratos de tal ordem, dizendo a vícios de construção, que se manifestem progressivamente e, até mesmo, decorrem da própria implantação do empreendimento, não há que se falar em prescrição*" (TJSP - 9ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 265.082.4/1-00).

Se não bastasse, nos termos de reiteradas decisões desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça (açambarcadas pela Súmula 229), o lapso prescricional não flui enquanto a seguradora não dá efetiva ciência ao segurado de sua recusa em indenizar. Nesse sentido, perfeitas as palavras do Ministro Athos Carneiro proferidas no voto que apreciou o Recurso Especial nº 8.770-SP: "*Durante o tempo em que a seguradora estuda a comunicação, até que dê ciência ao segurado de sua recusa do pagamento da indenização, considera-se apenas suspenso o prazo prescricional, que recomeça de então, a correr pelo tempo faltante*".

Assim, ausente nos autos prova concreta da ciência dos segurados acerca da negativa da apelante em pagar a indenização reclamada, não é possível se falar em prescrição.

Quanto ao mérito, a ré em seu recurso discute a existência de vínculo obrigacional entre as partes que autorize a cobertura de sinistro consistente em danos físicos no imóvel objeto do contrato juntado aos autos, provenientes de vícios do projeto construtivo e de sua posterior execução.

Importa destacar que avença entre a CDHU - estipulante do seguro - e os adquirentes dos imóveis configura, sem dúvida, contrato de adesão de natureza coativa, já que estes, tal como ocorre com os proprietários de veículos automotores em relação ao DPVAT, foram obrigados à época a contratar seguro do imóvel em seu favor, sem a possibilidade de livre escolha da seguradora e dos termos do ajuste.

Nessas condições, também porque o ajuste seguramente constituiu relação de consumo, havendo dúvida na interpretação de suas cláusulas esta deve ser efetuada da maneira mais benéfica ao consumidor aderente.

Sob essa ótica, consoante as "*Normas e rotinas aplicáveis às condições especiais e particulares do seguro compreensivo especial integrante da Apólice Habitacional*" aprovadas por Instrução Normativa do BNH de 25 de agosto de 1977, "*Os sinistros de danos físicos incidentes sobre os imóveis serão regulados e liquidados na forma do Anexo 12*".

Este anexo 12, por seu turno, diz que recebido do agente financiador

Acesso ao Sumário

o Aviso de Sinistro, a seguradora providenciará, de imediato, a realização de vistoria do imóvel, objetivando constatar, dentre outras coisas, "*a existência ou não de vício de construção como fator gerador do sinistro*", para finalmente concluir que "*Nos casos em que o vistoriador referir-se expressamente à existência do vício de construção como fato gerador do sinistro, a Seguradora reconhecendo a cobertura, requererá medida cautelar específica consistindo em exame pericial, com vistas à produção antecipada de provas e a fim de requerer, em seguida, se for o caso, contra quem de direito, o ressarcimento da importância despendida a título de indenização*".

Ora, se só houvesse a obrigação da seguradora de cobrir evento danoso decorrente de causa externa, não haveria razão para essas normas determinarem a imediata instauração de procedimento visando resguardar o direito de regresso contra a construtora.

Não foi por outra razão que a cláusula 24.a das "*Condições especiais e particulares do seguro compreensivo especial*" estabeleceu expressamente que "*Em face das peculiaridades dos Programas abrangidos pelas coberturas desta Apólice, o Estipulante, respeitadas as Condições ora pactuadas, estabelecerá as Normas e Rotinas aplicáveis à averbação das operações, bem como à liquidação dos sinistros, cujas disposições serão de cumprimento obrigatório pela Seguradora. Estas Normas serão divulgadas às Seguradoras Líderes por intermédio do IRB*".

Sobre o tema já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça: "*Seguro habitacional. Responsabilidade da seguradora. Multa decendial. 1. A seguradora é responsável quando presentes vícios decorrentes da construção, não havendo como se sustentar o entendimento de que assim examinada a questão haveria negativa de vigência do art. 1.460 do antigo Código Civil*" (3ª Turma - REsp 813898/SP - Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - j. 15/02/2007).

Já no julgamento do Recurso Especial nº 770.124 - SP, analisando o mesmo tema, o mesmo ilustre Ministro assim se posicionou:

"*A questão já vem sendo apreciada pela Corte em diversas oportunidades.*

A novidade é a posição adotada pelo acórdão no sentido de que ao entender sumariamente que há responsabilidade da seguradora pelos 'eventos de causa interna - falhas construtivas -, a sentença negou vigência ao art. 1.460 do Código Civil revogado, vigente à época' (fl. 925).

Em tese estar-se-ia esbarrando na Súmula nº 5 da Corte enfrentar o tema considerando o que foi decidido pelo Tribunal local. Mas os precedentes trazidos estão na linha de outros tantos já julgados pela Corte, embora, ressalte-se, tenha sempre ficado esclarecido ser incabível o reexame do contrato e da matéria de fato.

Acesso ao Sumário

Seria incongruente não se examinar o tema sob a guarda dos paradigmas apresentados no especial. De fato, entendo também, tal e qual está posto em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que havendo a comprovação dos danos físicos, e isso não está questionado pelo acórdão, e sendo os danos 'evolutivos decorrentes de vícios de construção, merecem cobertura, na forma prevista nas condições gerais dos contratos e apólices aos quais aderem os mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, mormente quando os defeitos apresentados pelos prédios implicam comprometimento de sua solidez e segurança' (fl. 1.014).

Na mesma linha está o paradigma oriundo do Tribunal de Alçada do Paraná. O que ocorre é o reconhecimento de que o seguro habitacional oriundo dos contratos subordinados ao Sistema Financeiro da Habitação impõe a obrigação da seguradora responder pelos danos físicos, não valendo a exclusão feita pelo acórdão no que concerne ao art. 1.460 do antigo Código Civil.

Diga-se que essa exclusão não serve para descaracterizar a obrigação da seguradora, isto é, o acórdão não desguarnece o contrato da cobertura securitária, mas, apenas, entende que por haver causas externas aplicar-se-ia o art. 1.460 do Código Civil anterior e não estaria, portanto, a seguradora obrigada ao pagamento. Tanto assim é que o acórdão reconhece ser a seguradora parte passiva legítima, destacando que o 'pedido formulado é de indenização com base no seguro habitacional e, cuidando-se de danos ocorridos no imóvel, o acolhimento atingirá a seguradora que, em princípio, assumiu a responsabilidade pelo pagamento da indenização' (fl. 924), descrevendo, ainda, a cobertura constante da apólice.

O que houve, portanto, foi que o acórdão considerou que se houve 'falhas construtivas' não se pode dizer que 'se originaram de eventos de causa externa' (fl. 925). Ora, o que descaracteriza a cobertura da Súmula nº 5 da Corte para inviabilizar o especial é exatamente essa distinção, considerando a natureza do próprio seguro habitacional. Bem andou o Magistrado quando anotou esse aspecto ao mostrar, verbis: 'O que se observa nessas cláusulas, especialmente naquelas onde constam os chamados 'vícios de construção' é a existência de tratamento diferenciado entre os imóveis construídos pelos próprios mutuários e aqueles em que são levados a efeito pelos agentes do Sistema Financeiro de Habitação. Naquele em que os imóveis foram edificados pelos mutuários, os chamados vícios de construção, efetivamente, se existentes, eximiriam a Seguradora da responsabilidade pela indenização. Se a construção, no entanto, for efetivada pelos agentes do Sistema Financeiro de Habitação, como é o caso dos autos, fácil concluir que os chamados 'vícios de construção' seriam passíveis de cobertura pelo Seguro Habitacional. E não poderia ser modo diverso tendo em vista que somente a requerida tinha a liberdade de contratar pessoas de confiança para a edificação e fiscalização das obras, bem como acompanhar,

Acesso ao Sumário

sobretudo, a qualidade dos materiais empregados, bem assim a qualificação técnica de quem a executou. Portanto, levando-se em consideração que os autores aderiram a contrato unilateralmente elaborado, onde não tiveram qualquer participação a não ser no pagamento mensal do prêmio embutido em sua prestação, imperioso é que seja responsabilizada a seguradora pelos prejuízos causados' (fls. 761/762).

A percuciente análise sob o prisma jurídico do ilustre Juiz, Dr. Arari Teixeira Leme, mostra bem claramente que não é pertinente aquela distinção feita pelo acórdão, porquanto seria transformar o seguro habitacional em inutilidade contratual em detrimento dos mutuários. Vale anotar que em muitos precedentes, posto que mencionadas as Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, está reconhecido que esse seguro habitacional por vícios construtivos alcança a seguradora (AgRgAg nº 262.414/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 27/3/2000; REsp nº 280.380/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/8/01). Anoto, por outro lado, que o acórdão tratou de identificar violação do art. 1.460 do antigo Código Civil com a imputação da responsabilidade à seguradora, fugindo, portanto, da interpretação do contrato".

Por fim, merece ser destacado que a garantia da obra também contra vícios de construção não tem por escopo a exclusiva garantia do segurado, mas também o patrimônio do agente financiador, pois deteriorado o bem, desaparecerá concomitantemente a garantia, restando seu crédito a descoberto, perdendo com isso exclusivamente comprador e a financeira. Os demais envolvidos na cadeia de negócio obterão vantagem indevida. A seguradora porque recebeu o prêmio do sinistro sem nada desembolsar e o construtor da obra porque recebeu o preço por um produto inadequado. Preservada a cobertura, todos terão seus direitos protegidos, respondendo apenas a causadora do sinistro, qual seja aquela que descumpriu a obrigação ao seu cargo.

No caso em questão, no laudo produzido pelo perito judicial (fls. 641/662), em resposta aos quesitos do juízo, concluiu que "*é possível determinar qual a sua causa e quando surgiram? Resposta: A causa está relacionada à qualidade dos materiais empregados. Não há como precisar a época em que surgiram os danos. 3) Houve o emprego de técnicas inadequadas e/ou emprego de materiais inapropriados? Resposta: Não foi constatada a utilização de técnicas inadequadas, e sim, determinados materiais, conforme apresentado na planilha orçamentária, em anexo, necessitam de substituição em virtude da má qualidade acarretando desconforto e comprometendo a segurança do ocupante do imóvel*", tudo a confirmar a ocorrência de vício construtivo.

Admitida, portanto, a existência da cobertura do chamado "vício construtivo", inevitável o reconhecimento do direito da demandante de haver a indenização apurada pelo vistor judicial (fl. 646 - com os acréscimos legais)

Acesso ao Sumário

uma vez que inexistiu qualquer impugnação por parte da apelante nesse sentido.

Quanto à aplicação da multa decendial, descabida a resistência da Seguradora, posto que indiscutível o descumprimento do prazo indicado na cláusula 16.2 do mesmo documento, sob o argumento de que o item 16.1 prevê que as indenizações da apólice serão sempre pagas ao financiador.

É que a multa na hipótese em debate tem caráter coercitivo, ou seja, visa impedir o retardo injustificado no cumprimento da cobertura e deve beneficiar aquele que foi prejudicado pelo inadimplemento da obrigação. No caso específico são os apelados que sofrem com o não pagamento da indenização que lhes possibilitaria consertar os imóveis, pelo que não faz sentido o repasse do benefício da cláusula penal para quem não foi prejudicado pelo inadimplemento, sob o risco de configuração de mais uma hipótese de enriquecimento sem causa.

Há, contudo, um limite para essa multa decendial: o montante total da indenização devida pelo sinistro apurado na perícia, consoante mencionado pelo julgador monocrático.

Confira-se: *CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO HABITACIONAL. DANOS EM IMÓVEL POR DEFEITOS CONSTRUTIVOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXECUÇÃO. MULTA CONTRATUAL PELO RETARDO NO PAGAMENTO. MARCO INICIAL. MONTANTE DA PENALIDADE. CC, ART. 920. LIMITE. INCIDÊNCIA. I. Se a multa decendial prevista no contrato é aplicada pela sentença transitada em julgado sem previsão do dies a quo para a sua fluição, a fixação deste em fase de execução, por ocasião do julgamento dos embargos do devedor, se vier a resultar em valor superior ao limite estabelecido no art. 920 da lei substantiva civil - o da obrigação principal - dá margem à incidência da aludida norma, evitando-se enriquecimento sem causa do autor. II. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido, para restringir o montante da multa ao valor da indenização securitária* (STJ - 4ª Turma - REsp 253004/SP - Relator Ministro Aldir Passarinho Junior - RSTJ 166/378).

Nos termos do que dispõe o artigo 85, § 11º, do novo Código de Processo Civil, arbitro honorários advocatícios em favor do patrono da autora em mais 10% sobre o valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016196-23.2013.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante/apelado AM2 ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA., é apelado/apelante MARCIO

Acesso ao Sumário

DONIZETTI FERRAZ (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso de apelação parcialmente providos e improvido o recurso adesivo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31501)**

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

São Paulo, 17 de julho de 2018.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL e RECURSO ADESIVO - Ação de ressarcimento de danos materiais e morais - Compromisso de compra e venda - Atraso na entrega do bem - Sentença de parcial procedência, que condena a ré ao pagamento de juros de mora pro rata no período de atraso da obra, bem como à devolução da comissão de corretagem - Preliminar de julgamento ultra petita acolhida - Autor que não pediu a condenação da ré ao pagamento de indenização por perdas e danos - Sentença anulada neste particular. Cláusula de tolerância, cuja validade é reconhecida pela jurisprudência deste E. Tribunal - Entrega para além do prazo previsto. Comissão de corretagem - Prescrição - Ocorrência - Entendimento pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicação do prazo trienal para casos como o dos autos - Pretensão julgada improcedente. Danos morais - Inocorrência - Mero inadimplemento contratual que não gera o dever de indenizar por danos morais. Recurso de apelação parcialmente providos e improvido o recurso adesivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença de fls. 195/201, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de ressarcimento de danos materiais e morais ajuizada por Marcio Donizetti Ferraz em face de AM2 Engenharia E Construções Ltda., para "*condenar a ré a pagar ao autor os juros de mora de 1% ao mês pro rata, incidentes sobre o valor atualizado*

do contrato e no período de 29.12.2010 a 18.05.2012 e a restituir a despesa de R$4.360,00 com a comissão de corretagem que ele teve de desembolsar (p. 54). Os valores serão acrescidos de correção monetária desde o respectivo vencimento ou desembolso e de juros de mora a contar da citação, por se tratar de obrigação contratual". Em razão da sucumbência recíproca, cada parte ficou responsável pelos honorários de seu advogado e com metade da taxa judiciária e das despesas processuais.

2. As partes opuseram embargos de declaração (fls. 205/207 e 208/211), os quais foram rejeitados (fls. 212).

3. Inconformada, insurge-se a apelante (fls. 214/228) alegando, em resumo, que a sentença é *ultra petita*, posto que não houve pedido de reparação por danos materiais em virtude do atraso da obra. Diz que o atraso na entrega da obra se deu por caso fortuito. Aduz que a cobrança de comissão de corretagem não é ilegal. Pede, pois, a reforma da r. sentença.

4. O autor, por meio de recurso adesivo (fls. 241/249), diz que o descumprimento do contrato pela ré causou-lhe intenso sofrimento, passível de ser indenizado moralmente. Requer, então, a reforma parcial da sentença.

5. Recursos recebidos no duplo efeito (fls. 230 e 252).

6. Contrarrazões (fls. 232/240).

7. Intimados nos termos do art. 933, do CPC, apenas o autor se manifestou (fls. 263/265).

FUNDAMENTOS.

8. O recurso merece parcial provimento.

9. A r. sentença julgou parcialmente procedente a demanda, condenando a ré "*a pagar ao autor os juros de mora de 1% ao mês pro rata, incidentes sobre o valor atualizado do contrato e no período de 29.12.2010 a 18.05.2012*".

10. Ocorre que, como bem sustentado no recurso da ré, não houve pedido inicial nesse sentido.

11. Consoante se vê dos pedidos formulados na inicial, o autor visava o seguinte:

> "a) Requer a citação das reclamadas para que querendo, apresente defesa, sob pena de o acaso, tornar-se revel;
>
> b) Requer os benefícios da Justiça Gratuita, haja vista ser o autor pobre na acepção jurídica do termo, não possuindo meios de arcar com as custas processuais;
>
> c) Requer a condenação da 1ª requerida no direito de ser ressarcido ao valor pago de forma abusiva a título de reajuste pelo INCC, uma vez que diante do atraso na entrega do imóvel, deveria a correção ter sido interrompida, sendo devido ao requerente o ressarcimento da quantia

Acesso ao Sumário

de R$ 80.772,20 (oitenta mil, setecentos e setenta e dois reais e vinte centavos), se o magistrado entender que a entrega do imóvel deveria ocorrer impreterivelmente na data de 30/06/2010, ou a quantia de R$ 78.897,30 (setenta e oito mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta centavos), se magistrado entender pela aceitação da clausula dos 180 dias, a qual desde já se considera impugnada, pois totalmente abusiva;

d) Requer o autor o deferimento do ressarcimento da quantia de R$ 4.360,00 (Quatro mil, trezentos e sessenta reais), a título de comissão imobiliária, a qual deveria ter sido paga pela incorporadora, ora requerida e não pelo autor, conforme determina a legislação vigente;

e) Requer ainda, a condenação da requerida no ressarcimento da quantia paga indevidamente oriundas da cobrança de honorários advocatícios, multa por inadimplência, bem como custas processuais no importe de R$ 21.583,02 (vinte e um mil, quinhentos e oitenta e três reais e dois centavos), nos termos da fundamentação exarada;

f) Requer o pagamento de indenização por danos morais no importe de 100 (cinquenta) salários mínimos, equivalentes a R$ 67.800,00 (Sessenta e sete mil e oitocentos reais), ou outro valor que V. Exa., entender que seja devido;

g) Requer ainda o arbitramento de multa pelo atraso da obra, na forma da fundamentação, no importe de 10% sob o valor do contrato, perfazendo a quantia devida aos autores no valor de R$ 10.464,00 (dez mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais).

h) Requer ainda o autor nos termos do § 4° do art. 51 que trata das cláusulas abusivas, a requerente requer que Vossa Excelência de procedência a considerar nula de pleno direito a tolerância de 180 dias úteis, mesmo porque referida clausula já expirou, colocando o autor em total prejuízo, bem como item J, letra 'D', referente correção pela tabela Price do referido contrato" (fls. 24/25).

12. Tem-se, pois, que a r. sentença foi *ultra petita* no capítulo que condenou a ré ao pagamento de juros de mora *pro rata* devidos no período de atraso da obra.

13. Ademais, verifica-se que, na fundamentação, a r. sentença afastou a ilegalidade da incidência do INCC durante o período do atraso da obra, mas, de outro lado, condenou a ré ao pagamento desses juros de mora, como uma forma de ressarcimento por perdas e danos, o que, como se viu, não foi pedido na inicial.

14. Nesse particular, então, a sentença é nula.

15. Anoto, de outro lado, que inexiste abusividade na cláusula que fixa prazo de tolerância para a entrega de obra em contratos de compra e venda de

Acesso ao Sumário

imóveis em construção, amplamente difundida neste mercado, que se sujeita às mais variadas circunstâncias durante sua execução.

16. Ainda que possa aparentemente colocar o consumidor em desvantagem (diante da inexistência de um prazo de carência semelhante para o pagamento das parcelas do preço), uma vez aceita, não pode ser considerada ilegal.

17. A este respeito, inclusive, esta Corte editou a Súmula 164, segundo a qual "*É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível*".

18. Quanto à alegação de caso fortuito formulada pela apelante, Importante salientar, ainda, a Súmula 161, que assenta que: "*Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram 'res inter alios acta' em relação ao compromissário adquirente*".

19. De rigor, pois, a manutenção da r. sentença nesse ponto.

20. No que tange à comissão de corretagem, de rigor o reconhecimento da prescrição do pedido de seu ressarcimento.

21. É que o C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que incide a "*prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC)*" (vide REsp n. 1.551.956/SP).

22. Destarte, tendo em vista que o contrato foi assinado aos 13.7.2009 (fls. 31) e a ação ajuizada apenas em 10.12.2013, escoado o prazo prescricional.

23. Saliento que o prazo prescricional está previsto no Código Civil, vigente por ocasião da assinatura do contrato e do ajuizamento da ação, certo que deve ser aplicado ao caso, por ocasião do julgamento, a orientação jurisprudencial atual, sob pena de violação ao art. 927 do CPC.

24. Por derradeiro, passo a analisar o recurso adesivo do autor e o faço para negar-lhe provimento.

25. Isso porque, o mero inadimplemento contratual, conforme entendimento pacífico de nossa jurisprudência, não dá ensejo à reparação por dano moral.

26. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, só se caracteriza como dano moral "*(...) a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da*

Acesso ao Sumário

órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo" (Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., SP: Malheiros, 1998, p. 78, *apud* Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 8ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 549/550).

27. Em verdade, "*a indenização por dano moral não deve ser deferida por qualquer contrariedade, não se devendo estimular o enriquecimento indevido nem a chamada 'indústria do dano moral'*" (REsp. nº 504.639 PB, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 26/6/03, DJ de 25/8/03, pág. 323).

28. Confira-se, a propósito, lição do eminente Des. José Osório que, ao relatar a Ap. 83.060.4/5-00, j. 12/8/99, assim decidiu: "*Nos casos de ilícito contratual, exige-se maior severidade para o reconhecimento do dano moral. Só mesmo em caso de dolo civil ou de culpa grosseira por parte do causador do dano. Nos demais casos, entende-se que os aborrecimentos sofridos são consequência natural da vida dos negócios. É o que aconteceu no presente caso, em que a ré teve algum motivo para explicar seu comportamento...*".

28. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento segundo o qual "*o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante e normalmente o traz trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade*" (REsp. 338.162 - MG - STJ - 4ª Turma - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 20.11.2001 - DJ de 18.02.2002).

29. No caso concreto, não há situação de excepcionalidade que permita a conclusão de que o autor tenha sofrido abalo em sua honra ou a qualquer valor psíquico ou direito de personalidade, em razão do atraso na entrega do bem, de maneira que o afastamento do pedido de indenização a este título é de rigor.

30. Neste sentido, confiram-se precedentes desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "Dano moral. Mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Ausência de prova de que o aludido incidente tenha provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico da apelante. Recorrente não se desincumbiu do ônus probatório, demonstrando de maneira cabal a conduta lesiva do recorrido capaz de justificar pedido de reparação de danos, sendo de rigor o não acolhimento de sua pretensão (art. 333, I, do CPC). Recurso, nesta parte, improvido. (...)

Acesso ao Sumário

2 - Melhor sorte não assiste à apelante quanto ao pedido de indenização por danos morais. Embora não se duvide dos aborrecimentos causados à apelante pelo evento em questão, tornaram-se relativamente comuns incidentes envolvendo atrasos na entrega de obra, como o ocorrido no caso em tela, não importando reparação o mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade. Não havendo prova e nesse caso não se presume o dano de ter o aludido incidente provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico da apelante, não se justifica a compensação em dinheiro, restando descabida, neste ponto, a reforma da r. sentença." (TJSP. Ap. 9285214-41.2008.8.26.0000 Rel. Des. José Joaquim dos Santos 2ª Câmara de Direito Privado DJ 16/10/2012).

"Na verdade, meras aflições e irresignações são próprias dos negócios que são realizados no mundo todo e sem outras particularidades, como no caso, não estariam a justificar reparação por dano moral. Se todos os negócios devessem ser presumidos como a terem de desembocar num mar de rosas e a natureza humana não haveria sequer de ter que padecer dúvidas nem angústias, como é de se esperar dela, para honra de suas gerais características, nem as leis haveriam de prever sequer normas de reparação por danos materiais" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 140.905-4/7, de São Paulo, Relator Desembargador J. G. JACOBINA RABELLO, j. 26/6/2003).

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORA DA CONSTRUTORA PROMITENTE VENDEDORA RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS - CABIMENTO - IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DO IMÓVEL - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA, EM REGRA - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - O consumidor está autorizado, por nosso ordenamento jurídico, a pleitear a rescisão contratual, bem como a devolução imediata dos valores pagos. II - Decorrente da rescisão contratual, em virtude da mora injustificada da Construtora, promitente vendedora, a devolução integral das parcelas pagas é medida de rigor e está em consonância com a orientação preconizada por esta Corte Superior. III - Todavia, salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes. IV - Recurso especial parcialmente provido." (STJ. REsp 1129881/RJ Rel. Min. Massami Uyeda Terceira Turma Data do julgamento: 15/09/2011).

31. A propósito do tema, o mesmo C. Superior Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.274 - SP - 2014/0095592-6), julgado aos 8 de novembro de 2016, confirmou o entendimento de que, em casos como o dos autos, "*Para a configuração do dano moral no caso de atraso na entrega de imóvel, o STJ tem entendido que, muito embora o simples descumprimento contratual não provoque danos morais indenizáveis,* ***circunstâncias do caso concreto podem configurar a lesão extrapatrimonial****. Nesse sentido: AgInt no AResp 301897/RJ, 4ª Turma, DJe 22/09/2016; AgRg no AResp 809935/RS, 3 Turma, DJe 11/03/2016; e, REsp 1551968/SP, 2ª Seção, DJe 06/09/2016.* ***Não sendo presumido o dano moral na hipótese, seria necessária a sua comprovação, a fim de gerar o dever de indenizar****. Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu que os recorrentes não demonstraram circunstâncias que justificassem condenação da recorrida em compensação por danos morais (e-STJ fl. 351)*".

32. O referido recurso veio assim ementado:

> CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. CONSTRUTORA. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. CABIMENTO. 1. Ação de indenização por dano material e compensação por dano moral ajuizada em 11.07.2012. Agravo em Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o atraso da recorrida em entregar unidade imobiliária gerou danos materiais e morais aos recorrentes. 3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, impede o conhecimento do recurso especial. 4. **A jurisprudência do STJ vem evoluindo, de maneira acertada, para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis**. 5. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 6. A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73). Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, provido. (Rel. Min. Nancy Andrighi).

33. Diante do exposto, de rigor a anulação da r. sentença, no capítulo referente à condenação ao pagamento de juros de mora em favor do autor, e a improcedência do pedido de restituição de comissão de corretagem, em razão do reconhecimento da prescrição.

Acesso ao Sumário

34. Em razão do ora decidido, tendo em vista a sucumbência mínima da ré, fica o autor condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da causa, observadas as regras quanto à justiça gratuita concedida.

35. Pelo meu voto, pois, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré e NEGO PROVIMENTO ao recurso adesivo do autor, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003123-85.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes CLAUDIONICE COSTA (JUSTIÇA GRATUITA) e ARAYDE RODRIGUES DA SILVA COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados JULIANA LEITE CRIVELIN SILVA, LUCIANA LEITE CRIVELIN, CLAUDIO COSTA, ANTONIO COSTA (ESPÓLIO), PAULO COSTA, MARIA APARECIDA IGNACIO COSTA, CARLOS DANILO IGNACIO COSTA, CARLOS RENATO IGNACIO COSTA, CARLOS RODRIGO IGNACIO COSTA, REGINALDO ANTONIO COSTA, GUILHERME COSTA DE MELLO, RAFAEL COSTA, JONATHAN PEREIRA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e REGIANE CRISTINA COSTA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13345)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), RÔMOLO RUSSO e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Autores pretendem usucapir imóvel sobre o qual alegam exercer a posse há mais de 37 anos. Sentença de improcedência. Apelo dos autores. 1. Preliminar de cerceamento de defesa que deve ser afastada. Documentos juntados aos autos que eram suficientes para a solução do litígio. Magistrado que não é obrigado a deferir todas as provas postuladas pelas partes. 2.

Acesso ao Sumário

Usucapião improcedente. Ausência dos requisitos. Prescrição aquisitiva. Modo originário de aquisição da propriedade. Requisitos legais. Coisa hábil (*res habilis*) ou suscetível de usucapião, posse (*possessio*) e decurso do tempo (*tempus*). Não preenchimento. Usucapião em detrimento dos demais herdeiros. Autores não detinham a posse com intenção de donos, haja vista estarem ali mediante simples tolerância dos proprietários (pais do coautor Claudionice) e, posteriormente, dos herdeiros. Mera tolerância ou permissão não gera posse, o que inviabiliza, consequentemente, a usucapião. Precariedade da posse. Não convalescimento. Sentença mantida. 3. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *ação de usucapião urbano* (*sic*), ajuizada por CLAUDIONICE COSTA e ARAYDE RODRIGUES DA SILVA COSTA em face de ESPÓLIO DE ANTÔNIO COSTA e outros, PAULO COSTA e REGIANE CRISTINA COSTA.

A r. sentença (fls. 1014/1015), disponibilizada no DJe de 17/06/2016 (fls. 1017), julgou improcedente a ação, nos seguintes termos:

> "*A ação, revogada a decisão que antecipou a tutela aos requerentes, para fins de se reconhecer a eles o direito à serem mantidos na posse do imóvel, é improcedente, arcando eles com os ônus da sucumbência, com honorária em R$1. 500 ,00 , nos termos do §8 º, do artigo 85 , do NCPC.*" (Fls. 1014).

Foram opostos embargos de declaração pelos autores (fls. 1018/ 1019), acolhidos pela decisão de fls. 1010, "*para o fim de constar que sejam observados os termos do § 3º, do artigo 98, do NCPC, ante a gratuidade já concedida aos autores*".

Inconformados, apelam os requerentes (fls. 1026 /1037).

Alegam que houve cerceamento de defesa pela não produção de prova testemunhal e depoimento pessoal das partes.

Dizem que "*Também preliminarmente os autores pleiteiam seja recebido este recurso em ambos os efeitos (suspensivo e devolutivo), inclusive quanto à Liminar concedida anteriormente pelo Juízo para sua manutenção na posse do imóvel. Como efeito imediato da anulação da sentença, deverá ser também restabelecida a liminar de manutenção de posse.*" (fls. 1029).

Acesso ao Sumário

Afirmam que "*os documentos carreados nos autos (comprovantes de residência, comprovantes de pagamento de impostos, e tarifas de água, energia elétrica e telefone, além de certidões negativas de ações possessórias relativas ao imóvel) demonstram indubitavelmente que os autores têm a posse mansa e pacífica do imóvel em questão, há mais de 37 (TRINTA E SETE), o que lhes dá o direito ao domínio do imóvel através de usucapião, nos termos do art. 1.240, do Código Civil, e 941 e seguintes, do Código de Processo Civil; existindo, portanto, prova inequívoca da verossimilhança das alegações (fumaça do bom direito)*" (fls. 1032).

Sustentam que "*não há que se falar em comodato ou mero direito de detenção do imóvel usucapiendo, após a morte dos proprietários (pais do co-autor Claudionice). Isso porquê, como se observa pelas Certidões de Óbito em anexo, a mãe do co-autor (Sra. Laura Ferreira da Costa) faleceu em 02 /12 /1957, portanto há 59 anos, e muito antes dos autores passarem a ocupar o imóvel. Já o pai do co-autor (Sr. Antônio Costa) faleceu em 30/12/2001, portanto há DEZESSEIS ANOS. Assim, já HÁ MAIS DE 05 ANOS desapareceu, juntamente com o óbito dos proprietários do imóvel, o alegado comodato ou detenção dos autores sobre o mesmo. Note-se ainda que mesmo após o óbito dos pais do co-autor Claudionice, o imóvel usucapiendo nunca teve a posse ou a propriedade reclamadas pelos demais herdeiros, decorrendo-se o prazo legal de 05 anos de ocupação estabelecido pelo art. 1.240 do Código Civil para o direito de usucapião urbano*" (fls. 1034).

Argumentam que "*A posse dos autores sobre o imóvel é mansa e pacífica, conforme comprovaram indubitavelmente, através da Certidão Negativa de Ações Possessórias de fls. 15/16, que não havia qualquer ação objetivando a posse ou propriedade do citado imóvel ao tempo da distribuição da presente demanda de usucapião*" (fls. 1035).

Acrescentam que "*Como consequência da reforma pretendida na sentença, em sendo decretada a procedência da demanda, deverão ser invertidos os ônus sucumbenciais, com a condenação dos réus no pagamento dos honorários advocatícios do patrono dos autores. Desta forma, os autores requerem seja reformada a r. Sentença para que sejam condenados os réus no pagamento dos ônus sucumbenciais. Alternativamente, em caso de manutenção da r. Sentença por este e. Tribunal, o que se admite a título expositivo, requer seja reformada a r. Sentença para que seja ao menos reduzido o valor dos honorários sucumbenciais, na forma do art. 85 do CPC*" (fls. 1036).

Recurso tempestivo, regularmente processado e isento de preparo (fls. 183).

Contrarrazões pelos réus (fls. 1044/1047 e 1048/1051).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 1066/1070,

Acesso ao Sumário

opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Os autores ajuizaram a presente demanda visando usucapir imóvel urbano localizado à Rua Chile, 225, da Comarca de São José do Rio Preto, sobre o qual alegam exercer a posse mansa e pacífica por mais de 37 anos.

EFEITO SUSPENSIVO

A r. sentença foi disponibilizada no DJe de 17/06/2016 (fls. 1017), portanto, sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece que "*começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...) V - confirma, concede ou revoga tutela provisória*" (art. 1012, § 1º, V do CPC/2015).

Diante disso, o presente apelo tem efeito apenas devolutivo.

O parágrafo terceiro do dispositivo legal em comento, por sua vez, esclarece que "*§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II - relator, se já distribuída a apelação*".

Assim, deveriam os recorrentes ter pleiteado a concessão do efeito suspensivo pretendido pelo requerimento adequado, sendo descabida, a este tempo, qualquer discussão acerca dos efeitos atribuídos ao apelo em razão da expressa disposição legal.

CERCEAMENTO DE DEFESA

Não merece acolhida a tese de cerceamento de defesa alegada pelos autores. Isso porque completamente desnecessária a produção de prova testemunhal ou depoimento pessoal. A causa encontrava-se suficientemente instruída, dando condições para que o magistrado formasse seu convencimento.

O julgador é o destinatário final das provas que servem à formação da sua convicção sobre a demanda. O art. 370 do Código de Processo Civil, nesse sentido, impõe ao Julgador o poder-dever de indeferir diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias.

Por sua vez, o art. 355, do mesmo diploma, é expresso em permitir o julgamento antecipado da lide quando não houver necessidade de produção de provas em audiência.

No caso, com efeito, as provas documentais presentes nos autos eram suficientes à formação da convicção do MM. Juízo *a quo*.

MÉRITO

No mais, antes de entrar propriamente no mérito, convém tecer breves comentários acerca do instituto ora em análise.

Acesso ao Sumário

CARLOS ROBERTO GONÇALVES ensina que a usucapião, também conhecida como prescrição aquisitiva, é "*modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles, as servidões e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei*"[1].

Seus pressupostos são a coisa hábil (*res habilis*) ou suscetível de usucapião, posse (*possessio*), decurso do tempo (*tempus*), justo título (*titulus*) e boa-fé (*fides*). O doutrinador assevera que os três primeiros requisitos são indispensáveis e exigidos em todas as espécies de usucapião. O justo título e a boa-fé somente são reclamados na usucapião ordinária.

A posse *ad usucapionem* é aquela que contém os requisitos exigidos pelos arts. 1.238 a 1.242 do Código Civil, sendo o primeiro deles o *animus domini*. Quanto a este requisito, segundo JOSÉ CARLOS DE MORALES SALLES:

> "*Verifica-se, pois que no tocante ao 'animus domini', há necessariamente uma atitude psicológica de proprietário por parte do possuidor: há um requisito psíquico, de tal forma mesclado com a posse, que se torna elemento essencial para a usucapião. Com isto, fica afastada a possibilidade de usucapião pelos flâmulos da posse, ou seja, por aqueles que, estando em relação de dependência para com o dono da coisa, conservam a posse em nome deste, não por poder próprio, a título de possuidores, mas como simples detentores, instrumentos da vontade do preponente. Como exemplos, citam-se o caseiro e o administrador de fazenda. Devem ser excluídos, também, os que, temporariamente, exercem a posse direta sobre a coisa, em decorrência de obrigação ou direito, tais como o locatário, o comodatário, o usufrutuário e o credor pignoratício. Nenhum deles possui com animus domini porque, em virtude da 'causa da posse', se torna impossível possuírem a coisa como proprietários.*" (Usucapião de Bens Imóveis e Móveis. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pg. 76).

In casu, o imóvel objeto da lide foi adquirido pelo pai do coautor Claudionice em 13/12/1977 (fls. 14), vindo o proprietário a falecer em 30 /12 /2001 (fls. 192).

Daí já se conclui que a ocupação do imóvel pelos autores decorreu de mera permissão ou tolerância do proprietário que era genitor do requerente Claudionice.

Após o óbito do proprietário, os herdeiros ajuizaram o competente inventário, o qual tramita desde 2007 (fls. 197 /208), com diversas tentativas dos autores de burlar a sucessão hereditária, promovendo incidentes de remoção de inventariante e, alegando, já naqueles autos serem os proprietários do imóvel em razão do direito à usucapião.

1 Direito Civil Brasileiro, 7ª ed., v. 5, Ed. Saraiva, 2009, p. 256/279

Acesso ao Sumário

Todavia, não obtiverem êxito em seu intento, sendo deferido no processo de inventário o competente alvará para a venda dos imóveis pertencentes ao espólio (fls. 178), inclusive o objeto desta demanda, sendo a venda concluída e os autores notificados pelas adquirentes a desocuparem o bem (fls. 180).

Assim, não há que se falar em posse *ad usucapionem* porque os apelantes ocupam o imóvel por mera tolerância do proprietário (pai do coautor Claudionice) e, posteriormente, dos demais herdeiros.

Destaca-se que o fato dos autores, supostamente, arcarem com as despesas relativas à impostos incidentes sobre o imóvel, o que ficou controvertido no feito, se dá simplesmente porque detém a posse. Isso não significa que se comportam com *animus domini* em relação ao imóvel de propriedade do espólio, uma vez que se tratam de despesas com a conservação do bem que são relacionadas com a utilização do bem, de modo que quem detém sua deve lhes fazer frente.

Sabe-se que é possível ocorrer modificação do caráter da posse, mas não é este o caso dos autos.

Com efeito, os autores não detinham a posse com intenção de dono, haja vista estarem ali mediante simples *tolerância* do proprietário e dos demais condôminos. Ora, é cediço que a mera tolerância ou permissão não gera posse *ad usucapionem*, o que inviabiliza, consequentemente, a usucapião.

No direito pátrio, segundo magistério de BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO, em sua obra Tratado de Usucapião, o conhecimento do domínio alheio "*faz com que a posse seja exercida sem 'animus domini'. Enfim, não têm posse 'ad usucapionem', por faltar o 'animus domini' aquelas pessoas jungidas por um contrato e ainda quando tenham ciência do exercício da posse para terceiro*".

Sobre o tema, ainda explica que "*volvendo à lição de Ihering, não basta o ânimo ou vontade de ter a coisa como dono pois é indispensável que ele resulte da causa possessionis (do título pelo qual se exerce a posse): se esta se iniciou de uma ocupação, violenta ou pacífica, existirá ânimo; mas, se ela começou em razão de um contrato (locação, comodato etc), que leva ao conhecimento de alguém como dono, não existirá (...) integrada a posse, como anteriormente dito, em seus dois elementos - detenção e ânimo de possuir -, continuará até que não deixem de coexistir esses dois elementos. De outro lado, cessará quando ausente um desses elementos*" (Tratado de Usucapião, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1, pp. 704/705).

Ora, tratando-se de mera tolerância, é sabido que sequer há possibilidade de convalescência, pois se trata de situação que não goza da proteção legal possessória a teor do art. 1.208 do Código Civil.

Segundo doutrina clássica, o convalescimento somente é possível nos casos de violência e clandestinidade. Não sendo admitido nos casos de precariedade.

Acesso ao Sumário

A este respeito, MARIA HELENA DINIZ, menciona em seu Código Civil Comentado (pág. 827) o seguinte: "*Não induzem posse os atos violentos ou clandestinos, senão após a cessação da violência ou clandestinidade. Assim sendo, se o adquirente a título violento ou clandestino provar que a violência ou a clandestinidade cessaram há mais de ano e dia, sua posse passará a ser reconhecida, convalescendo-se dos vícios que a maculavam. Já o mesmo não se dá com a posse precária, pois a precariedade não cessará jamais*".

Devido à causa aquisitiva da posse, portanto, exclui-se a possibilidade de posse *animus domni*, porquanto os apelantes estiveram no bem mediante mera tolerância do proprietário e em razão da relação familiar existente entre eles.

Com efeito, ainda que os apelantes ocupem o imóvel por mais de trinta e sete anos, não é possível reconhecer a prescrição aquisitiva por inequívoca ausência de *animus domini* e expressa determinação legal que a exclui.

Vale acrescentar que o artigo 1.208 do Código Civil, que reproduz na íntegra o conteúdo do artigo 497 do Código Civil de 1916 , é claro ao dispor que "*não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade*".

Sobre este assunto, este Egrégio Tribunal já se posicionou:

"*Ação de usucapião extraordinária - Sentença de improcedência - Ausência de demonstração da posse 'ad usucapionem' - Não demonstrado o animus domini da ocupante do imóvel - Posse que se baseava em consentimento dos proprietários do bem - A declaração da prescrição aquisitiva requer robusta demonstração dos requisitos legais para sua configuração - Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.*"

(Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; Comarca: Campos do Jordão; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/05/2016; Data de registro: 30/05/2016)

"*Ementa - Usucapião - Requerente entrou no imóvel a convite do avô de seus filhos - Permissão que desqualifica a posse em detenção (art. 497 CC de 1916) - Imóvel transferido ao pai dos filhos da Requerente por ocasião da morte do avô - Permanência no bem consentida - Tolerância que desqualifica posse (art. 497 CC de 1916) - Detenção não enseja usucapião - Recurso improvido.*" (7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0043568-08.2005.8.26.0482, Rel. Des. LUIZ ANTONIO COSTA, j. 08/02/2012)

Por fim, igualmente não merece acolhida o pleito de redução da verba honorária, fixada por equidade em R$ 1.500,00, uma vez que o valor se mostra adequado a remunerar condignamente os patronos dos réus, considerando-se os interesses em litígio, a duração do processo e o trabalho desenvolvido em

Acesso ao Sumário

primeira instância.

DISPOSITIVO

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

O presente apelo foi interposto sob a égide do atual CPC, que determina o arbitramento de honorários advocatícios em recurso (art. 85, § 1º, CPC). Assim, majoro os honorários advocatícios fixados para os patronos dos réus em R$ 1.500,00 para R$ 2.000, 00, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039717-19.2017.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes BANCO DO BRASIL S/A e CONSTRUTORA MENDES PEREIRA, são apelados SUELI APARECIDA DOMINGUES e EDINA LONGANI.

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. Por maioria de votos. Nos termos do art. 942 do CPC, foram convocados o 4º e 5º Juízes, que foram contrários ao relator, que declara voto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34401)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES, vencedor, VITO GUGLIELMI, vencido, PAULO ALCIDES (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA, JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

PAULO ALCIDES, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA, C.C. COMINATÓRIA. Pretensão das autoras de adjudicarem a vaga de garagem adquirida com o apartamento, com o cancelamento da garantia hipotecária existente na respectiva matrícula do imóvel. Procedência. Afastada a preliminar de falta de interesse de agir das autoras. Inexigível a tentativa de solução administrativamente. Acesso ao Judiciário garantido constitucionalmente. Inteligência do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Respeito ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição. Mérito.

Gravame que não possui eficácia perante o adquirente, ainda que tenha sido constituído em data anterior à aquisição do bem. Inteligência da Súmula nº 308 do E. STJ. Adjudicação do imóvel, com o cancelamento do ônus hipotecário que se impõe. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por BANCO DO BRASIL S.A. contra a r. sentença (fls. 148/151, declarada a fl. 156), proferida na ação de adjudicação compulsória, cumulada com cominatória, proposta por SUELI APARECIDA DOMINGUES e EDINA LONGANI, julgada procedente para adjudicar às autoras a vaga de garagem descrita pormenorizadamente na matrícula de nº 118.015, lavrada pelo 2º Oficial de Registro de Imóveis de Guarulhos, e para declarar ineficaz o ônus hipotecário perante os adquirentes.

Suscita, em preliminar, falta de interesse de agir, pois a parte ingressou com a ação antes de procurar o réu para obter alguma solução administrativa. No mérito, sustenta ser impossível o cancelamento da hipoteca e outorga da escritura da garagem livre do ônus hipotecário, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. (fls. 158/161)

Recurso tempestivo e preparado (fls. 162/163).

Contrarrazões foram apresentadas (fls. 166/169)

É o relatório.

O pedido das requerentes, consoante a r. sentença, fundamenta-se nos seguintes fatos: "*adquiriram da corré Construtora Mendes a unidade autônoma de nº 81, do Bloco A, e vaga de garagem, que compõe o conjunto Residencial Bom Clima, sito à Rua Cônsul Orestes Correa, 295, Guarulhos-SP, cujo preço ajustado foi quitado aos 25/10/2006. Afirmam que recai sobre o imóvel ônus hipotecário, o qual foi objeto de ação judicial, a qual foi julgada procedente, outorgando-lhes a escritura e registro do imóvel, contudo, não foi possível o registro da vaga de garagem, uma vez que não consta do compromisso de compra e venda, de forma literal, o número da vaga atribuída à unidade 81, do Bloco A. Sustenta que as vagas de garagem foram sorteadas pelo condomínio em Assembleia Geral, cabendo a elas a vaga de nº 122, registrada perante o 02º Oficial de Registro de Imóveis de Guarulhos, matrícula de nº 118.015, sobre a qual recai ônus hipotecário em favor do banco réu. Requerem a outorga da escritura da vaga de garagem de nº 122 livre de ônus.*" (fl. 148)

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de falta de interesse de agir.

De acordo com Marcus Vinícius Rios Gonçalves, o interesse de agir se

Acesso ao Sumário

constitui pelo "*binômio necessidade e adequação.* ***Para que se tenha interesse é preciso que o provimento jurisdicional seja útil a quem o postula.*** *A adequação refere-se à escolha do meio processual pertinente, que produza um resultado útil.*" (*in* Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento, 1ª parte, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

As demandantes têm interesse de agir para a propositura da demanda, ainda que não tenham procurado o requerido administrativamente, mormente porque o acesso ao Judiciário é garantia constitucional, disposta no art. 5º, XXXV, da Carta Magna: "(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

O Judiciário, quando provocado, tem o dever de responder à pretensão deduzida pela parte, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Na lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: "*Sob a dicção de que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito', a Constituição da República empalmou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, em síntese, de um lado, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele [...] Por fim, nada impede que a lei venha a criar contenciosos administrativos. O percurso administrativo, no entanto, não é obrigatório, sendo facultado apenas ao administrado, que, em caso de não interesse, poderá socorrer-se imediatamente do Poder Judiciário*" (Curso de Direito Constitucional, Ed. Verbatim, 15ª ed., p. 209/210).

Neste sentido este E. Tribunal de Justiça pelo voto da Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, já decidiu: "*O acesso ao Poder Judiciário não se condiciona ao exaurimento prévio da via administrativa*" (Apelação nº 0008461-91.2010.8.26.0201, 34ª Câmara de Direito Privado, dj 16.01.2012).

De se ressaltar, ainda, que a oferta de reconvenção e a interposição de recurso de apelação reforçam o interesse de agir das autoras.

Quanto ao mérito, há documentação comprobatória da quitação do imóvel, cuja hipoteca se requer a baixa.

As requerentes assinaram um instrumento particular de cessão de direitos, obrigações e outras avenças, de compromisso particular de compra e venda de unidade residencial e de uma vaga de garagem (fls. 19/20), com Vera Regina Massaro Nenês Pereira, tendo a "Construtora Mendes Pereira Ltda." participado do negócio como Anuente Credora, o qual foi devidamente quitado em 25.01.2006, conforme recibo de fl. 21.

Como observado pelo douto Juízo de primeiro grau:

> "*O processo que tramitou perante à (sic) 34ª Vara Cível do Foro Central, da Comarca da Capital, adjudicou às autoras a unidade autônoma de nº 81, do Bloco A, do Conjunto Residencial Bom Clima,*

silenciando-se acerca da vaga de garagem.

A ata da assembleia geral do condomínio (documento de fls. 26/32), realizada aos 28/02/2009, considerando a aquisição pelos condôminos de vaga de garagem indefinida, aprovou o sorteio definitivo das vagas, no qual foi atribuída à unidade das autoras a vaga de nº 122."

De se observar que a vaga de garagem tem matrícula própria, lavrada no 2º Cartório de Registro de Imóveis de Guarulhos, registrada sob nº 11.015, de propriedade da "Construtora Mendes Pereira Ltda.", com garantia hipotecária em favor do Banco Nossa Caixa S.A. (fls. 33/34), incorporado pelo demandado.

Com relação à baixa do gravame, pacífica a jurisprudência no sentido de que o comprador, ao fim do pagamento do preço estipulado, tem o direito de receber a outorga da escritura definitiva do imóvel adquirido e sem qualquer gravame, diante da incontroversa quitação do preço do negócio.

A respeito da hipoteca instituída pela construtora, o C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

"As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porque estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não respondem pela eventual inadimplência da construtora O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema"

(Resp n° 171 421-SP, da E 4a Turma, rei Min Ruy Rosado de Aguiar).

Esse entendimento já se encontra consolidado pela Súmula 308 do C. Superior Tribunal de Justiça: "*A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel*".

Daí porque ser irrelevante que o imóvel já estivesse gravado com hipoteca para a liberação de numerário pelo agente financeiro à construtora antes da celebração do contrato de venda e compra do imóvel pelas requerentes.

O cancelamento da hipoteca era providência que se impunha, prevalecendo os interesses do consumidor, que contratou, quitou o preço e possui o direito de obter o título dominial do bem adquirido sem o gravame que lhe pesa.

A cláusula quinta do contrato dispõe que "*À vista da presente cessão ficam as Promissárias Cessionárias autorizados (sic) a receber diretamente da Proprietária Construtora Mendes Pereira Ltda.", a competente escritura definitiva de venda e compra, independentemente de anuência ou concordância dos Promitentes Cedentes.*" (fl. 20)

Quanto à verba honorária, arbitrada em 10% sobre o valor da causa, fica

Acesso ao Sumário

majorada para 15% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado pela Tabela Prática deste

E. Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015.

Concluindo, a r. sentença é de ser mantida.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, nega- se provimento ao apelo.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 40.990)

Meu voto, permissa vênia da douta maioria, dava provimento ao recurso, pelas seguintes razões:

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou procedente ação de adjudicação compulsória cumulada com cominatória proposta por Sueli Aparecida Domingues e Edina Longani em face do Banco do Brasil S/A e da Construtora Mendes Pereira Ltda.

As autoras propuseram a ação narrando haverem firmado com a corré Construtora Mendes Pereira Ltda. um contrato de compromisso de compra e venda para aquisição da unidade autônoma n. 81, Bloco A, no Conjunto Residencial Bom Clima, bem como da respectiva vaga de garagem. Alegam que, embora hajam proposto anteriormente demanda adjudicatória relativa à unidade imobiliária, é-lhes impossível o registro da escritura quanto à vaga de garagem, porquanto não constaria do contrato, de forma literal, o número da vaga atribuída a sua unidade. Narram que as vagas de garagem foram sorteadas em assembleia geral, cabendo-lhes a vaga de n. 122, registrada perante o 2º Registro de Imóveis de Guarulhos, sobre a qual recai ônus hipotecário em favor do banco réu. Pediram a outorga da escritura de compra e venda de tal vaga de garagem, livre de qualquer ônus.

O MM. Juízo (fls. 148/151) julgou a ação procedente. Ponderou, em suma, que o gravame hipotecário foi constituído em benefício do Banco do Brasil S/A para garantia do pagamento de mútuo celebrado entre a incorporadora e a instituição financeira. Pontuou que tal garantia não produz eficácia perante os adquirentes do imóvel, sob pena de inviabilizar a atividade da construtora no que tange à alienação das unidades construídas. Aludiu ao enunciado da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que "*a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.*"

Inconformado, apela o réu (fls. 158/161), alegando, em breve arrazoado,

Acesso ao Sumário

que as autoras seriam carecedoras da ação pela ausência do interesse de agir, pois que não buscaram elas qualquer solução administrativa previamente à propositura da demanda. No mérito, aduz que a liberação do ônus hipotecário constituído em seu favor seria inadmissível, de vez que, nos termos do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*"

Processado o recurso (fl. 164), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 166/169).

Acerca da possibilidade da realização do julgamento virtual, informaram as autoras sua concordância (fl. 174).

É o relatório.

2. Cuida-se de ação de adjudicação compulsória julgada procedente pelo MM. Juízo, a fim de deferir às autoras a adjudicação do imóvel por elas adquirido livre do ônus hipotecário constituído pela incorporadora em benefício da instituição financeira.

O banco, na qualidade de credor hipotecário e corréu no presente feito, apela, arguindo, preliminarmente, que as autoras seriam carecedoras da ação, pois que não se haveria demonstrado o seu interesse de agir; sem razão, porém.

No que concerne à preliminar de carência de ação por ausência de interesse de agir, não prospera a tese aventada pelo banco corréu.

O denominado interesse de agir - que é de natureza essencialmente processual -, na sua acepção mais técnica, se traduz na necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para alcançar uma determinada pretensão e que disso possa resultar alguma utilidade efetivamente apreciável a quem dele se socorreu.

Isso se corporifica na adequação procedimental, daí as expressões consagradas na doutrina: interesse-necessidade, interesse-adequação ou utilidade. A primeira, por não se obter solução extraprocessual, a segunda, para que o provimento atribua a eficácia exata buscada pela parte ao aforar o pedido inicial. É o que entende, precisamente, a jurisprudência:

> "***Só há legítimo interesse de agir quando a tutela jurisdicional pleiteada for adequada à satisfação do interesse material do demandante. Se o provimento jurisdicional não é adequado à realização do direito que se requer, então, de nada adianta prosseguir-se no exame de uma ação que se revela inútil à proteção do interesse da parte. Por tais motivos, afirma-se que o interesse de agir corresponde ao binômio 'necessidade-utilidade', pois é preciso que a parte tenha 'necessidade' de se utilizar da via judicial para deduzir a pretensão resistida e que o procedimento eleito seja 'útil' à obtenção da tutela jurisdicional invocada.***" (STJ - REsp 771312/DF - Primeira Turma - Min. José Delgado - j. 20.06.2006).

No caso em apreço, em primeiro lugar, as autoras comprovaram nos autos

Acesso ao Sumário

haverem notificado extrajudicialmente o banco corréu para que procedesse à liberação da hipoteca que recaía sobre o imóvel (fl. 36), havendo a notificação sido recebida em 29 de agosto de 2017, conforme aviso de recebimento colacionado aos autos (fl. 39).

A formulação prévia de pedido administrativo à instituição financeira, portanto, houve; embora, a rigor, nem mesmo fosse necessária à caracterização do interesse de agir das ora demandantes. Mesmo porque do próprio teor da contestação apresentada pelo réu exsurge sua evidente renitência quanto à liberação do gravame.

Superada a defesa processual peremptória, a ação havia, no mérito, de ser julgada, sem embargado, parcialmente procedente.

E isso porque a liberação do gravame hipotecário era mesmo indevida.

Como já tive oportunidade de salientar quando do julgamento da Apelação Cível nº. 0172382-78.2009.8.26.0100, da Comarca da Capital, uma vez constituída a hipoteca de maneira regular e em momento anterior à aquisição dos direitos sobre o imóvel pelo demandante, não pode o credor hipotecário ser compelido a baixá-la ou a cumprir relação contratual alheia, havida entre a construtora e o promissário comprador.

Sem desconhecer os precedentes jurisdicionais contrários e até mesmo a Súmula do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, não posso admitir, na esteira do que venho ponderando desde o julgamento da Apelação Cível 238.763.4/7-00 da Comarca desta Capital, o levantamento de hipotecas constituídas anteriormente à aquisição dos imóveis residenciais pelos autores da presente demanda constitutiva.

A nulidade da hipoteca não se corporifica. O banco corréu, ora apelante, ao conceder o financiamento, tem por óbvio, direito à hipoteca do empreendimento. Não me parece relevante, ainda que respeitoso, o argumento de que, destinando-se o empréstimo à construção de edifício residência, devesse acautelar-se na concessão do financiamento.

Primeiro, porque essa concessão é critério comercial do banco, cuja análise somente a ele próprio incumbe. Segundo, porque a existência de garantia hipotecária é fator de diminuição de risco. Terceiro, e o que é fundamental, é que na grande maioria dos casos, são os próprios adquirentes das futuras unidades autônomas que irão, a partir da entrega, quitar parte do preço junto ao credor hipotecário através de financiamento específico. O pagamento integral do preço à incorporadora ou construtora é, na grande maioria dos casos, exceção. E indica melhor poder aquisitivo, o que revela maior aptidão para o negócio jurídico.

Acesso ao Sumário

Ora bem. A restrição hipotecária incidente sobre o imóvel (fls. 34) é anterior em mais de três anos ao "*Instrumento Particular de Cessão de Direitos, Obrigações e Outras Avenças, de Compromisso Particular de Compra e Venda*

de Unidade Residencial", firmado pelas autoras em 2006 (fl. 20). Não se trata de financiamento obtido pela construtora no curso do empreendimento. Ao contrário, era precedente.

Logo, o direito do credor hipotecário não pode simplesmente ser ignorado. Isso é negar validade à manifestação de vontade, ao contrato, ao direito registrário e à garantia instituída.

Fique bem claro que não se está a afirmar que os autores sejam responsáveis pelo pagamento do valor total da hipoteca, na parcela relativa à unidade que adquiriu. Essa dívida, pago integralmente o preço, é da incorporadora ou **construtora, que deve ser compelida à obrigação de fazer** - providência, contudo, que refoge aos estreitos limites objetivos do recurso, uma vez que **não suscitada nesta instância**. Assim:

> "***OBRIGAÇÃO DE FAZER - Compromisso de compra e venda de imóvel - Outorga de escritura, livre de quaisquer ônus - Existência de hipoteca em favor do agente financeiro - Ônus que contou com a concordância da promitente compradora - Carência decretada***" (TJSP - Ap. Cível nº 66.600-4 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Rel. Franciulli Netto - j. 27.04.99).
>
> "***OBRIGAÇÃO DE FAZER - Ação visando compelir a ré à outorga de escritura definitiva de venda de imóvel - Cumprimento, no entanto, condicionado à liberação da hipoteca em favor da entidade que financiou o empreendimento - Inequívoca ciência desse ônus pelo autor, por expressa disposição contratual - Pendência judicial, ademais, em torno do correto montante da dívida hipotecária - Termo a quo do prazo para o cumprimento da obrigação ainda não verificado - Ação julgada procedente - Apelo provido - Embargos Infringentes rejeitados***" (TJSP - Emb. Infr. nº 73.655-4 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado - Rel. Erbetta Filho - j. 23.11.99).

O que não se pode, a meu sentir, com base no Código de Defesa do Consumidor é ignorar a garantia hipotecária, prévia e regularmente registrada, ao sabor da interpretação subjetiva.

Tenho sempre afirmado que é preciso que se prestigie essa autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor ou de princípios gerais, criar-se um verdadeiro direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário. O que não se deve permitir, o que é bem diferente, com essas mesmas bases, é apenas, como já dito, a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas. Não se pode criar obrigação contratualmente inexistente.

Ainda que moral ou eticamente sejam defensáveis alguns posicionamentos, com eles o direito não se compadece. Na medida em que se despreza a autonomia

Acesso ao Sumário

da manifestação de vontade, cria-se a insegurança jurídica. E nada, no estado de direito, é mais grave.

Destarte, impende a reforma da sentença, haja vista a improcedência do pedido de liberação do gravame deduzido pelas autoras. A ação era, assim, apenas parcialmente procedente.

Com o resultado, e em virtude da sucumbência parcial da demandante, deverá ela arcar com as custas e despesas processuais havidas pelo banco corréu, devendo, ainda, pagar a seus patronos, a título de honorários advocatícios sucumbenciais, o percentual de 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 2º do NCPC. No mais, quanto ao pedido adjudicatório, as verbas sucumbenciais remanescem como fixadas, frisando-se que serão elas devidas a favor das autoras e de seus patronos apenas pela construtora corré.

Assim se orienta meu voto, permissa vênia da douta maioria.

VITO GUGLIELMI, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001235-95.2016.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante M.C.S. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados J.G.N. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e C.E.S.N.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15788)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 6 de agosto de 2018.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação cível. Investigação de paternidade. Ação ajuizada pelo pai biológico. Exame hematológico que confirmou a paternidade. Ação julgada improcedente. Pretensão de reconhecimento depois de 11 anos. Menor que vive com o réu e madrasta, reconhecendo o réu como seu pai. Relação de afetividade desde o seu nascimento. Ausência de interesse do menor em conhecer o pai biológico,

o que lhe deflagrou alteração de comportamento por ansiedade. Pai registral que nutre afeto pela requerida, a quem sempre teve como filha biológica. Mudança da paternidade ou acréscimo no registro que pode trazer implicações na vida da infante, comprometendo-lhe a saúde emocional e psíquica. Precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Requerida que, em querendo, futuramente, poderá vindicar a condição de filha biológica, não obstante o vínculo socioafetivo. Recurso desprovido.

VOTO

A sentença de páginas 149/152 julgou improcedente o pedido e condenou o autor nos ônus de sucumbência, com a ressalva da gratuidade.

Apelou o autor páginas 156/161 aduzindo que o exame hematológico confirmou a paternidade biológica do apelante, que soube há pouco tempo da possível paternidade, que é possível segundo julgado do C. STF a pluriparentalidade, de modo que poderá manter relação afetiva com a criança.

Contrarrazões, páginas 164/167.

Colhido parecer ministerial em Segundo Grau pelo desprovimento do recurso, páginas 177/179.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se de ação investigatória de paternidade cumulada com retificação de registro, julgada improcedente.

Ainda que aventada a possibilidade da multiparentalidade, entendo que a sentença deve ser mantida.

Foi comprovado que o autor da ação é realmente o pai biológico da criança, a época da instrução e sentenciamento da ação o menor já contava com 11 anos de idade.

Como constou dos autos, o autor recebeu a notícia de que seria o pai biológico da requerida recentemente, por meio da mãe da requerida, que a procurou em rede social. Segundo consta, a mãe não mantem nenhum vínculo afetivo com a filha, tanto que a guarda da menor J. é do réu C. A mãe apenas realiza visitas a filha.

O requerido teve um filho biológico com a genitora da J., e quando esta nasceu, registrou-a como filha, acreditando sinceramente na sua paternidade.

É inequívoca a surpresa da paternidade biológica do autor da ação, para

Acesso ao Sumário

todas as partes, autor, requerido e requerida.

Todavia, não é possível a esta altura o acolhimento da pretensão de retificação do registro, para inclusão do autor como pai da requerida J., pois tal demanda não atende o melhor interesse da menor.

O autor pretende usar do meio judicial para ajustar uma aproximação com a filha, consoante entrevista feita no setor de psicologia.

Como restou demonstrado nos autos a menor não apresentou nenhum interesse na aproximação e convivência com o autor. Além disso, a situação que lhe foi apresentada teve negativo, passou a sofrer alterações em seu comportamento, deflagrados por ansiedade, sentimento de revolta e medo de perder o contato com aquele que considera seu pai.

A recomendação da equipe técnica foi de que não haja contato entre o autor e a requerida, e mais, que seja ela encaminhada para tratamento psicológico.

Assim, como conclusão da sentença, que dá arremate justo ao caso:

"*Não se olvida que M. é o pai biológico de J., o que está reconhecido pelo laudo do IMESC, situação que está atestada e não poderá ser negada. Assim, garantido o direito da infante quanto ao conhecimento de sua origem biológica, poderá ela, a qualquer tempo, se assim o desejar, postular futuramente o reconhecimento dessa paternidade.*

Contudo, entendo que não se pode afastar o vínculo socioafetivo entre C. e J., vínculo que vem formalizado pelo registro de nascimento e pelo sobrenome adotado pela infante, devendo ser preservado esse direito adquirido em razão da convivência e da vontade de ambos, verdadeiramente pai e filha."

Também não se pode desconhecer a orientação que se extrai de Julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a superioridade do afeto sobre a biologicidade, quando do julgamento da ADI 4.277, em acórdão da relatoria do Ministro Ayres Brito, verbis: "***....como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide***".

Posto isto mantenho a sentença por seus próprios fundamentos, como permite o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal.

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1128961-45.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado LINCOLN CÁSSIO DE SOUZA SOARES, é apelado/apelante EA SPORTS ELECTRONIC ARTS LTDA.

ACORDAM, em 4ª 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 46232)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DE IMAGEM DE JOGADOR DE FUTEBOL EM JOGOS DE VÍDEO GAME. CASOS SEMELHANTES JÁ JULGADOS NA CORTE.

1. Denunciação da lide aos clubes com quem a ré teria obtido autorização do uso da imagem. Transferência genérica dos direitos de imagem dos jogadores daquele clube, sem haver nos autos sequer uma lista de quais seriam esses jogadores. Desaconselhável inserir na lide questões relativa a contrato firmado com terceiro sem a mínima comprovação da cadeia sucessória de cessão dos direitos de imagem. Denunciação indeferida.

2. Documentos indispensáveis à propositura da demanda. Informações incontroversas trazidas na inicial de como os games funcionam, descrevendo a sua dinâmica, objetivo para o player e atrativos, trazendo prints das "páginas" do game mais relevantes, como aquelas que trazem o "avatar" do atleta e as suas características, é suficiente para elucidação do juízo acerca de como a imagem do atleta é utilizada. Desnecessidade de juntada da integralidade dos jogos, sendo que sua ausência certamente não configura cerceamento de defesa da ré, produtora dos jogos. Preliminar afastada.

Acesso ao Sumário

3. Prescrição. Versões anteriores dos jogos continuam em circulação e sendo comercializadas. Violação contínua ao direito de imagem. Prescrição não configurada.

4. Suppressio. Não havendo comprovação de conduta do autor que não seja a mera inércia, descabe se falar em perda do direito por aplicação do instituto da supressio, para cuja configuração não basta o transcurso do tempo, diferenciando-se, assim, da prescrição.

5. Autorização do uso da imagem. Alegação da ré de desnecessidade de autorização que é contraditória com a sua postura de tentativa de obtenção de autorizações por diversos modos. Apesar de jogador ser espécie de figura pública, a ré não pode usar a imagem do autor em exploração comercial sem licença, que, naturalmente, é concedida de forma onerosa. Hipótese que se diferencia do uso de imagem em favor de interesse público, não havendo justificativa para flexibilização do direito à proteção da imagem. Irrelevância do uso da imagem não ser depreciativo (Sumula nº 403 do STJ). Apesar de não ser atleta com fama de celebridade, a imagem do autor agrega valor aos games, visto que um dos grandes atrativos é a simulação da realidade do esporte. Como a imagem foi usada sem licença está caracterizado o ilícito produtor de danos indenizáveis.

6. Contratos firmados com a FIFPRO. Ausência de comprovação da cadeia de cessões do direito de imagem, a começar pelo autor, até chegar-se na FIFPRO. Contrato que não configura autorização legítima do uso da imagem.

7. Contratos firmados com os clubes que o atleta atuava. Ausência de comprovação de que os clubes possuíam os direitos de imagem que cederam, ainda mais considerando que o art. 87-A, caput, da Lei nº 9.615/98, exige que o clube firme com o atleta contrato relativo ao direito de imagem de forma apartada do contrato de trabalho desportivo.

8. Quantum indenizatório. Ponderada a expressão da

Acesso ao Sumário

imagem do atleta em questão e dos clubes que atuava, o preço de venda dos games, o valor de mercado do direito de imagem para games e uso não depreciativo da imagem, o quantum indenizatório deve ser reduzido de R$10.000,00 para R$5.000,00 por aparição/versão. Precedentes.

9. Termo inicial dos juros de mora. Responsabilidade extracontratual. Aplicação da Súmula nº 54 do E. STJ. Incidência a partir do evento danoso (lançamento de cada versão).

10. Sucumbência. Indenização por dano moral em quantia menor que a requerida não implica em sucumbência parcial. Súmula nº 326 do E. STJ.

11. Recursos providos, em parte.

VOTO

Vistos.

LINCOLN CÁSSIO DE SOUZA SOARES propôs ação indenizatória contra EA SPORTS ELECTRONIC ARTS LTDA., em razão de violação dos direitos de imagem; que é jogador profissional de futebol e que a ré teria utilizado indevidamente sua imagem e nome desportivo para fins meramente econômicos em sua linha de jogos esportivos eletrônicos, mais especificamente no Fifa Soccer, edições de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014, bem como no Fifa Manager, edições de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014; que tentou sem êxito resolver o conflito por meios alternativos; que nunca autorizou expressamente a cessão de seus direitos de imagem. A sua pretensão é de receber R$ 500 mil, o que englobaria todas as utilizações indevidas de sua imagem.

Contestação (fls. 158/224) alegando, preliminarmente, conexão; incidente de resolução de demandas repetitivas; não apresentação, de documentos indispensáveis à propositura da ação e prescrição. No mérito aduziu que o ônus de provar as alegações é do autor; que não demonstrou a violação do direito de imagem; que inexiste utilização indevida da imagem pelo fato de a ré possuir, mediante celebração de contratos de licença, a autorização da FIFPRO para uso de nome, imagem, características e representações visuais de jogadores vinculados às associações regionais do mundo; que o futebol é patrimônio cultural brasileiro, sendo que a imagem do jogador profissional, por ser pessoa pública, não pode ser objeto de proteção jurídica e; por fim rechaçou o valor pleiteado. Réplica (fls. 813/843).

Adveio sentença de PROCEDÊNCIA condenando a ré a pagar ao autor o montante de R$100.000,00 (R$10.000,00 por edição de jogo - 10 jogos) pelo

Acesso ao Sumário

uso não consentido de sua imagem e de seu nome com correção monetária desde a data do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Apelo do autor (2728/2752) pretendendo majorar o valor para R$500.000,00 (R$50.000,00 por edição) e o termo *a quo* dos juros de mora desde o evento danoso (lançamento dos jogos). Contrarrazões às fls. 2846/2872.

Apelo da ré (fls. 2755/2827) alegando nulidade da sentença para que seja reconhecida a aplicação da denunciação da lide, com determinação de retorno dos autos ao primeiro grau para que seja determinada a citação dos Clubes Bahia e Palmeiras; que inexiste utilização indevida da imagem pelo fato de a ré possuir, mediante celebração de contratos de licença, a autorização da FIFPRO para uso de nome, imagem, características e representações visuais de jogadores vinculados às associações regionais do mundo; não apresentação, de documentos indispensáveis à propositura da ação; prescrição; inexistência do uso indevido da imagem e do dever de indenizar; minoração do *quantum* indenizatório; ausência de fama do jogador; reforma quanto ao termo a quo da incidência dos juros moratórios e da correção monetária; que seja reconhecida a sucumbência recíproca das partes, condenando o apelado nas verbas sucumbenciais. Contrarrazões às fls. 2873/2898.

É o relatório.

Não há se falar em denunciação da lide. Nos contratos firmados com os clubes (Bahia - fls. 1475/1481 e Palmeiras - fls. 1482/1488) existe uma cláusula de transferência genérica dos direitos de imagem dos jogadores, sem especificar quais seriam esses jogadores. Ou seja, a ré não logrou êxito em provar que os aludidos contratos de licenciamento de marcas abrangeriam o autor e isso elimina a tese da defesa, pois o correto seria obter de cada jogador contrato individual de direito de imagem para exercício dos direitos correspondentes.

O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou inúmeros recursos de atletas que denunciaram a mesma queixa que o autor da ação formalizou e, por isso, as decisões estão uniformizadas e seguem o modelo que tutela o direito de personalidade. Essa é a razão do aproveitamento de trechos dos Acórdãos subscritos por colegas que tiveram a primazia do exame prioritário e que escreveram fundamentos irrepreensíveis.

Acesso ao Sumário

Em caso análogo, envolvendo a requerida deste processo, a Relatora Des. Mary Grun, em 13.06.2018, ao julgar a Apelação n. 1131132-04.2016.8.26.0100, escreveu: (...) *Mas, pelo contrário, a ré firma, do que consta dos autos, contrato genérico que faz menção aos "jogadores daquele clube", sem saber sequer se aquele clube possui contrato específico obtendo os direitos de imagem desses jogadores para os fins em questão, como exige o art. 87-A da Lei nº 9.615/98. E tenta se eximir da obrigação de contratar de forma responsável por meio de garantia genérica dada pelo clube de que teria os direitos e poderes para firmar*

tal contrato e transferir esses direitos. O âmbito da presente ação é simples, qual seja, saber se a ré necessitava ter os direitos de imagem do jogador para representá-lo da forma que faz nos games e, em caso positivo, se há comprovação de que possuía os direitos de imagem para tais fins. Se adquiriu tais direitos de imagem por cessão de direitos que possuía o clube em que atuava o atleta, bastava juntar aos autos a cadeia de transferência de direitos de imagem desde o jogador até a empesa produtora de games. Em resumo, a ré adquire direitos de imagem de forma ágil, abreviada e irresponsável e tenta inserir na lide a discussão acerca dessa contratação com terceiro.

Assim, desaconselhável inserir na lide questões relativa a esse contrato firmado com terceiro sem a mínima comprovação da cadeia sucessória dos direitos de imagem, o que anima manter o indeferimento, até porque coincide com outros julgados.

Nesse sentido, envolvendo a mesma ré: *Apelação Cível nº 0106434-29.2008.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 10.06.2010; TJSP; Apelação 1129632-68.2014.8.26.0100; Relator (a): Christine Santini; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2017; Data de Registro: 11/10/2017; Apelação Cível nº 1131132-04.2016.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mary Grun, j. em 13.06.2018*.

O segundo ponto refere-se à alegação de inexistência de documentos indispensáveis à propositura da demanda. Esse questionamento não possui razão de ser pelo fato de a inicial apresentar as informações suficientes sobre o funcionamento dos jogos e dados complementares, como os *prints* das "páginas" mais relevantes e dos "avatares" dos atletas, completando as suas características. Todo esse conjunto de dados fornece o conhecimento para que se faça o julgamento do caso sobre a análise de como a imagem do atleta é utilizada. Desnecessária a juntada da "integralidade dos jogos". Não há cerceamento de defesa. Ademais, o juiz é o destinatário da prova e deve decidir quais provas são relevantes à formação de sua convicção. Afastada a preliminar.

Agora o desafio é analisar a prescrição. Para que haja violação do direito de imagem é irrelevante apenas a produção dos jogos e ações de marketing da ré, vez que a imagem continua a ser utilizada ao longo do tempo por meio da comercialização de versões de anos anteriores, ainda que por terceiros-parceiros. Assim, responde a ré pelos produtos que coloca em circulação no mercado. Em outras palavras, a violação do direito de imagem do autor não se dá somente no ano de lançamento do game, mas, sim, periodicamente e a continuação do ilícito obsta a prescrição. Nesse sentido: *TJSP; Apelação 1057519-82.2015.8.26.0100; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2017; Data de Registro: 30/08/2017; TJSP; Apelação 1062611-41.2015.8.26.0100; Relator*

Acesso ao Sumário

(a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2017; Data de Registro: 29/06/2017; TJSP; Apelação 1054427- 96.2015.8.26.0100; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2017; Data de Registro: 01/02/2017.

Na mesma esteira não há se falar em suppressio, já que para configurá-la não basta o transcurso do tempo o que a diferencia da prescrição e nesse particular convém citar trecho do voto proferido na Apelação nº 9920040-22.2007.8.26.0000, Rel. Des. J. L . Mônaco da Silva: (...) *Por fim, não incide o instituto da supressio, pois não basta apenas o decurso de longo espaço de tempo para que se tenha como caracterizado. A vingar tal raciocínio, estaria implicitamente revogado o instituto jurídico da prescrição. A supressio exige também conduta do titular do direito subjetivo contrária à boa-fé objetiva, acompanhada de circunstâncias objetivas capazes de criar no outro sujeito da relação jurídica a confiança de que não mais haveria o seu exercício, a tanto não equivalendo a pura e simples demora no exercício do direito (...)*.

Adentrando ao mérito, é necessário registrar que o direito de imagem é praticamente absoluto no que tange ao uso sem consentimento do titular. A licença é indispensável ainda que a fisionomia do sujeito apareça sem denegrir a honra e tampouco interessa a natureza do uso, se com intuito mercantil ou não. Basta ver o que diz o art. 5º, V e X, da Constituição Federal. No caso a utilização da imagem do autor foi divulgada com escopo lucrativo e sua utilização deveria ser precedida de sua autorização, uma vez que a imagem, como atributo individual, é disponível apenas pelo titular. A utilização sem ordem caracteriza ilícito, de modo que gera o dever de indenizar, nos termos dos incisos acima citados.

É de provocar perplexidade uma indústria do ramo não reunir a documentação adequada para somente com licença dos integrantes dos jogos, lançar o produto no mercado. A autorização para uso de imagem não se presume e o processo termina permitindo afirmar não ter havido licença do autor para que sua imagem fosse utilizada, o que fulmina eventual cessão a *non domino* que se fez para a empresa denunciada.

Acesso ao Sumário

A imagem do autor não foi aproveitada apenas com sentido figurativo ou de informar o esquema funcional, pois concorre, paralelamente, uma vertente de fundo econômico ou o contributo da imagem para enriquecer o game (valor agregado), o que caracteriza um *plus*. Esse é um fator importante porque o jogo possui caráter precípuo econômico, lucrativo, pois, mais que a informação prestada sobre os jogadores de cada time, como no caso em apreço, cada imagem será escolhida para compor o mecanismo do entretenimento. Não há como desvincular a imagem do fim mercantilista ou do lucro.

Ademais, independente do perfil (notoriedade ou não) de cada jogador, o principal atrativo dos jogos não é basicamente o destaque de um ou outro, mas, sim, a simulação de como aconteceria na realidade, de modo que os participantes interagem no player para contribuírem, indistintamente, com a sensação de o esporte estar incorporado no contexto oferecido ao consumidor. Do contrário, não haveria motivo para a ré lançar, sem exceção, todo ano nova versão dos games. Assim, considerando que o autor faz parte da realidade que a ré busca ao máximo se aproximar e simular, certamente a imagem do autor tem valor relevante dentro da proposta dos games (Ap. nº 1131132-04.2016.8.26.0100).

E ainda que o autor fosse pessoa notória, neste caso, não dispensaria a autorização da imagem, porque ela foi utilizada dentro de um conjunto em que a imagem de um ou outro não poderá ser destacada ou excluída (como se fosse coisa indivisível). O que não se fragmenta é o objetivo do lucro a ser obtido por meio do entretenimento, baseado no gosto pelo jogo de futebol. É certo que a CF, em seu artigo 5º, inciso X, assegura a proteção ao direito de imagem das pessoas, e a indenização é devida como forma de ressarcimento pelo uso da imagem e para evitar o locupletamento. Não há qualquer dúvida que houve a exploração econômica da imagem do autor, e o enriquecimento indevido, pois ausente autorização de seu uso.

Outro argumento que não prospera é que os contratos foram firmados com a FIFPRO. A ré não comprova a cadeia de cessões do direito de imagem para os fins utilizados nos jogos, a começar pelo autor até chegar-se na FIFPRO. Sequer comprova a vinculação do autor às entidades vinculadas à FIFPRO. Nesse sentido: *TJSP; Apelação 1112529-14.2015.8.26.0100; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2017; Data de Registro: 19/05/2017; TJSP; Apelação 1029549-73.2016.8.26.0100; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 05/10/2017.*

Salienta-se, também, que os mencionados Clubes não tinham direitos de imagem para ceder à ré. Mais, uma vez, citando o acórdão prolatado pela Des. Mary Grun (Ap. nº 1131132-04.2016.8.26.0100): Como se sabe, o art. 87-A, *caput*, da Lei nº 9.615/98, exige que o clube firme com o atleta contrato relativo ao direito de imagem de forma apartada do contrato de trabalho desportivo: *Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.*

A existência de tal contrato pelos clubes mencionados deveria ter sido demonstrada pela ré. Inclusive, se a contratação com os clubes tivesse ocorrido da maneira correta, a apresentação de tais contratos deveria ter sido exigida pela ré na ocasião. Desse modo, não há que se falar que os contratos firmados com

Acesso ao Sumário

os clubes deram autorização de uso da imagem do autor no contexto dos games.

Outro ponto a ser enfrentado diz respeito ao valor fixado a título de indenização. Apesar de o autor não ser jogador com fama de celebridade, atuou, em clubes conhecidos do futebol brasileiro, como Bahia e Palmeiras. Também é relevante que os games da ré são de grande sucesso e de alto custo, sendo que é vendido pela quantia aproximada de R$200,00. Ademais, é de conhecimento notório que o futebol costuma envolver valores que, em contextos normais, são considerados exagerados. Por outro lado, não deve passar despercebido que a ré apresenta contratos firmados recentemente com cerca de 400 jogadores em que, para licenciar o uso da imagem nos games por dois anos, o preço é de R$1.500,00 (fls. 2198/2667). Ademais, a aparição nos jogos da ré não é depreciativa da imagem do autor.

Seguindo o parâmetro utilizado por diversas Câmaras desse Colendo Tribunal deve ser considerado como razoável e proporcional o montante de R$5.000,00 por cada surgimento da imagem. Senão vejamos: *TJSP; Apelação 1057519-82.2015.8.26.0100; Relator (a): Luis Mario Galbetti; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2017; Data de Registro: 30/08/2017; TJSP; Apelação 1029549-73.2016.8.26.0100; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 05/10/2017; TJSP; Apelação 1112529-14.2015.8.26.0100; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2017; Data de Registro: 19/05/2017; TJSP; Apelação 1010550-72.2016.8.26.0100; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2017; Data de Registro: 19/05/2017*.

Destarte, indenização deve ser minorada de R$10.000,00 para R$5.000,00 por aparição/versão. Sendo que o autor esteve presente em 10 edições do jogo, o quantum indenizatório total deve ser de R$50.000,00. O termo inicial dos juros de mora devem ser computados desde o evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) e não da citação como fez o magistrado, por se tratar de responsabilidade extracontratual.

"*Os juros de mora incidentes sobre a indenização por dano moral não têm por termo inicial a data do arbitramento do valor indenizatório, devendo incidir, no caso de responsabilidade extracontratual, da data do evento danoso (Súmula n. 54/STJ) e, na hipótese de responsabilidade contratual, a partir da citação.*" (AgRg no REsp 1413933/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, j. em 03/02/2015, DJe 10/02/2015). Assim, os juros de mora devem incidir a partir da data de lançamento de cada edição dos games, modificando a r. sentença nesse ponto.

A sucumbência deve ocorrer de forma integral em desfavor da ré,

Acesso ao Sumário

que sustentava a total improcedência da ação, nos moldes da Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça: *Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*. Ou seja, fica mantida a sucumbência na forma da sentença, pelos fundamentos supra, lembrando que os honorários já haviam sido fixados de forma proporcional ao valor da condenação (10%), o que implica em automática redução do montante.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento aos recursos para: i) minorar a indenização de R$10.000,00 para R$5.000,00 por cada aparecimento da imagem do autor, totalizando a quantia de R$50.000,00 (cinquenta mil reais); e ii) alterar o termo inicial de incidência dos juros de mora para a data de lançamento de cada edição dos games.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1065654-15.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante B.S. S/A, são apelados P.S. (S.E (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e B.S.C. (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)).

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 23.548)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente sem voto), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e MIGUEL BRANDI.

São Paulo, 9 de agosto de 2018.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Plano de saúde. Serviços médicos e hospitalares. Autora diagnosticada com assimetria mamária, apresentando quadro de mama direita hipertrófica. Prescrição médica positiva à realização de cirurgia de mamoplastia redutora. Negativa de cobertura. Alegação de cirurgia estética. Descabimento. Procedimento restaurador, não dotado de natureza estética. Inteligência do art. 20 da Resolução Normativa ANS 387/2015 que define

Acesso ao Sumário

como estéticos os procedimentos que "não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada". Ausência de previsão do tratamento em rol de agência reguladora (ANS). Irrelevância. Abusividade manifesta (Súmula nº 102 desta C. Corte de Justiça). Conduta que implica na concreta inutilidade do negócio jurídico. Desequilíbrio contratual no exercício abusivo do direito que se evidencia na desigualdade material de poder. Prestadora que confunde boa-fé com interesse próprio. Menoscabo com o consumidor. Interpretação que fere a boa-fé objetiva e contrapõe-se à função social do contrato (arts. 421 e 422 do Cód. Civil). Conduta que a doutrina moderna caracteriza como ilícito lucrativo. Incidência dos arts. 4º, "caput", 7º, 46, 47 e 51, IV, do CDC. Cobertura devida. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença (fls. 167/170) que julga procedente a ação para, tornando definitiva a tutela antecipada, condenar a requerida na obrigação de custear e autorizar os tratamentos médicos prescritos; apela a operadora de saúde postulando a reversão do julgado.

Em suas razões recursais (fls. 173/182) a operadora de saúde sustenta, em síntese, que:

a) o procedimento cirúrgico mamário indicado pelo médico possui clara exclusão contratual e não consta no rol de procedimentos permitidos pela ANS;

a) a cirurgia pretendida possui clara finalidade estética, sendo lícita a negativa de cobertura da seguradora por não se tratar de procedimento resultante de tratamento de câncer, situação na qual seria pertinente a autorização de cobertura;

a) ainda que a cirurgia da apelada seja importante para sua autoestima ou para a melhora de sua qualidade de vida, a situação é considerada estética e, por óbvio, torna impossível que a seguradora arque com tais despesas, em razão da clara e inequívoca limitação contratual para o custeio de tais custos. Pede a reforma total do julgado.

Acesso ao Sumário

Recurso devidamente processado, preparado (fls. 183/184) e respondido (fls. 189/195).

O parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do

recurso (fls. 208/211)

É o relatório.

Do procedimento cirúrgico e da negativa de cobertura contratual

Trata-se de ação cominatória na qual a segurada, atualmente com 17 anos de idade (nascida em 11/11/2000 - fls. 18) e beneficiária do plano de saúde ofertado pela ré (fls. 20), busca a cobertura contratual para realização de cirurgia plástica de correção mamária, diante da negativa de custeio da operadora de saúde.

A autora apresentou quadro de mamas tuberosas e assimétricas, com mama direita hipertrófica e ptosada (CID N62) e mama esquerda pequena e tuberosa, sobrevindo a necessidade de realização da cirurgia corretiva denominada *mamoplastia redutora* (fls. 29).

Ato contínuo, sobreveio, porém, a expressa negativa de cobertura da operadora de saúde (fls. 31), sob fundamento de que se trata de cirurgia plástica de caráter estético não prevista contratualmente ou no rol de procedimentos autorizados pela ANS.

Pois bem.

Não se discute, pois, a imprescindibilidade do procedimento cirúrgico prescrito.

Porém, ao negar-se a custeá-lo, mesmo após expressa prescrição médica (fls. 29), destinada a melhoria do estado físico e psicológico da autora, conforme laudo médico de fls. 30, a operadora de saúde incorrera em flagrante violação ao direito subjetivo à saúde e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Impende anotar que o fato de o procedimento não constar do rol da ANS, consoante declinado pela ré, não justifica a aludida negativa, uma vez que tal listagem estabelece exigências mínimas de forma não taxativa, servindo como mera orientação.

Sobre o tema, registrem-se os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça: *AREsp 481680, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 05/08/2014; AREsp 453831, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 15/08/2014 e Ag 1355252, Rel. Min. MARIA ISABEL GALOTTI, j. 28/05/2014.*

Não é, pois, exauriente.

Ressalte-se, outrossim, que as resoluções e súmulas administrativas não se sobrepõem às disposições da legislação aplicável às relações de consumo, sobretudo quando têm como objetivo restringir a assistência médica.

Além disso, dispõe também o art. 10 da Lei nº 9.656/98 sobre a cobertura do tratamento as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde:

Acesso ao Sumário

"*Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:*

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

§ 1º As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS".

O aludido dispositivo legal é regulamentado pela Resolução Normativa ANS 387/2015, *verbis*:

"*Do Plano-Referência*

Art. 20. A cobertura assistencial de que trata o plano-referência compreende todos os procedimentos clínicos, cirúrgicos, obstétricos e os atendimentos de urgência e emergência, na forma estabelecida no artigo 10 da Lei nº 9.656, de 1998.

§ 1º São permitidas as seguintes exclusões assistenciais:

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim, ou seja, aqueles que não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita".

Por conseguinte, a definição regulamentar de procedimento estético abrange os procedimentos que "*não visam restauração parcial ou total da função de órgão ou parte do corpo humano lesionada*".

Não é o caso dos autos.

Restou comprovado, conforme relatório médico encartado (fls. 29) que o procedimento cirúrgico guerreado visa à restauração do corpo humano, o que exclui sua caracterização como tratamento meramente estético.

Com efeito, o procedimento cirúrgico pretendido à luz da moléstia que acomete a autora caracteriza-se como funcional, porquanto se presta a melhora reparadora da paciente.

Aplica-se, ao caso concreto, o teor da Súmula nº 102 deste E. Tribunal de Justiça, *verbis*:

"*Súmula 102: Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.*".

Nesse mesmo sentido, são os V. Arestos, *verbis*:

"PLANO DE SAÚDE - Paciente portadora de cervocalgia - Indicação

Acesso ao Sumário

médica à realização de cirurgia de mamoplastia redutora, para tratamento de gigantomastia - Negativa de cobertura, pela operadora, sob a alegação de exclusão contratual, porque a cirurgia somente pode ser custeada nos casos de tratamento de câncer ou de acidente, por não estar o procedimento inserido no rol da ANS, e por excluir procedimentos estéticos - Cirurgia recomendada, no caso concreto, por médicos ortopedista e mastologista, dada a hipertrofia mamária, que evoluiu pra cervocalgia, sem melhora com outros tratamentos - Negativa que importa abusividade, reconhecida - Direito da consumidora ao fornecimento do que indicado pelo médico assistente, pena de supressão do próprio tratamento assegurado pelo contrato, que não o exclui expressamente o trato da moléstia padecida pela autora - Abusividade reconhecida, por colocar a consumidora em manifesta desvantagem (Súmulas nº 96 e 102, do TJSP) - Sentença que determina o custeio da cirurgia, mantida. DANO MORAL - Negativa de cobertura de tratamento cirúrgico com aplicação de medicamento - Dano moral configurado, porque injustificada a recusa, dando causa a angústia e sofrimento, levando a consumidora a obter a medida apenas com a concessão judicial de tutela de urgência - Indenização devida - Recusa injustificada de cobertura de tratamento de saúde acarreta dano moral ao consumidor - Caracterização in re ipsa - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça Indenização arbitrada em R$ 30.000,00 - Sentença reformada para atender a pretensão também nesse ponto, nos termos e para os fins explicitados no acórdão. Apelo da autora provido, não provido o da ré." (TJSP; Apelação 1020749-52.2016.8.26.0554; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/03/2018; Data de Registro: 10/05/2018)

"CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ALEGADA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. HIPÓTESE, CONTUDO, EM QUE ELA SE MOSTRA ABSOLUTAMENTE DESNECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA CAUSA. PRELIMINAR REJEITADA. SEGURO. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENDIDA COBERTURA A TRATAMENTO RECLAMADO PELA AUTORA ('MAMOPLASTIA REDUTORA NÃO ESTÉTICA'). COBERTURA NEGADA PELA REQUERIDA. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO. JURISPRUDÊNCIA, TODAVIA, QUE VEM SE ORIENTANDO FIRMEMENTE NO SENTIDO DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER ABUSIVO DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO. PRECEDENTES DO STJ E SÚMULA 102 DO TJSP, QUE REPUTA ABUSIVA A NEGATIVA FUNDADA NA NATUREZA SUPOSTAMENTE EXPERIMENTAL DO TRATAMENTO OU, BEM, NA AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO ROL DA ANS. RECUSA INDEVIDA EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO DA REQUERIDA A PRESTAR INTEGRAL COBERTURA AO PROCEDIMENTO QUE DEVE SER

Acesso ao Sumário

MANTIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO." (TJSP; Apelação 1008733-12.2017.8.26.0011; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/05/2018; Data de Registro: 03/05/2018)

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Plano de saúde - Cobertura de procedimentos cirúrgicos negados à autora/apelada (dermolipectomia de coxas, dermolipectomia dorso, mamoplastia redutora e correção de assimetria) - Sentença que a julgou procedente - Recurso da requerida - Alegação de a autora não teria demonstrado que as cirurgias não possuiriam natureza estética - Descabimento - Apelante que não postulou pela produção de qualquer prova que pudesse infirmar as alegações da parte - Presença de expressa prescrição médica dando conta de que as cirurgias davam continuidade ao tratamento de obesidade mórbida da parte - Ratificação dos fundamentos da sentença - RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; Apelação 1002097-57.2017.8.26.0002; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/04/2018; Data de Registro: 18/04/2018)

"PLANO DE SAÚDE - Obrigação de fazer - Cirurgia de implante de prótese mamária posterior à bariátrica - Procedência do pedido - Inconformismo da ré - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Autora portadora de obesidade mórbida que se submeteu a cirurgia bariátrica e eliminou 80kg - Prescrição de mamoplastia com a implantação de prótese mamária para evitar piora no estado de saúde da autora - Responsabilidade de cobertura - Aplicação da Súmula 97 deste Egrégio Tribunal - Sentença mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Apelação 1025387-41.2015.8.26.0562; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2018; Data de Registro: 04/04/2018)

Destarte, revelam-se abusivas as cláusulas limitativas de cobertura em relação ao tratamento em questão, não só pelo fato de o procedimento ter sido prescrito por profissional habilitado (fls. 29), mas também porque a exclusão da cobertura deixa o segurado em situação de extrema desvantagem.

Vale lembrar que as cláusulas limitativas ou obstativas das obrigações assumidas pelas operadoras de planos de saúde, mormente aquelas às quais os consumidores aderem por força da própria natureza adesiva do contrato, devem ser interpretadas à luz dos princípios da boa-fé e da equidade, e na forma do que dispõe o artigo 51 do CDC.

De mais a mais, evidenciada a concreta necessidade do tratamento prescrito, não deve a prestadora de serviços de assistência médica interferir na indicação médica.

Com efeito, a escolha do método mais adequado à paciente compete

Acesso ao Sumário

exclusivamente ao profissional médico, de acordo com o procedimento a ser realizado e considerando as particularidades da segurada, sendo inadmissível a interferência da seguradora.

De fato, a negativa de cobertura ofende a boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas, cabendo, pela pertinência, trazer à colação a lição de NELSON NERY JUNIOR, *verbis*:

> *"Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é obvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 8ª Edição, página 570).*

Nessa esteira, força convir que a exclusão da cobertura é abusiva na hipótese, implicando na real inutilidade do negócio protetivo.

Outra não é a orientação o C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode limitar o tipo de tratamento a ser utilizado pelo paciente. Precedentes" (AgRg no AREsp 345.433/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013).*
>
> *"Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do tratamento médico do beneficiário (radioterapia). Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Precedentes" (AgRg no AREsp 192.612/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014).*

Noutro ponto, em igualdade, não há lastro legal para a legitimidade de exclusão contratual do procedimento.

Trata-se de exclusão que tem o condão de amputar a própria garantia que é inerente da avença.

Caracteriza-se, tanto por tanto, cláusula manifestamente abusiva, a qual fere o princípio da hipervulnerabilidade do consumidor (art. 4º, *caput* e inciso I), em nítido menoscabo à equidade (art. 7º, *caput*).

Além disso, a filosofia do CDC está alinhada com o senso interpretativo das cláusulas contratuais deve dar-se da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47), detalhe legal que se adequa à espécie, na qual a aludida exclusão significa iniquidade e da desvantagem exagerada contra o consumidor (art. 51, § 1º, inciso IV).

Acesso ao Sumário

Exegese contrária, com todo respeito, implica na concreta inutilidade do negócio protetivo.

Mesmo por isso, a doutrina tem se debruçado para reconhecer que tal postura qualifica o chamado ilícito lucrativo.

Se tudo isto já não bastasse, o contrato, mormente aqueles que interferem sobre valores existenciais, tal e qual o plano de saúde e, sobretudo no século XXI, é e deve ser instrumento de colaboração entre os contraentes.

As partes, conforme sublinha CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA, "devem comportar-se como colaboradores e não indivíduos em posições antagônicas" *(A obrigação como Processo, Ed. Bushatsky, 1976, pág. 171)*.

Deve haver, pois, comunicação e cooperação entre as partes contratantes, o que, se presente, fará levantar naturalmente a confiança e a lealdade de um em face do outro.

Por isso, ENZO ROPPO pontua que o contrato está sendo relançado e tem fortalecido o seu papel de instrumento de mediação social *(O contrato, Almedina, 1988, p. 337)*.

Em todo o contexto hodierno, a conduta da prestadora dá as costas à função social do contrato (art. 421 do CC). Não merece aplauso.

Destarte, configurada a abusividade da recusa, deve ser mantida a condenação da operadora de saúde no custeio do procedimento cirúrgico, tal como determinado na r. decisão singular.

Desprovido de razão jurídica, pois, o recurso da operadora de saúde, torna-se objetivamente inviável, portanto, qualquer alteração da r. sentença.

Por esses fundamentos, meu voto nega provimento ao recurso.

Nos moldes do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor da causa, com correção a partir da publicação deste.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001153-28.2017.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.A.S.L., são apelados M.T.L. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e L.T.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, é que negaram provimento ao recurso", em conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.201)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI

(Presidente sem voto), FÁBIO QUADROS e NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 10 de agosto de 2018.

MAIA DA CUNHA, Relator

Ementa: Alimentos. Dever incondicionado dos pais de prestar alimentos a filho menor, cuja necessidade é presumida. Observância do binômio necessidade-possibilidade na fixação dos alimentos. Réu revel. Capacidade econômica demonstrada. Valor de dois salários mínimos que se mostra razoável. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de alimentos, sustentando o réu apelante, em suma, que os efeitos da revelia devem ser relativizados, que na fixação de alimentos deve-se levar em conta o binômio necessidade possibilidade, que é estudante nos EUA e não pode trabalhar mais que algumas horas no país, sob pena de ser deportado, que com o pouco dinheiro que ganha tem que pagar seus estudos e alimentação e ainda tem que recorrer à sua mãe e a sua igreja. Afirma que a representante legal da autora sabe que ele não tem condições de arcar com dois salários mínimos e que os avós maternos devem ser chamados para complementar o valor da pensão. Requer, assim, a redução do valor fixado.

Contrarrazões às fls. 153/161 pelo improvimento do recurso.

O pedido de gratuidade de justiça pelo apelante foi indeferido, tendo o recolhimento do preparo sido comprovado às fls. 173/178.

Este é o relatório.

Inicialmente cumpre ressaltar que o pedido de gratuidade da justiça foi indeferido com o seguinte fundamento: "*o réu tem 32 anos, está residindo nos Estados Unidos desde abril de 2017 com visto de estudante, está matriculado em curso de inglês na Universidade de Utah, cujos gastos para um período de 4 meses são de aproximadamente U$9.900,00 (nove mil e novecentos dólares) (fls. 93). E embora alegue que tenha comprado a passagem com milhas, não se pode ignorar que teve que comprovar renda para conseguir o visto, assim como para obter a matrícula na universidade. Ademais, conforme se verifica das fotos juntadas pela apelada, o apelado tem vida social ativa nos EUA, não se afigurando crível que sobrevive apenas com a ajuda da igreja ou da mãe (que alega ter 'condições esparsas'). E tais circunstâncias revelam que a*

apelante possui capacidade financeira para arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, motivo pelo qual o benefício deve ser indeferido."

Embora o apelante tenha recolhido o valor do preparo, requereu a reconsideração do despacho supramencionado ao fundamento de que seu salário mensal é de apenas U$800,00 mensais e que o valor do curso é de U$2.200,00 o semestre, valor que foi administrando com saldo em conta inicial que levou e com o restante que sobra do seu salário.

Indefiro o pedido de reconsideração.

Embora o apelante tente fazer crer que o valor do curso de inglês seja de U$2.200,00 o semestre, na realidade este valor é "por sessão", conforme o próprio documento por ele demonstrado e, ao que consta, a sessão equivale ao período de 2 meses (fl. 79). Ademais, o autor apresentou um único holerite relativo a quinzena de dezembro 2017, não sendo possível concluir que, de fato, receba os alegados U$800,00 dólares mensais, valor muito inferior à própria mensalidade do curso que ainda frequenta. Por isso, os argumentos trazidos pelo apelante não têm o condão de alterar a conclusão deste relator acerca da sua capacidade financeira.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Conquanto a presunção de veracidade dos fatos alegados na petição inicial como efeito da revelia seja, de fato, relativa, as provas trazidas pela autora foram suficientes para a fixação dos alimentos em 2 salários mínimos, inclusive no que se refere à capacidade econômica do réu, considerando os gastos que apelado teve com seu curso de inglês nos Estados Unidos (fls.75/94).

Ademais, a necessidade da filha menor é presumida, porquanto não pode prover o próprio sustento. Assim, tem-se que o valor dos alimentos fixados 2 salários mínimos é razoável para atender as suas necessidades e de acordo com a possibilidade do genitor.

Por fim, não há que se falar em complementação do valor da pensão pelos avós maternos, visto que eles sequer figuram como parte na presente ação.

Por isso, de rigor o improvimento do recurso.

Pelo exposto, é que se nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031857-53.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ARISTÓTELES XIMENES NETTO e WORD XX.X-TREME ESPORTES LTDA. - ME, é apelado BIORITMO FRANQUEADORA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.605)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente sem voto), ARALDO TELLES e GRAVA BRAZIL.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Franquia. Cláusula de não-concorrência. Sociedade demandada que é parte legítima para figurar no polo passivo, mesmo diante do fundamento de vedação legal aos atos de concorrência. Réu que, excluído judicialmente da empresa franqueada da autora, passou a atuar e promover comercialmente a sociedade ré, que atua no mesmo segmento comercial, e cujo quadro social é composto por seu filho e esposa. Violação à cláusula de não-concorrência, que não se afasta pela ausência de assinatura de duas testemunhas no contrato de franquia. Prática, pela sociedade demandada, de atos de concorrência desleal. Acertado o deslinde dado ao feito, de parcial procedência, condenados os réus ao pagamento de indenização, a se apurar em liquidação. Ausente violação à função social da empresa ré. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso interposto contra sentença (fls. 569/573) que julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de, negada a abstenção, condenar os réus ao pagamento de indenização por lucros cessantes, a ser apurada em liquidação, referente ao período de janeiro de 2014 a 20 de janeiro de 2016.

Sustentam os réus, em sua irresignação, de início, que a sociedade demandada é parte ilegítima, uma vez que as obrigações assumidas pelo demandado no contrato de franquia têm caráter pessoal, não se estendendo à sociedade. Apontam, ademais, que não havida qualquer interferência gerencial, ou ainda participação societária, do réu na empresa, constituída por terceiros. Indicam que não cumprido o requisito do art. 6º da Lei 8.555/94, na medida em que não assinado o contrato de franquia por duas testemunhas, razão pela qual inviável, ante a irregularidade do contrato, se exigir indenização por perdas e

Acesso ao Sumário

danos. Argumentam que se deve preservar a função social da empresa, a qual será afetada pelo montante da indenização determinada. Alegam que frágil o conjunto probatório acostado aos autos, constituído, principalmente, de provas unilaterais, tiradas das redes sociais. Asseveram que o réu Aristóteles é atleta autônomo, com atividade e rendas próprias, não comprovada a transferência de *know-how* próprio da franqueadora. Aduzem que as atividades exercidas pela sociedade não estão vedadas pelo contrato de franquia. Reiteram, por fim, que a cláusula de não-concorrência prevista no contrato tem prazo de vigência determinado.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 589/605), com preliminar de inovação nas alegações dos demandados, bem assim pedido de condenação dos réus ao pagamento de multa por litigância de má-fé, e por ato atentatório à dignidade da justiça.

É o relatório.

O apelo não prospera.

Primeiro que, sobre a pertinência subjetiva, trata-se de matéria de ordem pública, alegável e passível de apreciação a qualquer tempo. Mas não é mesmo caso de ilegitimidade, porquanto as condições da ação, em razão da posição abstratista adotada pelo CPC quanto à natureza jurídica do direito de ação, se examinam em tese, no estado da asserção (*in statu assertionis*). Ao mérito é que, conforme a prova produzida, assim em concreto, se verifica, aí sim, a veracidade ou procedência da asserção. Tal o que inclusive já se decidiu no âmbito da Corte Superior:

"*Nos termos da jurisprudência do STJ, as condições da ação, entre elas a legitimidade ativa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade instrutória. Precedentes.*" **(Recurso Especial 1662847/MG; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; j. em 10/10/2017; pub. em 16/10/2017)**.

Pois, nesse sentido, malgrado a demandada Word XXX-TREME Esportes Ltda., de fato, não figure no contrato de franquia, sabido que o pedido se baseia não apenas na infração contratual de cláusula de não-concorrência, imputada, diretamente, ao réu, como também na vedação legal à concorrência desleal. A pretensão, de início cominatória, era veiculada também em face da ré, para que cessasse suas atividades. Posteriormente veiculado pleito indenizatório na emenda à inicial, ele, de igual forma, também se direcionou à demandada, a quem se imputa a prática de concorrência desleal.

De resto, insista-se, as questões tocam o mérito da demanda e no que, do ponto de vista dos ilícitos cometidos, e como se vem de adiantar, se considera acertado o deslinde. Evidenciada, com efeito, a concorrência desleal.

Ao que se colhe do feito, terceira empresa, da qual o réu era sócio, firmou

junto à autora contrato de franquia, para o fim de exploração da marca *BioRitmo* e do *know-how* da franqueadora (fls. 64/81). O réu, inclusive, assinou o referido instrumento, na condição de sócio da empresa e de interveniente-anuente (fls. 81).

No referido contrato, previu-se cláusula de não-concorrência, a saber, de que a então franqueada se obrigava a, na hipótese de extinção do contrato, não prestar serviços que pudessem concorrer com a franqueadora, pelo período de dois anos. Fez-se, inclusive, expressa ressalva, para estender os efeitos da vedação da concorrência aos sócios da franqueada, que assinavam o instrumento (cláusula 11 - fls. 73/74). *In verbis*:

"*11.1. A Franqueada obriga-se, por si ou por terceiros, inclusive através de suas coligadas, controladas, controladoras e sócios, durante a vigência deste Contrato e pelo prazo de 02 (dois) anos após o seu término ou rescisão, a não prestar qualquer tipo de serviço que possa concorrer direta ou indiretamente com as atividades desenvolvidas pela Franqueadora, em não manter qualquer espécie de relacionamento, direta ou indiretamente, com empresas concorrentes da Franqueadora, especialmente aqueles que atuem dentro do mesmo ramo de atividade especificado no objeto social da Franqueadora.*

11.1.1. Fica, desde já, esclarecido que o disposto na Cláusula 11.1 acima também se aplica aos sócios da Franqueada, que assinam o presente Contrato como intervenientes anuentes."

Pouco depois da assinatura do referido contrato, o réu, em ação ajuizada por seu então sócio, foi excluído da sociedade, em razão de faltas graves no cumprimento de suas obrigações, em prejuízo à sociedade. A sentença que julgou procedente a ação, prolatada em 07/06/2013 (fls. 101/102), foi confirmada por este Tribunal em 05/12/2013 (fls. 103/109), já tendo, inclusive, transitado em julgado (fls. 110).

Sucede que, mesmo antes do julgamento do recurso da apelação, a empresa ré foi constituída, sintomaticamente, pela esposa e pelo filho do réu (fls. 50/51), para o fim de "explorar atividades de condicionamento físico". E, a despeito do quadro social formalmente havido, demonstrou-se nos autos intensa participação, inclusive na administração e na promoção dos negócios, do réu na sociedade.

Vê-se, nesse sentido, que, efetuada pesquisa em mecanismo de buscas na internet, com a expressão "proprietário da One Gym", nome fantasia adotado pela ré, aparecem, de imediato, resultados ligando a sociedade ao demandado (fls. 124). De igual forma, o réu participou da inauguração do estabelecimento (fls. 140/142), bem como faz intensa promoção das atividades da ré nas redes sociais, com a postagem de fotos e vídeos, também acostados aos autos em mídia em separado, nos quais convida os internautas para treinar e conhecer a

Acesso ao Sumário

nova academia (fls. 149/172, 510/523).

Ademais, o réu, junto de sua esposa e sócia, dá aulas no estabelecimento (fls. 168) e se utiliza de perfil nas redes sociais, ora em nome de filho (que não compõe o quadro social da ré), ora do nome fantasia da empresa, para interagir com potenciais clientes (fls. 144/163). Por fim, quando da citação para responder a esta ação, o réu, conforme certificado pelo Oficial de Justiça, recebeu o mandado citatório por si próprio e em nome da demandada, identificando-se como seu representante (fls. 355).

Tudo isso, veja-se, o que não se infirma pela alegação de que o réu é atleta autônomo, atuando como *personal trainer*, bem assim que fez promoção de outros estabelecimentos e produtos (fls. 541/547), uma vez que comprovada a grande atuação do demandado na promoção e administração da ré.

Enfim, por tudo isso, resta clara a infração, por parte do réu, aos termos da cláusula de não-concorrência, que veda o exercício, por dois anos após a extinção do contrato, de atividades que concorram com a franqueadora.

E o que, veja-se, não se pode afastar, sob o argumento de que o contrato de franquia não atende aos requisitos legais, oi que aduzido apenas em alegações finais, e não na contestação, destarte já em afronta ao princípio da eventualidade. Mas, seja como for, a ausência da assinatura das duas testemunhas, quando muito, impede que se empreste ao contrato de franquia a executividade inerente aos títulos executivos extrajudiciais (art. 784, inciso III, do CPC). Por isso, nesta Câmara já se decidiu que "*inexistindo testemunhas do contrato, o documento pode lastrear ação monitória ou de cobrança, mas não ação de execução*" (**Apelação n. 1054496-02.2013.8.26.0100, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 14/03/2016**), não ensejando, assim, a nulidade do negócio.

Com relação à demandada, entende-se, de igual forma, correta a condenação a ela imposta. Afinal, se por um lado, de fato, não participou do contrato de franquia firmado pelo réu e pela autora, tampouco tendo o demandado em seu quadro social, integram-no sua esposa e filho, sempre sob sua gestão, como se viu, o que indica clara burla indireta à disposição referida, por meio da atuação da pessoa jurídica. Depois, não se afasta a incidência, à espécie, do regramento geral impeditivo da concorrência desleal.

Oportuna, aqui, a advertência de Fábio Ulhoa Coelho no sentido de que, "*como as motivações e os efeitos da concorrência leal e desleal são idênticos, a diferença entre elas se encontra no meio empregado para conquistar a preferência dos consumidores.*" (***Curso. Direito de empresa*. 12ª ed., Saraiva, v. 1, p. 191**). No caso, porém, a motivação clara e abusiva é de recurso à autonomia da pessoa jurídica e da integração aos quadros sociais de terceiros, como se estranhos ao réu, para o fim de concorrer no mesmo ramo da autora, persistindo no exercício de atividades, todavia, vedadas pelo contrato de franquia. Como visto, extensa a

Acesso ao Sumário

propaganda realizada pelo demandado, a qual, inclusive, resultou na cooptação de clientes da franqueada da autora (fls. 174/175 e 245/253).

E relembre-se ainda que, no caso, constituída a ré pouco depois de excluído o autor da sociedade franqueada, com quadro social composto de sua esposa e filho.

Tampouco cabe supor que seja da insciência da pessoa jurídica ou de seus representantes a atuação em burla à não-concorrência assumida pelo corréu, com quem concorre no ilícito.

Destarte, mesmo considerando que já findo o prazo de dois anos previsto na referida cláusula de não-concorrência, reputa-se acertado o deslinde dado ao feito, de condenação de ambos os réus a, após a apuração em liquidação, indenizar a autora pelos lucros cessantes no período entre a inauguração da academia e o término do prazo de vigência da mesma cláusula.

E nada do que se entende violar a função social da empresa, a qual, como visto, poderá continuar exercendo suas atividades, já findo o prazo previsto no contrato de franquia. Ademais, tampouco se comprovou - e o que sequer seria causa suficiente a afastar a parcial procedência do feito - que a demandada não tenha condições de arcar com a condenação, ainda sequer sabido seu exato valor, pendente de liquidação. Por fim, com a anotação ainda de que a função social da empresa não pode escusar o abuso da sua personalidade jurídica, visando burlar vedação temporária à concorrência.

No que toca ao pleito das contrarrazões, de condenação dos apelantes nas multas por litigância de má-fé e de ato atentatório à dignidade da justiça, não se entende que cabíveis as referidas penalidades. Afinal, a despeito do desprovimento do apelo, não se vislumbra, nos atos dos recorrentes, atuação temerária e de má-fé, ou ainda tumulto processual, a justificar a aplicação das sanções dos arts. 80 e 77, par. 2 do CPC.

Proferida a sentença na vigência do CPC/15, entende-se de elevar os honorários advocatícios, na forma do art. 85, par. 11º, do CPC, mas não aos patamares máximos indicados pela apelada, que não se justificam só pela fase recursal, mas a 15% do valor da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028411-37.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HOSPITAL SANTA PAULA LTDA., é apelado CLÍNICA MULTIDISCIPLINAR PAULA

Acesso ao Sumário

& PALMA LTDA. - EPP.

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 13.985)**

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

São Paulo, 25 de junho de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Marca - Ação cominatória e indenizatória - Reconhecida violação à marca "Santa Paula" - Utilização indevida do nome em "website" e páginas em redes sociais - Procedência parcial - Proteção à marca registrada pela autora - Indenização por danos morais - Cabimento - Honorários contratuais - Restituição devida - Apelo provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 16ª Vara Cível do Foro Central (Comarca da Capital), que julgou parcialmente procedente ação cominatória e indenizatória, para condenar a requerida a: a) abster-se de usar a expressão "SANTA PAULA" ou suas variações, no todo ou em parte, de qualquer modo e forma, a qualquer título, imediatamente, retirando-a de seus produtos, notas fiscais, impressos, internet, revistas, letreiros, cartazes, toldos, nome de domínio, fachadas, propagandas, ou qualquer outro meio de comunicação que ao público a revele; b) cancelar o registro do domínio "(endereço eletrônico constante no texto original)" e outros que contenham o vocábulo "SANTA PAULA" concedido pelo NIC.BR; c) ao pagamento de indenização pelo uso desautorizado da marca registrada, por perdas e danos materiais e pelos lucros cessantes, cujo "quantum" deverá ser apurado em liquidação de sentença. Condenou-se as partes, reconhecida a sucumbência recíproca, ao pagamento de despesas processuais, na seguinte proporção, observando quanto cada parte efetivamente decaiu: 35% (trinta e cinco por cento) pelo autor; 65% (sessenta e cinco por cento) pelo réu. Condenou-se a autora ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do réu, fixados em R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), por equidade; bem como condenou-se o réu ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora, fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação (fls. 250/255).

O autor-apelante sustenta que o mero uso de marca alheia pressupõe a

Acesso ao Sumário

configuração do dano moral e que a infração, por si só, é passível de denegrir a integridade, reputação e desempenho econômico do titular do direito violado. Argumenta ser devida, também, a restituição dos valores despendidos para a propositura da presente ação, especialmente os honorários advocatícios contratuais. Salienta que os honorários previstos contratualmente integram o valor devido a título de perdas e danos. Pede reforma (fls. 270/282).

Não foram apresentas contrarrazões e não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Na presente ação cominatória e indenizatória, o autor noticia, em suma, que a ré, violando direitos de propriedade intelectual, se utiliza de reprodução não autorizada da marca "Santa Paula" para identificar o mesmo segmento mercadológico de serviços, bem como seu sítio mantido na Internet. Frisa que a ré, mesmo notificada extrajudicialmente, continuou a prática do ato ilícito. Propondo violação à Lei 9.279/96, requer que a requerida, inclusive em antecipação de tutela, seja compelida a se abster do uso de enfocada marca, em qualquer meio de comunicação, com sua condenação ao pagamento de indenizações por danos materiais, consistentes em lucros cessantes a ser apurado em liquidação e em restituição de valor despendido com a contratação de advogado, no montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e por danos morais, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (fls. 01/35).

Na contestação, a ré, de início, afirma que não resistirá à pretensão da autora, quanto ao uso do nome ou da marca. No mais, explica que não deu início às suas atividades, afirmando que depende da finalização da reforma de suas instalações para obtenção dos alvarás de funcionamento. Noticia que o nome "Santa Paula" ainda estava em estudo, mas os responsáveis pela confecção do "website" e página da rede social, por engano e por falha de comunicação, colocaram ditos sítios "no ar". Argumenta que, tão logo tomou ciência do equívoco, foi providenciada a desativação das referidas páginas digitais, não tendo gerado danos, de ordem material ou moral, ao autor. Aduz que resta configurada a perda do objeto da ação, não cabendo, também, restituição do pagamento de honorários contratuais (fls. 124/129).

A sentença apelada julgou parcialmente procedente a ação.

Irresignada, a autora-apelante requer a reforma e o apelo comporta provimento.

O objeto do recurso cinge-se aos pleitos de indenização por danos morais e restituição dos valores suportados com honorários advocatícios contratuais.

A marca de titularidade do autor, foi, confessadamente, reproduzida no domínio mantido na Internet pela ré ("website"), que criou e registrou o domínio "(endereço eletrônico constante do texto original)", bem como criou páginas em

Acesso ao Sumário

redes sociais (fls. 99/102).

Destarte, existindo registro prévio da marca perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), fica evidenciado o uso indevido e não autorizado de marca registrada, que provoca confusão nos consumidores.

De tudo quanto extraído dos autos, não há como deixar de ter como perpetrados atos ilícitos pela ré, o que já ficou assentado em primeira instância.

A exclusividade gerada pelo registro da marca está normalmente circunscrita por uma classe. Os produtos e serviços são dispostos de acordo com a sua proximidade mercadológica para o fim de estabelecer quais são os limites de interação de uns com os outros e poder estabelecer a eficácia concreta dos sinais identificadores.

A marca coliga a reputação de seu titular aos produtos ou serviços fabricados ou comercializados e seu uso clandestino, simultaneamente, enganando-se consumidores, angaria clientela alheia, com prejuízo à reputação, decorrente da comparação com as qualidades dos frutos da prática ilícita.

A propriedade industrial induzida pelo registro de uma marca resguarda a capacidade de seu titular de angariar lucros e, a partir de sua legítima atividade, manter ou somar clientela.

A ré violou os direitos subjetivos conferidos à autora em virtude da titularidade da marca invocada, cabendo, assim, extrair os naturais resultados de tais violações. O pedido cominatório e o reconhecimento da prática de ato ilícito, conduzindo à responsabilidade civil e ao dever de indenizar, obedecida a tarifação estabelecida pelo artigo 210 da Lei 9.279/96, não são objeto de recurso e constituem matéria já tornada definitiva e que não pode mais ser revisada.

Os danos morais, por sua vez, decorrem do confessado uso de marca alheia, sem autorização, o que importa em maior extensão do prejuízo, potencializadas a vulgarização e da diluição.

É dispensável, aqui, a prova deste prejuízo, como tem proclamado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (REsp nº 196.024 - MG, *in* RSTJ 124/396).

A presunção de existência dos danos morais decorre "in re ipsa", ou seja, do próprio ato ilícito, desnecessária, portanto, sua comprovação.

Para fixação do "quantum" da indenização devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois se, por um lado, a indenização destina-se a recompor o patrimônio moral atingido pelo ato ilícito e também a impedir a reiteração de atos análogos, por outro, não pode servir de fonte de enriquecimento indevido. Neste sentido é que se orientou o Egrégio

Acesso ao Sumário

Superior Tribunal de Justiça: "Na fixação do dano moral, deve o Juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp. nº 85.205 RJ, in RSTJ 97/280)."

Somam-se, aqui, não ser noticiada uma violação por longo período ao fato da Internet, como rede mundial de computadores, possibilitar o acesso de um número muito expressivo e indeterminado de pessoas às paginas e ao "website" organizados pela ré-apelada.

Considerando, então, os critérios acima discriminados, bem como considerando que a requerida não chegou efetivamente a funcionar com a marca "Santa Paula" tal qual em sinal distintivo, a indenização por danos morais é fixada no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por fim, quanto ao anunciado pagamento de honorários contratuais, no importe de R$15.000,00 (quinze mil reais), o autor tem razão, sendo devido o ressarcimento.

Em se tratando dos honorários advocatícios, tem-se que, conjugados os artigos 389 e 404 do Código Civil vigente e frente à necessidade de reparação integral do patrimônio do lesado, é preciso admitir que os honorários convencionais componham o valor devido a título de ressarcimento por perdas e danos, compondo a indenização (STJ REsp 1027797-MG, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.2.2011; TJRJ, Ap. 0270816-74.2007.8.19.0001, 16ª Câm. Cível, rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Mello; TJSP, Ap 0003855-22.2010.8.26.0653, 6ª Câm. D. Priv., de minha relatoria).

Houve, na legislação de nosso país, uma progressiva transformação da natureza da verba honorária sucumbencial, a qual teve início com a edição do artigo 23 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) e culminou, muito recentemente, com o advento do artigo 85 do CPC de 2015, cujo texto implica na necessidade de acréscimo no montante a ser ressarcido. Se a verba honorária sucumbencial era, tradicionalmente, destinada a recompor os gastos feitos pela parte vencedora em virtude da contratação de um causídico, ela, agora, constitui remuneração do advogado e não mais se destina à parte vencedora, a qual não ostenta, nem mesmo, agora, legitimidade concorrente para postular sua execução.

Esta realidade contrasta com a antiga interpretação legal, lastreada no texto original do CPC de 1973, que nega o ressarcimento dos honorários contratuais pela parte ré e que se encontra superada completamente, não se concebendo, de maneira alguma, um "bis in idem". Admitir a inviabilidade de tal ressarcimento corresponde, ao reverso, na admissão de que a vítima do ato ilícito deverá, também, ao menos, suportar uma perda irreversível e que não pode ser recomposta, colocando o autor deste mesmo ato ilícito em posição

Acesso ao Sumário

cômoda e vantajosa, deixando de arcar com todas as consequências de sua conduta antijurídica.

O fato da parte ré não ter participado do ajuste contratual celebrado pela parte autora com seu patrono, também, não embaraça a pretensão de ressarcimento em relevo, dada a possibilidade de revisão judicial destinada a coibir qualquer abuso, ressalvando-se a necessidade de desembolso, o que exclui as hipóteses em que tenha sido inserida cláusula "ad exitum" no contrato de prestação de serviços advocatícios e exige a apresentação de documentação atestatória do efetivo pagamento de quantias.

No caso concreto, o autor apresentou o instrumento do contrato de prestação de serviços (fls. 105/109), demonstrando ter desembolsado o valor referido na petição inicial, o que caracteriza a assunção de um dano patrimonial, sendo devido, portanto, nesse ponto, o ressarcimento.

Tudo somado, a ação é julgada procedente e, mantida a condenação da requerida no tocante aos pleitos cominatórios e de ressarcimento dos lucros cessantes, a requerida fica condenada, também, à restituição do valor pago a título de honorários contratuais, no montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com atualização monetária a partir dos desembolsos (fls. 106) e juros de mora da citação, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com atualização monetária a partir do arbitramento e juros de mora legais contados desde o início da prática ilícita, considerada sua natureza aquiliana, conforme o apurado na liquidação já ordenada.

Em razão de sua sucumbência, a requerida fica condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º do CPC de 2015, e considerados teor dos atos processuais praticados, a longevidade da causa e a magnitude do trabalho profissional desenvolvido.

Dá-se, por isso, provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1059095-45.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SOLANGE DE FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO SANTANDER BRASIL S/A.

ACORDAM, em 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 31279)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente) e ÁLVARO TORRES JÚNIOR.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: PROCESSO - Dos termos da inicial, que fixa os limites da demanda e não pode ser alterada, sem o consentimento do réu citado, por força do art. 329, I, do CPC/2015, na inicial, a presente ação tem por objeto, apenas e tão somente (a) o contrato de confissão de dívida nº 320000198690; e (b) contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, com final 5518; únicas avenças identificadas na inicial.

CONTRATO BANCÁRIO - Relação contratual entre as partes está subordinada ao CDC. CONTRATO BANCÁRIO - Inconsistente a alegação de nulidade do negócio jurídico por vício de consentimento, em razão do erro na contratação - A parte autora sequer especificou fato concreto determinado revelador que os contratos ajustados entre as partes estão eivados de vício de consentimento, consistente em erro substancial.

CONFISSÃO DE DÍVIDA - Quanto ao contrato de confissão de dívida: (i) lícita a exigência de juros capitalizados em periodicidade inferior à anual, porque, além de previsão contratual expressa, clara e precisa, que a autoriza, a taxa de juros remuneratórios anual pactuada é superior ao duodécuplo da mensal; e (ii) lícita a taxa de juros remuneratórios exigida, porquanto sequer foi apontada, pela parte mutuária, com as necessárias discriminações, a existência de discrepância entre as taxas exigidas pela instituição financeira em relação à taxa média de mercado, na mesma praça e época da contratação, circunstância esta que afasta a aplicação do instituto da lesão.

CARTÃO DE CRÉDITO - Quanto ao contrato de prestação de serviços de cartão de crédito: (I) ilícita a cobrança dos juros remuneratórios, no que concerne à capitalização, em qualquer periodicidade, visto que

Acesso ao Sumário

a instituição financeira não juntou cópia do contrato firmado entre as partes, ônus que era seu (CPC/2015, art. 373, II) e requisito este indispensável para a cobrança de juros com capitalização, porquanto sua exigência exige expressa pactuação; e (II) lícita a exigência dos juros remuneratórios informados nas faturas, visto que: (i) não podem ser havidos como abusivos, porquanto sequer apontada, pelo usuário com as necessárias discriminações, a existência de discrepância entre as taxas exigidas pela administradora do cartão em relação à taxa média de mercado, na mesma praça e época da contratação, circunstância esta que afasta a aplicação do instituto da lesão; e (ii) a mera utilização do financiamento previsto na fatura mensal já configura a adesão a taxa de juros remuneratórios do crédito colocado à disposição do usuário para o financiamento.

INDÉBITO - Ausente prova de má-fé da instituição financeira ré na cobrança, improcede o pedido de condenação ao pagamento de devolução em dobro do indébito - Caracterizada a cobrança abusiva por ilicitude de encargos exigidos - *no caso dos autos, apenas e tão somente, de juros remuneratórios, no que concerne à capitalização no contrato de cartão de crédito* -, de rigor, o acolhimento do pedido de revisão para o afastamento de tais exigências e a compensação do indébito, constituído por valores pagos para satisfação da cobrança abusiva por ilicitude de encargos exigidos, de forma simples e não em dobro, e até mesmo a repetição de eventual saldo credor em favor da parte autora, incidindo sobre o indébito, correção monetária, pelos índices da Tabela Prática do Eg. Tribunal de Justiça, para atualização de débitos judiciais, a partir de cada pagamento indevido, e juros de mora a partir da citação na taxa de 12% ao ano, em montante a ser apurado em cumprimento de sentença.

CONTRATO BANCÁRIO - Passa-se a adotar a atual orientação predominante do Eg. STJ e neste Eg. Tribunal de Justiça, quanto aos contratos de mútuo com cláusulas de desconto em folha de pagamento ou

Acesso ao Sumário

débito em conta corrente em que o mutuário recebe a respectiva remuneração, a seguinte orientação: (a) não constitui cláusula abusiva, a que autoriza o desconto até 30% dos salários, vencimentos ou proventos, líquidos, do mutuário, em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado, prática com amparo em legislação específica (LF 10.820/03); (b) não constitui cláusula abusiva a que autoriza o desconto até 30% dos salários, vencimentos ou proventos, líquidos, do mutuário, em conta corrente de prestação de empréstimo contratada; (c) a soma dos descontos de prestações de todos os empréstimos contratados pelo mutuário para descontos de prestações em folha de pagamento e/ou conta corrente, em que depositada, sua remuneração não pode ultrapassar o percentual de 30% da remuneração líquida do devedor, correspondente à remuneração bruta com exclusão dos obrigatórios (previdência, imposto de renda e pensão alimentícia), por se tratar de verba de caráter alimentar, ainda que norma em decreto estadual estabeleça limite diverso; (d) para contratos anteriores à vigência da MP 681, de 10 de julho de 2015, convertida na LF 11.3172/2015, por aplicação do princípio *tempus regit actum*, configura cláusula ou prática abusiva o desconto de prestações de mútuos, que excedam o limite de 30% da remuneração líquida do mutuário; e (e) para contratos posteriores à vigência da MP 681, de 10 de julho de 2015, convertida na LF 11.3172/2015, configura cláusula ou prática abusiva o desconto de débitos relativos a contratos de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil que excedam 35% da remuneração líquida do mutuário, assim distribuídos: (e.1) 5% como limite máximo para despesas, exclusivamente, do cartão de crédito; e (e.2) os 30% remanescentes como teto para pagamento de débitos relativos aos demais contratos - Reconhecida a existência de ilícita apropriação, pelo banco de valores creditados a título de remuneração da parte autora mutuária para satisfação de dívidas contraídas pelo contrato de confissão de dívida objeto da demanda, em

Acesso ao Sumário

percentual superior ao limite de 30% da remuneração líquida, impondo-se, em consequência, a reforma da r. sentença, para (i) condenar o banco réu na obrigação de não fazer, consistente em se abster de reter em folha de pagamento e efetuar desconto de valores depositados a título de vencimentos da conta corrente da parte autora, para satisfação de débitos relativos ao contrato de confissão de dívida objeto da ação, em montante cuja soma supere 30% da remuneração total da parte autora, deduzidos, apenas e tão somente, os valores relativos à contribuição previdenciária, em prazo e sob pena de multa cominatória, para o caso de descumprimento da obrigação imposta, a serem fixados pelo MM Juízo do cumprimento de sentença, observado disposto no art. 537, do CPC/2015; e (ii) acolher o pedido de restituição dos valores apropriados ilicitamente, de forma simples e não em dobro, não como obrigação de fazer, sob pena de pagamento de multa cominatória, mas sim como obrigação de dar pecuniária, com condenação do réu a pagar à parte autora as quantias indevidamente descontadas da parte autora, para satisfação do débito ao contrato de confissão de dívida objeto da ação, com incidência de correção monetária a partir das respectivas datas de desconto indevido e de juros de mora, na taxa legal de 1% ao mês, a partir da citação.

DANO MORAL - Comprovado o ato ilícito do banco réu, consistente na ilícita apropriação da remuneração da parte autora, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da instituição financeira ré na obrigação de indenizar a parte autora por danos morais, que se arbitra em R$9.540,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

Recurso provido, em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 173/178, acrescenta-se que a ação

foi julgada nos seguintes termos: "Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE A AÇÃO, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, observado o que dispõem os §§ 2º e 3º do art. 98 do Código de Processo Civil."

Apelação da parte autora (fls. 180/194), sustentando: (a) incidência do CDC; (b) que os descontos decorrentes do contrato de confissão de dívida nº 320000198690 devem ser limitados a 30% da remuneração líquida da parte autora; (c) ilegalidade da capitalização de juros; (d) abusividade das taxas de juros remuneratórios; (e) vício de consentimento quanto aos encargos pactuados; (f) repetição do indébito em dobro; e (g) que "O dano moral deve ainda ser configurado, uma vez que os enormes danos causados com a retenção DOLOSA (uma vez que a lei é cristalina, e o apelado não pode alegar desconhecimento da mesma) dos vencimentos, em sua quase integralidade e por vários meses".

A apelação foi processada, com resposta da parte ré (fls. 236/253), pugnando pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte autora é que o recurso seja provido para reformar a r. sentença, a fim de julgar procedentes os pedidos da inicial (fls. 193/194).

2. Inicialmente, esclarece-se que, dos termos da inicial, que fixa os limites da demanda e não pode ser alterada, sem o consentimento do réu citado, por força do art. 329, I, do CPC/2015, na inicial, a presente ação tem por objeto, **apenas e tão somente (a) o contrato de confissão de dívida nº 320000198690 (fls. 26/30); e (b) o contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, com final 5518, conforme faturas de fls. 65/70; únicas avenças identificadas na inicial (fls. 01/02)**.

Eventuais ilegalidades em outros contratos entabulados pelas partes, a que se fez referência na inicial de forma genérica, sem especificação de elementos identificadores, nem mesmo de valores ajustados e datas de contratação, não integram o objeto da presente ação.

Entendimento em sentido diverso, ou seja, no sentido de que a pretensão de revisão judicial abrange todo e qualquer contrato ajustado entre as partes, levaria ao julgamento de inépcia, quanto aos contratos não identificados na inicial, referidos de forma genérica, nesta parte, por falta de pedido ou por não decorrer da narração dos fatos logicamente a conclusão, visto que não se vislumbra possível admitir pedido de revisão relativos a contratos indeterminados e indefinidos.

Omissões e obscuridades da inicial não podem ser interpretadas em benefício de quem a redigiu, visto que impedem o exato conhecimento da pretensão deduzida, cerceando o direito de defesa do integrante do polo passivo

Acesso ao Sumário

e impedindo a prestação jurisdicional.

3. A relação contratual entre as partes está subordinada ao CDC.

Nos termos da Súmula 297/STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, é de se reconhecer que a relação jurídica entre as partes, objeto da ação, em que intervém a autora como destinatária final, é de consumo.

Observa-se que contrato de adesão não é nulo, nem os contratantes estão desobrigados do cumprimento de cláusulas contratuais lícitas. Isto porque como explica Washington de Barros Monteiro ao examinar o contrato de adesão: "Há neles, uma espécie de contrato - regulamento, previamente redigido por uma das partes, e que a outra aceita ou não; trata-se de um *clichê* contratual, segundo as normas de rigorosa estandardização, elaborado em série; se a outra parte se submete, vem a aceitar-lhe as disposições, não pode mais tarde fugir ao respectivo cumprimento." ("Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações - 2ª Parte", vol. 5, 15ª ed., Saraiva, 1977, SP, p. 31).

Da mesma forma, anota-se que é admissível a revisão de contratos de adesão para fixar-se o exato conteúdo dos efeitos jurídicos decorrentes das cláusulas contratuais ajustadas, bem como o afastamento de ilícitas e abusivas, sem que isso, por si só, implique a nulidade do contrato.

4. Admissível a revisão de contratos bancários quitados ou novados, mesmo em embargos à execução.

Neste sentido, a orientação da Súmula e os julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a)** "Os contratos são passíveis de revisão judicial, ainda que tenham sido quitados ou objeto de novação, pois não se pode validar obrigações nulas." (STJ-3ª Turma, EDcl no AgRg no REsp 582621/RS, rel. Min. Castro Filho, v.u., j. 20/04/2006, DJ 15/05/2006 p. 201, conforme site do Eg. STJ); **(b)** "É possível a revisão judicial dos contratos, ainda que quitados ou novados. Agravo improvido". (AgRg nos EDcl no REsp n.° 720.324/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJ 01.02.2006); **(c)** "A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores" (Súmula 286/STJ); e **(d)** "Direito Civil e Processual Civil. Agravo no Recurso especial. Embargos de devedor. Execução. Instrumento de confissão de dívida. Revisão retroativa dos contratos. Possibilidade. - É possível, na via dos embargos do devedor, a revisão da relação negocial que originou o instrumento de confissão de dívida. - A devolução do processo para reexame não vincula o juízo de origem, o qual poderá, encontrando justificativa legal, obstar o recurso por motivo diverso. Agravo não provido." (STJ-3ª Turma, AgRg no REsp 552483/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 18/05/2004, DJ 31/05/2004 p. 305, conforme site do Eg. STJ).

Acesso ao Sumário

5. Admissível a capitalização mensal ou diária de juros, desde que ajustada e admitida em legislação específica, como acontece com as cédulas de crédito rural, comercial e industrial (DLF 167/67 e DLF 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições, firmadas após a entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001, perenizada com a EC 32/2001, sendo: **(a)** imprescindível que a capitalização de juros, em qualquer periodicidade, tenha sido pactuada de forma expressa, clara, de modo a garantir que o contratante tenha a plena ciência do encargo acordado, assim considerada quando prevista a taxa de juros anual em percentual pelo menos doze vezes maior do que a mensal; **(b)** admissível a capitalização anual para os contratos firmados anteriormente à vigência da Medida Provisória n. 1.963-17, de 31.03.2000, com base no art. 4º, do DLF. 22.626/33, desde que haja expressa previsão contratual; e **(c)** se inexistente contrato nos autos, inviável a presunção de que teria sido a capitalização mensal ou diária de juros pactuada, bem como que a data do início da relação jurídica da parte autora com a instituição financeira tenha se dado em data em que já se permitia a sua incidência.

"**A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize. Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00).**" (STJ-3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 856945/TO, rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., j. 22/02/2011, DJe 28/02/2011, conforme site do Eg. STJ).

"**É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.**" (Súmula 539/STJ).

"**Cabível a capitalização anual dos juros nos contratos bancários firmados anteriormente à vigência da Medida Provisória n. 1.963-17, de 31.03.2000**. Precedente uniformizador da 2ª Seção (EREsp n. 917.570/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, por maioria, DJU de 04.08.2008)." (STJ-4ª Turma, AgRg no Resp 1062746/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u., j. 09/09/2008, DJe 20/10/2008, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

Quanto à necessidade de expressa previsão contratual para a cobrança de juros capitalizados, em qualquer periodicidade, adota-se a mais recente orientação do julgado da Eg. 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1388972 SC, relatado pelo Min. Marco Buzzi, efetivado nos termos do art. 1.036, do CPC/2015,

Acesso ao Sumário

correspondente ao art. 543-C, do CPC/1973, visando unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos, que se reproduz: "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEGUINTES DO CPC/2015 - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA ANTE A ABUSIVIDADE DE COBRANÇA DE ENCARGOS - INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA VOLTADA À PRETENSÃO DE COBRANÇA DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS 1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015. 1.1 **A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação. 2. Caso concreto: 2.1 Quanto aos contratos exibidos, a inversão da premissa firmada no acórdão atacado acerca da ausência de pactuação do encargo capitalização de juros em qualquer periodicidade demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos dos contratos, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.** 2.2 Relativamente aos pactos não exibidos, verifica-se ter o Tribunal a quo determinado a sua apresentação, tendo o banco-réu, ora insurgente, deixado de colacionar aos autos os contratos, motivo pelo qual lhe foi aplicada a penalidade constante do artigo 359 do CPC/73 (atual 400 do NCPC), sendo tido como verdadeiros os fatos que a autora pretendia provar com a referida documentação, qual seja, não pactuação dos encargos cobrados. 2.3 Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ. 2.4 Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório. Inteligência da súmula 98/STJ. 2.5 Recurso especial parcialmente provido apenas ara afastar a multa imposta pelo Tribunal a quo. (...)." "Portanto, inegável que a presunção à qual alude o artigo 591 do Código Civil diz respeito, tão somente, aos juros remuneratórios incidentes sobre o mútuo feneratício, ou seja, sobre aqueles recebidos pelo mutuante como compensação pela privação do capital emprestado. Essa pressuposição, no entanto, não é transferida para a parte final do referido dispositivo, pois **a capitalização de juros é permitida em inúmeros diplomas normativos em periodicidades distintas (mensal, semestral, anual), e não é pela circunstância de a lei autorizar a sua cobrança que será automaticamente devida pelo tomador do empréstimo em qualquer dessas modalidades**." (o destaque não consta do original).

Acesso ao Sumário

"Contrato de abertura de crédito [firmado em 23 de maio de 1995]. Vedação da capitalização mensal: a jurisprudência deste STJ possui orientação firme no sentido de **que é vedada a capitalização dos juros, somente admitida nos**

casos previstos em lei, quais sejam, nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, (art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e Súmula nº 121-STF).” (STJ-4ª Turma, AgRg no REsp 677851/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 28/04/2009, DJe 11/05/2009, conforme site do Eg. STJ).

“**Ora, se inexistente o contrato nos autos, inviável a presunção de que teria sido a capitalização mensal de juros pactuada, bem como que a data do início da relação jurídica da autora com a instituição financeira tenha se dado em data em que já se permitia a sua incidência.** Nesse sentido, confira-se: CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE. - **É lícita a capitalização mensal de juros nos contratos bancários celebrados a partir de 31.03.2000 (MP 1.963-17, atual MP nº 2.170-36), desde que pactuada. - Impossível permitir a incidência em periodicidade mensal de tal encargo, baseado em mera presunção de sua existência, condicionada a prova posterior, realizada na fase de liquidação, sob pena de proferir decisão condicional (art. 460, parágrafo único, do CPC)**. (AgRg no REsp 849.935/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 16/04/2007 p. 197) Desta forma, não sendo possível a verificação de que a capitalização de juros esteja expressamente pactuada, por conseguinte, não pode ser cobrada pela instituição financeira, devendo ser afastada a presunção do Tribunal de origem sobre a matéria. 6. Embora o simples ajuizamento de ação revisional não implique o afastamento da mora (RESP 607.961/RJ, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado de 09.03.2005), o abuso na exigência dos ‘encargos da normalidade’, quais sejam os juros remuneratórios e a capitalização de juros, descaracterizam a mora do devedor (ERESP 163.884/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, Rel. p/ Acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 23.05.2001; Resp n. 1.061.530, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22.10.2008).” (Ag 908669/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação: 04/11/2009, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

“Capitalização de juros. O entendimento do STJ é de que, nos contratos firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que prevista contratualmente. Precedentes: REsp n. 894.385/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 16/4/2007; AgRg no REsp n. 878.666/RS, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 9/4/2007; e REsp n. 629.487, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 2/8/2004. **Na hipótese em análise, observo que a instituição financeira não procedeu à juntada do contrato aos autos, conforme fl. 82, motivo pelo qual não pode o recurso ser acolhido no ponto aventado, uma vez que a data da avença e a pactuação expressa da capitalização dos juros são requisitos indispensáveis para admissão da**

Acesso ao Sumário

capitalização em periodicidade mensal." (REsp 965149/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, data da publicação: 16/12/2009, o destaque não consta do original).

"**A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada.**" (Súmula 541/STJ).

Especificamente quanto à legalidade da capitalização diária de juros, quando pactuada expressamente, em contratos firmados após a entrada em vigor da MP 1.963-17/2000, a orientação dos julgados extraídos dos sites: **(a)** deste Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: **(a.1)** CONTRATO BANCÁRIO - (...) **Contrato de empréstimo pessoal é posterior à MP 1.963-17 e prevê expressamente a capitalização diária - Prática mantida** - (...)." (TJ/SP - 20ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9109239-39.2077.8.26.0000, rel. Des. Álvaro Torres Júnior, v.u. j. 08.08.2011 - destaque não consta do original); e **(a.2)** "CONTRATO BANCÁRIO - Abertura de crédito em conta corrente - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Empréstimo feito para gerar riquezas, não se enquadrando a devedora como consumidora final - Relação regida pelo Sistema Financeiro Nacional - Taxas e tarifas - Cobrança legalmente prevista - Abusividade decorrente da extrapolação dos limites pré-estabelecidos pelo Banco central - Fato sequer alegado pelos embargantes - Cobrança admitida - **Juros remuneratórios - Capitalização diária - Ocorrência - Contrato firmado posteriormente à Medida Provisória nº 1.963-17/2000, publicada em 31 de março de 2000, reeditada sob nº 2.170-36/2001 e atualmente perenizada com a Emenda Constitucional 32/2001 - Cobrança admissível** - Embargos improcedentes - Recurso provido" (TJ/SP - 12ª Câmara de Direito Privado, Apelação 7.100.736-4, rel. Des. Rui Cascaldi, v.u., j. 01.04.2009, o destaque não consta do original); **(b)** do Eg. Tribunal do Estado de Minas Gerais: "APELAÇÃO CÍVEL - CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO - REVISÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 29 - CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE JUROS SUPERIORES A 12% AO ANO - **CAPITALIZAÇÃO DIÁRIA DE JUROS - PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL EXPRESSA - POSSIBILIDADE** - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - LIMITAÇÃO À TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS PACTUADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE." (TJ/MG, 17ª Câmara de Direito Privado, Apel. 1.0702.06.336031-8/001, rel. Des. Eduardo Marine da Cunha, j. 25.03.2010); **(c)** do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: **(c.1)** "APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS A EXECUÇÃO DE CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO EMPRÉSTIMO CAPITAL DE GIRO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. [...] CPAITALIZAÇÃO DOS JUROS. No

Acesso ao Sumário

caso concreto trata-se de contrato de Cédula de Crédito Bancário que, a teor do art. 28, §1º, I, da Lei nº 10.931/04, tem autorização para a contratação da capitalização dos juros em qualquer periodicidade. **Assim, tendo em vista que o contrato informa a incidência da capitalização diária na composição das parcelas, vai mantida a periodicidade contratada** [...]" (TJ/RS - 13ª Câmara Cível, Apel. 70028026938, rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 10/12/2009); e **(c.2)** "APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. CONTA CORRENTE. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUROS REMUNERATÓRIOS. ANATOCISMO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: [...] ANATOCISMO: Admite-se a capitalização mensal, somente quando expressamente autorizada por lei, nos termos da Medida Provisória n. 1.963-17/00, de 30 de março de 2000, reeditada pela Medida Provisória n. 2.170-36/01, de 23 de agosto de 2001. Contratos perfectibilizados após a MP. **Comprovada a contratação de capitalização diária no contrato exibido, é mantida. No contrato não exibido, a capitalização é anual**. [...]". (TJ/RS - 1ª Câmara Especial Cível, Apel. 70038715991, rel. Des. Eduardo João Lima Costa, j. 25/01/2011).

Observa-se que a incorporação ao capital de juros devidos e não pagos no final do mês caracteriza capitalização mensal de juros. Isto porque, como explica Arnaldo Rizzardo: "A capitalização dos juros corresponde à soma de seu montante ao capital, de modo que a nova incidência do cálculo se faça sobre o acréscimo dos juros anteriores. (...) Na prática, o cálculo abrange o vencimento dos novos juros sobre o capital aumentado com juros anteriores, ou juros sobre juros, que é o mesmo que juros de juros, levando a chegar-se numa taxa de juros mais elevada, constituindo a capitalização ou anatocismo" ("Direito das Obrigações", 3ª ed., Forense, 2007, RJ, p. 530).

O art. 5º da MP 1.963-17/2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001, perenizada com a EC 32/2001, não padece de inconstitucionalidade. Nesse sentido, a orientação do julgado do Eg. STF extraído do respectivo site: "**JUROS - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - ARTIGO 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36 - CONSTITUCIONALIDADE. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.377/RS, de minha relatoria, redator do acórdão ministro Teori Zavascki, submetido à sistemática da repercussão geral, o Plenário assentou a constitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, que autoriza a capitalização dos juros com periodicidade inferior a um ano**. Ressalva da óptica pessoal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO - RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de entendimento. O instituto

Acesso ao Sumário

visa o cotejo indispensável a que se diga enquadrado o recurso **extraordinário no permissivo constitucional.**" (**STF-1ª Turma**, AI 818383 AgR-segundo/MS, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 30/06/2015, o destaque não consta do original).

6. No mútuo bancário comum, representado por contratos de financiamento, abertura de crédito, dentre os quais se incluem aquele objeto da presente ação, as instituições financeiras não necessitam de autorização para estipulação dos juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano, sendo certo que: **(a)** os juros remuneratórios não são abusivos se não superam, substancialmente, a taxa média de mercado na praça e na época da contratação; **(b)** para o reconhecimento da abusividade de juros, o consumidor, em sua petição inicial, deverá especificar de forma concreta, que seu contrato encontra abrangido nesta hipótese; e **(c)** quando não for possível aferir a taxa ajustada, seja pela falta de pactuação, seja não juntada do contrato aos autos, os juros remuneratórios deverão ser fixados à taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil.

"A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar" (Súmula Vinculante 7/STF e Súmula 648/STF).

"A estipulação de juros remuneratórios superiores a s a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade." (Súmula 382/STJ).

"ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) **É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.** (...) II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS) (...) Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese." (STJ-2ª Seção, REsp 1.061.530 RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2008, DJe 10/03/2009, julgamento para efeitos do art. 543-C, do CPC, visando unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos, relativos a relações de contratos de mútuos bancários comuns sem abranger as "Cédulas de Crédito Rural, Industrial, Bancária e Comercial; os contratos

Acesso ao Sumário

celebrados por cooperativas de crédito, os que se incluem sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, bem como os que digam respeito a crédito consignado", cf. site do Eg. STJ).

"ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS 1 - **Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente. 2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.** II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO - Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento. - Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada." (STJ-2ª Seção, REsp 1112879/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12/05/2010, DJe 19/05/2010, julgamento para efeitos do art. 543-C, do CPC, conforme site do Eg. STJ).

"Por fim, no que tange à limitação da taxa de juros nos autos, merece prosperar o recurso especial, em parte, uma vez que a Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp 715.894/PR, Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, decidiu que, nos contratos de mútuo, **reconhece-se a potestatividade da cláusula que prevê a incidência dos juros sobre o débito contraído sem fixar o respectivo percentual, e que, nessas hipóteses, os juros remuneratórios deverão ser fixados à taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil. De outra parte, não tendo como se aferir a taxa de juros acordada, sendo pela própria falta de pactuação ou pela não juntada do contrato aos autos, devem os juros remuneratórios ser fixados à taxa média do mercado em operações da espécie**. A propósito: AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE - CONTRATO NÃO JUNTADO AOS AUTOS - JUROS REMUNERATÓRIOS APLICADOS À TAXA MÉDIA DO MERCADO - Não constando dos autos cópia do contrato revisado, a fim de se verificar a prévia estipulação dos juros remuneratórios, seguindo a nova orientação adotada por esta Corte, limita-se os juros remuneratórios não ao percentual fixado na Lei de Usura, mas à taxa média do mercado à época da contratação - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO - COBRANÇA - IMPOSSIBILIDADE - PERMITIDA A FORMA ANUAL, CONFORME JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA -

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO DO ENCARGO - REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NS. 5 E 7 DA SÚMULA/STJ - DECISÃO MONOCRÁTICA RECONSIDERADA - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO (ART. 544, § 3º, DO CPC). (AgRg no Ag 565777/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, DJ 24.3.08)." (REsp 1100336/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, data da publicação: 07/10/2009, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

"**Note-se, outrossim, que este Tribunal já se pronunciou a respeito do não cabimento da redução dos juros remuneratórios em contrato bancário com base na Lei n. 1.521/51.**" (Ag 1051863/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, data da publicação: 04/12/2008, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original). "**Descabida, por fim, no juízo cível, a alegação de violação às disposições da Lei 1.521/51, que regula o julgamento dos crimes contra economia popular, atraindo a incidência do enunciado n. 284, da Súmula do Excelso Pretório. De qualquer modo, se pretende a agravante a redução dos juros remuneratórios, reitero do descabimento do indicado malferimento.**" (Ag 894251/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, data da publicação: 05/10/2007, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

"**Quanto ao controle do 'spread' bancário, a Segunda Seção desta Corte (REsp 407.097/RS) pacificou o entendimento no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplica a limitação de juros remuneratórios aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ut Súmula 596/STF, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica.**" (REsp 816551/MT, rel. Min. Fernando Gonçalves, data da publicação: 29/05/2009, conforme site do Eg. STJ).

"**A autorização do CMN para a cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano é necessária apenas nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial, ante a incidência, em tais casos, de legislação específica.**" (STJ-3ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 492936/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, v.u., j. 16/09/2004, DJ 22.11.2004 p. 331, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

"Os juros remuneratórios cobrados por instituições que integrem o sistema financeiro nacional não se submetem às limitações da Lei da Usura. Os juros remuneratórios não são abusivos se não superam, substancialmente, a taxa média de mercado na praça da contratação" (STJ-3ª Turma, AgRg no REsp 947674/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., j. 04/12/2007, DJ 19.12.2007 p. 1229, conforme site do Eg. STJ).

7. No contrato de cartão de crédito, as instituições financeiras não

Acesso ao Sumário

necessitam de autorização para estipulação dos juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano, sendo certo que: **(a)** os juros remuneratórios não são abusivos se não superam, substancialmente, a taxa média de mercado na praça e na época da contratação; **(b)** para o reconhecimento da abusividade de juros, o consumidor, em sua petição inicial, deverá especificar de forma concreta, que seu contrato encontra abrangido nesta hipótese; **(c)** é lícita a exigência da taxa dos juros remuneratórios informados nas faturas mensais de cartão de crédito, para o período da normalidade, quando afastada a hipótese de abusividade; e **(d)** quando não for possível aferir a taxa ajustada, seja pela falta de pactuação, seja pela não juntada de prova documental elucidativa sobre a questão, os juros remuneratórios deverão ser fixados à taxa média praticada pelo mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil, desde que igual ou inferior ao percentual aplicado.

Neste sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site:

(a) "DECISÃO: Vistos. Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que, em ação revisional, limitou em 12% ao ano a incidência dos juros remuneratórios previstos em contrato de cartão de crédito, com fundamento no CDC. (...) **No mérito, não pairam mais dúvidas no âmbito desta Corte quanto ao fato de as administradoras de cartões de crédito inserirem-se na categoria das instituições financeiras, bem como na possibilidade da cobrança de juros remuneratórios sem as restrições do Decreto n. 22.626/1933, diante da edição da Súmula n. 283/STJ. Ademais, ainda que aplicável às instituições bancárias a Lei n. 8.078/1990, a 2ª Seção desta Corte (REsp n. 407.097/RS), sedimentou o entendimento de que o pacto referente à taxa de juros só pode ser alterado se reconhecida sua abusividade em cada hipótese, desinfluente para tal fim a estabilidade inflacionária no período, e imprestável o patamar de 12% ao ano, já que sequer a taxa média de mercado, que não é potestativa, se considera excessiva, para efeitos de validade da avença. Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço em parte do recurso e, nessa extensão, dou-lhe provimento para que sejam considerados os juros remuneratórios, como informados.** (...)" (REsp 1197365/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, data da publicação: 24/11/2010, o destaque não consta do original); e

(b) "DECISÃO Vistos. **Banco Citicard S.A.** opõe embargos de declaração contra a decisão de fls. 428/429, que deu parcial provimento ao recurso especial. **Alega que existe obscuridade no decisum relativa à taxa de juros remuneratórios aplicável ao contrato de cartão de crédito, que se determinou fosse aquela informada pela instituição financeira ao usuário. Nenhum vício macula a decisão embargada. Com efeito, resta claro que as taxas de juros remuneratórios informadas via faturas mensais para o**

Acesso ao Sumário

próximo período são válidas, eis que não consideradas abusivas mesmo sendo variáveis. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração." (EDcl no REsp 1197365/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, data da publicação: 14/12/2010, o destaque não consta do original).

No mesmo sentido, a orientação do julgado desta Eg. 20ª Câmara de Direito Privado: "CONTRATO BANCÁRIO - **Contrato de emissão de cartão de crédito - Instrumento não juntado - Administradora de cartão de crédito - Instituição financeira sujeita à Lei nº 4.595/64 - Súmula nº. 283 do STJ - Patamar constitucional de juros não autoaplicável e já revogado - Limitações constantes da Lei da Usura (Decreto nº 22.626/33) não vinculantes das instituições financeiras - Informação prévia e mensal à usuária do cartão de crédito quanto à taxa de juros incidente sobre o valor financiado no mês subsequente - Inteligência do art. 46 do CDC - Incidência de juros à taxa informada nas faturas mensais** - Capitalização mensal proibida antes da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob nº 2.170-36/2001 e pactuação expressa após a sua vigência não provada - Anatocismo ilícito expurgado - Incidência das Súmulas nºs. 30, 294 e 296 do STJ - Ausência de prova de pactuação da comissão de permanência - Recálculo da dívida determinado - Ação ordinária de nulidade e revisão de cláusulas contratuais c.c. repetição de indébito julgada parcialmente procedente em segundo grau - Sucumbência recíproca (artigo 21, caput, do CPC) - Recurso provido em parte." (Apelação nº 0065729-66.2006.8.26.0000 (7.078.659-3), rel. Des. Correia Lima, j. 09.05.2011, o destaque não consta do original).

8. Caracterizada a cobrança abusiva, de rigor, a compensação do indébito, no valor equivalente, em montante a ser apurado em liquidação, e até mesmo a repetição de eventual saldo credor em favor da parte autora.

"Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige prova do erro" (Súmula 322/STJ).

"**Admite-se a compensação/repetição do indébito, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor.** Precedentes" (STJ-3ª Turma, AgRg no REsp 876620/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 01/03/2007, DJ 19.03.2007 p. 350, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

"No tocante à repetição de indébito, é apenas conseqüência lógica do reconhecimento da abusividade de encargos contratuais, como por exemplo, no caso específico, a capitalização mensal de juros. Nada mais é, portanto, do que a devolução de saldo em favor do autor (ora recorrido) daquilo que pagou a mais, se houver. **O direito à devolução depende da apuração de valores a devolver, sendo certo, por isso mesmo que, negá-lo, em atenção a uma**

Acesso ao Sumário

formalidade, é desarrazoado, porque obrigará o eventual credor a propor uma nova demanda, causando prejuízos a ambas as partes envolvidas." (STJ-4ª Turma, AgRg no REsp 677023/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 29/11/2005, DJ 19.12.2005 p. 427, conforme site do Eg. STJ, o destaque não consta do original).

9. Sobre o indébito incide: **(a)** correção monetária calculada com emprego da Tabela Prática do Eg. Tribunal de Justiça, que adota os índices de atualização para débitos judiciais, em conformidade com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir do pagamento indevido (Súmula 162/STJ); **(b)** juros de mora a partir da citação (CPC/2015, art. 240), na taxa legal de 1% ao mês (CC/2002, art. 406; CTN, art. 161, § 1º); e **(c)** descabido o emprego dos mesmos critérios aplicáveis no contrato bancários objeto da ação.

Nesse sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a)** "Civil. Agravo no recurso especial. Ação de cobrança. Valores indevidamente descontados de conta-corrente, pelo banco. Índices a serem aplicados na restituição. Impossibilidade de aplicação das mesmas taxas de inadimplência exigidas pelo banco na contratação do cheque especial. Precedente da 2ª Seção. Danos morais não configurados. Súmula nº 7/STJ. - **A 2ª Seção do STJ firmou entendimento, com minha ressalva pessoal, no sentido de que o banco não pode ser compelido a devolver ao consumidor valores indevidamente retirados de conta-corrente com base nos mesmos índices aplicáveis à utilização do cheque especial.** - Não é possível o reexame de fatos e provas em recurso especial. - Não se conhece de recurso especial quando o acórdão está em consonância com a jurisprudência pacífica do STJ. Agravo não provido." (STJ-3ª Turma, AgRg no REsp 704224/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 05/03/2009, DJe 20/03/2009, o destaque não consta do original); (b) "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE. INDENIZAÇÃO. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. **Consoante entendimento desta Corte, incide apenas juros legais e correção monetária na atualização de débito decorrente de indenização por descontos indevidos em conta corrente, não podendo ser aplicada as taxas cobradas pela instituição financeira nos contratos de mútuo. Precedentes.** 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no REsp 993605/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 09/06/2009, DJe 22/06/2009, o destaque não consta do original).

9.1. Quanto a correção monetária, adota-se a orientação de que: (a) a correção monetária não constitui um "plus", mas apenas a recomposição do valor da moeda corroído pela inflação, razão pela qual independe de pedido expresso, bem como da comprovação de culpa, visto que decorre de lei; (b) a incidência a partir da data do pagamento do indébito, uma vez que o afastamento

Acesso ao Sumário

da incidência de correção monetária a partir dessa data enseja enriquecimento sem causa do devedor, sendo certo que isto não ofende o disposto no art. 1º, § 2º, da LF 6.899/81, visto que, nos termos: (b.1) da Súmula 43/STJ: "Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir do efetivo prejuízo" e (b.2) da Súmula 162/STJ: "Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido"; e (c) a correção monetária deve ser calculada com emprego dos índices de atualização monetária constantes da Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais elaborada de acordo com a jurisprudência predominante do Eg. Tribunal de Justiça, publicada mensalmente no Diário Oficial do Estado do Poder Judiciário.

Neste sentido, a orientação da nota de Theotonio Negrão: "**Natureza da correção monetária**: "A correção monetária não constituiu parcela que se agrega ao principal, mas simples recomposição do valor e poder aquisitivo do mesmo. Trata-se, apenas, na verdade, de nova expressão numérica do valor monetário aviltado pela inflação. Quem recebe com correção monetária não recebe um 'plus', mas apenas o que lhe é devido, em foram atualizada" (JTA 109/372)". ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 41ª ed., 2009, Saraiva, p. 2210, parte da nota "4", ao art. 1º, da LF 6.899/81).

A correção monetária deve ser calculada com emprego dos índices de atualização monetária constantes da Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais elaborada de acordo com a jurisprudência predominante do Eg. Tribunal de Justiça, publicada mensalmente no Diário Oficial do Estado do Poder Judiciário.

Os índices empregados pela referida Tabela são os aplicáveis no caso em questão, visto que são os índices oficiais que refletem a real inflação existente e os débitos decorrentes de títulos judiciais exigem satisfação plena, sem afrontar qualquer norma, visto que de conformidade com a jurisprudência predominante. Observa-se que, quanto aos índices de atualização monetária, a referida Tabela prevê o emprego dos seguintes: (a) Out/64 a fev/86: ORTN; (b) Mar/86 e mar/87 a jan/89: OTN; (c) Abr/86 a fev/87: OTN "pro-rata"; (d) Fev/89: 42,72% (conforme STJ, índice de jan/89); (e) Mar/89: 10,14% (conforme STJ, índice de fev/89); (f) Abr/89 a mar/91: IPC do IBGE (de mar/89 a fev/91); (g) Abr/91 a jul/94: INPC do IBGE (de mar/91 a jun/94); (h) Ago/94 a jul/95: IPC-r do IBGE (de jul/94 a jun/95) e (i) Ago/95 em diante: INPC do IBGE (de jul/95 em diante).

9.2. Na repetição de indébito, os juros de mora incidem na taxa de 12% ao ano (CC/2002, art. 406, c.c. CTN, art. 161, § 1º), a partir da citação (CPC/2015, art. 240), por envolver responsabilidade contratual, o caso dos autos.

Neste sentido, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA.

Acesso ao Sumário

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Eg. Tribunal firmaram convicção que na responsabilidade contratual os juros de mora incidem a partir da citação, pela taxa do art. 1.062 do Código de 1916 até 10.1.2003 (0,5% ao mês) e, após essa data, com a entrada do Código Civil de 2002, pelo art. 406 do atual diploma civil (1% ao mês); 2. Decisão recorrida em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte, incidência da Súmula 168/STJ; 3. Agravo Regimental não provido." (STJ-2ª Seção, AgRG nos EREsp 871925/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, v.u., j. 28/04/2010, DJe 14/05/2010, o destaque não consta do original).

10. A devolução em dobro do indébito, prevista no art. 42, do CDC, exige prova do pagamento indevido e da má-fé do credor, enquanto a condenação do valor cobrado em dobro, por dívida já paga, ou de forma simples do equivalente, por importância maior que a devida, prevista no art. 940, do CC/2002, correspondente ao art. 1.531, do CC/1916, tem como requisitos: **(a)** a cobrança judicial, daí por que não são aplicáveis às cobranças extrajudiciais, e **(b)** a prova de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor, uma vez que não envolve responsabilidade objetiva.

Neste sentido, quanto à aplicação do art. 42, do CDC, a orientação de: **(a)** Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin: "Note-se que, ao revés do que sucede com o regime civil, há necessidade de que o consumidor tenha, de fato, *pago* indevidamente. Não basta a simples cobrança." (Ada Pellegrini Grinover et alli, Código de Defesa do Consumidor, 9ª ed., Forense, 2007, p. 407); e **(b)** dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(b.1)** "Quem recebe pagamento indevido deve restituí-lo para obviar o enriquecimento sem causa. Não importa se houve erro no pagamento (Resp 345.500/DIREITO, AgRg no Ag 425.305/NANCY e REsp 79.448/ALDIR PASSARINHO). No entanto, para a repetição em dobro deve estar configurada a má-fé do credor (REsp 528.186/DIREITO, REsp 505.734/DIREITO e REsp 596.976/PÁDUA), o que não foi constado pelo acórdão estadual." (Ag 959329/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, data da publicação: 11/12/2007); **(b.2)** "O pagamento resultante de cláusula contratual mais tarde declarada nula em sede judicial deve ser devolvido de modo simples, e não em dobro; age no exercício regular de direito quem recebe a prestação prevista em contrato." (STJ-2 Sessão, EREsp 328338/MG, rel. Min. Ari Pargendler, v.u., j. 26/10/2005, DJ 01/02/2006 p. 427, conforme site do Eg. STJ); e **(b.3)** "O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor não se aplica quando o objeto da cobrança está sujeito à controvérsia na jurisprudência dos Tribunais." (STJ-3ª Turma, REsp 528186/RS, rel. Min, Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 18/12/2003, DJ 22/03/2004 p. 298, conforme site do Eg. STJ).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido quanto a aplicação do art. 940, do CC/2002, correspondente ao art. 1.531, do CC/1916, a orientação dos julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DUPLICATAS PAGAS E SIMULADAS. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DAS QUANTIAS QUE SE PRETENDEU COBRAR. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE 'DEMANDA'. ART. 1531 DO CC/1916, CORRESPONDENTE AO ARTIGO 940 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. **1. Nos termos do art. 1.531 do Código Civil de 1.916, atual art. 940 do novo Diploma Civil de 2.002, apenas quando houver demanda (propositura de ação judicial) de dívida já paga, no todo ou em parte, ou for pleiteado mais do que o devido pelo pretenso credor, com má-fé (Súmula 159 do STF), é que haverá a penalidade da repetição de indébito, seja em dobro ou de forma simples. Precedentes. 2. Conforme a doutrina, 'é preciso para que incida a pena, que tenha havido cobrança judicial, ao revés do que prevê o art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90, aplicável para quando se cuide de dívida de consumo'. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno, Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 2ª ed. Barueri/SP: Manole, 2008, pg. 878) 3. No caso, o acórdão recorrido, entendeu pela devolução em dobro das quantias que se pretendeu cobrar, mesmo sem ter havido cobrança judicial. 4. Agravo regimental provido para, reconsiderando a decisão de e-fls. 811-812, conhecer do recurso especial e, na extensão, dar-lhe provimento para excluir da condenação as verbas referentes a repetição de indébito instituídas com fulcro no art. 1531 do Código Civil de 1916** DECISÃO 1. Cuida-se de agravo regimental interposto por GRAFITE MONTAGENS E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA em face da decisão de e-fls. 811/812, que conheceu do agravo de instrumento para conhecer do recurso especial e, na extensão, dar-lhe parcial provimento, determinando que a repetição dos valores indevidamente cobrados (16 duplicatas quitadas e 3 duplicatas simuladas) fosse realizada na forma simples, e não em dobro, nos termos do art. 1.531 do Código Civil de 1916. A agravante sustenta, em síntese, que, no caso, 'não é aplicável o disposto no art. 1531 do Código Civil de 1916, não cabendo a condenação à repetição dos valores cobrados indevidamente, mesmo de forma simples', uma vez que o direito à repetição exige a propositura de ação judicial. É o relatório. Decido. **2. Assiste razão à agravante. Assevera, em suas razões que, no presente caso, não seria aplicável o art. 1.531 do Código Civil de 1.916, haja vista que o direito à repetição, seja ela em dobro ou simples, exigiria a propositura de ação judicial.** Quanto ao ponto, a decisão de e-fls. 811/812 bem asseverou que: **4. Entretanto, pela atenta leitura do artigo 1.531 do revogado Código Civil, verifica-se que a devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados somente é possível se houver demanda (entendida essa como**

Acesso ao Sumário

judicial) para a cobrança dos valores pleiteado (Resp. 892.839, Rel. Ministro Ari Pargendler). Em havendo mero pedido de quantia superior a que for devida, por certo que tão somente será cabível a repetição do equivalente que estava sendo indevidamente cobrado. Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que ele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) - grifo nosso **No caso, não se verifica dos autos qualquer apontamento no sentido de que tenha havido demanda judicial para a cobrança das duplicatas já pagas, mas sim mero protesto do título quitado. 5. Diante do exposto, com fundamento no artigo 544, § 3º, do CPC, conheço do agravo de instrumento para conhecer do recurso especial e, na extensão, dar-lhe parcial provimento para determinar que a repetição dos valores indevidamente cobrados deverá ser feita na forma simples, e não em dobro, conforme os ditames do artigo 1.531 do Código Civil de 1916. Ocorre que, apesar de adotar a premissa correta de que somente é possível a repetição se houver demanda, a decisão concluiu como indevida, apenas, a repetição dos valores em dobro, autorizando a repetição dos valores cobrados na forma simples, mesmo não tendo havido cobrança judicial.** O art. 1531 do CC/1916, atual art. 940 do CC/2002, dispõe que: Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação. (grifo nosso) Da leitura do dispositivo percebe-se que só quando houver demanda (propositura de ação judicial) de dívida já paga, no todo ou em parte, ou for pleiteado mais do que o devido, com má-fé (súm 159 STF), é que haverá a penalidade da repetição de indébito, seja em dobro ou de forma simples. Aliás, o art. 1532 do CC/1016, atual art. 941 do CC/2002, só vem a confirmar a exigência de demanda para fins de repetição, senão vejamos: Art. 1.532. Não se aplicarão as penas dos arts. 1.530 e 1.531, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide. Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido. (grifo nosso) **Realmente, a doutrina, ao comentar o art. 940 do CC/2002, ressalta que, verbis: Da mesma forma como se afirmou no comentário do artigo precedente, é preciso para que incida a pena, que tenha havido cobrança judicial, ao revés do que prevê o art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90, aplicável para quando se cuide de dívida de consumo. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno, Código civil**

Acesso ao Sumário

comentado: doutrina e jurisprudência. Coordenador Cezar Peluso. 2ª ed. Barueri/SP: Manole, 2008, pg. 878) Se a cobrança indevida se insere numa relação de consumo, há um pressuposto específico para a imposição da indenização punitiva: o consumidor deve efetivamente ter pago o indébito. Se o fornecedor cobra valor superior ao seu crédito, mas o consumidor atento recusa-se a pagar o excesso, não incide a norma de responsabilização civil. Este pressuposto não tem pertinência se a cobrança indevida se referir a relação civil. Neste caso, a indenização punitiva é exigível, mesmo que o devedor não tenha efetivamente feito o pagamento. Para este caso, o pressuposto é diverso: consiste no ajuizamento da cobrança. Enquanto o credor adota medidas extrajudiciais somente, não há fundamento para a imputação de responsabilidade (COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2, p. 339). Nesse sentido, também é a jurisprudência desta Corte Superior: CIVIL. DÍVIDA JÁ PAGA (CC, ART. 1.531). A incidência da norma do art. 1.531 do Código Civil pressupõe a cobrança judicial de dívida já paga, não se lhe assimilando a cobrança de dívida forjada. Recurso especial não conhecido. (REsp 892839/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 26/03/2009) Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Duplo pagamento de insumos adquiridos por grande produtor rural. Pretensão veiculada com fundamento no CDC. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade. Devolução simples do valor indevidamente pago. Aplicação dos arts. 964 e 965 do CC/16. Alegação de mora do credor. Inexistência. Juros moratórios contratuais. Data de início da incidência dos juros moratórios. Multa em face do alegado caráter protelatório dos embargos de declaração. Necessidade de fundamentação. - De acordo com o decidido no CC nº 64.524/MT, 2ª Seção, de minha relatoria, DJ de 09.10.2006, só há relação de consumo quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva. Ressalva pessoal. - Seja qual for o entendimento a respeito da existência ou não de relação de consumo, na presente hipótese, o próprio Tribunal de Justiça reconheceu a inocorrência de cobrança extrajudicial indevida, o que afasta a incidência do art. 42, par. ún., do CDC. - Vencida a base jurídica do acórdão recorrido, cabe ao STJ aplicar o direito à espécie, porque não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional que seria aplicável, tão-somente, a uma eventual Corte de Cassação. Aplicação do art. 257 do RISTJ e da Súmula nº 456 do STF. - Não é cabível a aplicação do art. 1.531 do CC/16, atual art. 940 do CC/02, porque aquele exige a cobrança injustificada por meio de 'demanda', ou seja, por ação judicial, além da ocorrência de má-fé do pretenso credor. - Como ambas as circunstâncias estão ausentes na presente hipótese,

Acesso ao Sumário

autoriza-se, apenas, a restituição simples do pagamento indevido, com fundamento nos arts. 964 e 965 do CC/16. - Não é possível o reexame de fatos e provas em recurso especial. - Não se conhece de recurso especial na parte em que este se encontra deficientemente fundamentado. - O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico de acórdãos que versem sobre situações fáticas similares. - Afasta-se a incidência da multa do art. 538, par. único, do CPC, quando o Tribunal de Justiça não fundamenta adequadamente seu cabimento à hipótese. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (REsp 872666/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2006, DJ 05/02/2007, p. 235) RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA. NEGLIGÊNCIA ATRIBUÍDA AOS RÉUS, DADA A FALTA DE ACEITE NO TÍTULO OU DE PROVA DA ENTREGA DA MERCADORIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO COM RESPEITO À EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO ORIGINAL DA CÁRTULA. INAPLICABILIDADE AO CASO DA NORMA DO ART. 1.531 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. - Em sede de recurso especial, não se reexamina matéria fático-probatória (Súmula n. 7-STJ). Recurso especial inadmissível quanto ao ponto central do litígio. - Exigência de exibição do original da duplicata, sob pena de pagamento de multa diária, não constante do pedido exordial. Infringência dos arts. 128 e 460 do CPC. - A imposição da penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil de 1916 pressupõe a existência de uma cobrança judicial acima do valor que realmente for devido, formulada de maneira maliciosa pelo credor. Requisitos inexistentes na espécie. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, provido. (REsp 344583/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 28/03/2005, p. 258) CARENCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. DECLARAÇÃO DE OFICIO. PENA DO ARTIGO 1531 DO CODIGO CIVIL. AÇÃO VISANDO 'ANULAR' PRETENSÃO A COBRANÇA DE DIVIDA CONSIDERADA EXCESSIVA PELA DEMANDANTE. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. ANULAM-SE ATOS OU NEGOCIOS JURIDICOS, NÃO MERA MANIFESTAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE EXIGENCIA DE PRETENDIDO CREDITO. A CARENCIA DE AÇÃO PODE SER DECRETADA DE OFICIO PELO MAGISTRADO, SE ENCONTRAR DEMONSTRADA. A APLICAÇÃO DA 'PENA PRIVADA' DO ARTIGO 1531 DO CODIGO CIVIL PRESSUPÕE O AJUIZAMENTO DE DEMANDA COM MALICIOSO PEDIDO DE PAGAMENTO DE DIVIDA JA PAGA, OU DE QUANTIA MAIOR DO QUE A REALMENTE DEVIDA. NÃO SE CARACTERIZA SE A AFIRMAÇÃO DO CREDITO E FEITA EXTRAJUDICIALMENTE, OU EM DEFESA EM DEMANDA PENDENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 14016/SP, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em

Acesso ao Sumário

10/08/1992, DJ 31/08/1992, p. 13650) **Importante salientar que, ao sentenciar, o magistrado de 1º grau já havia assentado, quanto a este pedido em específico, que: Entende-se incabível à espécie, no entanto, o art. 1.531 do Código Civil de 1916. Com efeito, não há como se reconhecer na hipótese a categórica existência de má-fé da sociedade-ré (até mesmo pelo fato de a mesma não ter participado do processo), elemento que é necessário para aplicação do dispositivo, consoante a mais autorizada jurisprudência. Além do que, a norma faz referência a uma demanda por dívida já paga, fato não verificado na situação, já que a parte ré não chegou a ingressar em Juízo para efetuar a cobrança dos títulos. (grifo nosso) (e-fls. 414/417). 3. Diante do exposto, com fundamento no artigo 544, § 3º, do CPC, dou provimento ao agravo regimental para, reconsiderando a decisão de e-fls. 811-812, conhecer do recurso especial e, na extensão, dar-lhe provimento para excluir da condenação as verbas referentes a repetição de indébito instituídas com fulcro no art. 1531 do Código Civil de 1916**. Custas e honorários advocatícios, observado quanto a estes o percentual fixado na origem, na proporção em que vencidas as partes, compensando-se na forma da lei (art. 21 do CPC).” (AgRg no Ag 853151/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação: 03/02/2012, o destaque não consta do original); e **(b)** “(...) **Em relação ao artigo 1531 do Código Civil, não tem incidência na presente hipótese. Como assentado em diversos precedentes, ‘a aplicação do art. 1.531 do Código Civil tem recebido da jurisprudência tratamento afastado da mera exegese literal da norma, exigindo, para que a penalidade tenha lugar, comportamento doloso do pretenso credor, pela cobrança maliciosa da dívida sobre a qual tenha plena consciência de que é indevida ou já está paga’ (REsp nº 466.338/PB, Quarta Turma, Relator, Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 19/12/03) e obedece, assim, à Súmula nº 159 do Supremo Tribunal Federal.** Nesse mesmo sentido: REsp nº 184.822/SP, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 13/12/99; REsp nº 171.393/SP, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 4/10/99; AgRgAg nº 501.952/SC, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio da Pádua Ribeiro, DJ de 12/4/04; REsp nº 403.444/DF, Quarta Turma, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 12/3/03; REsp nº 327.128/CE, Quarta Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 17/2/03.” (Ag 687028/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.09.2005, o destaque não consta do original, conforme site do Eg. STJ).

Acesso ao Sumário

11. Passa-se a adotar a atual orientação predominante do Eg. STJ e neste Eg. Tribunal de Justiça, quanto aos contratos de mútuo com cláusulas de desconto em folha de pagamento ou débito em conta corrente em que o mutuário recebe a respectiva remuneração, a seguinte orientação: **(a)** não constitui cláusula abusiva, a que autoriza o desconto até 30% dos salários, vencimentos

ou proventos, líquidos, do mutuário, em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado, prática com amparo em legislação específica (LF 10.820/03); **(b)** não constitui cláusula abusiva a que autoriza o desconto até 30% dos salários, vencimentos ou proventos, líquidos, do mutuário, em conta corrente de prestação de empréstimo contratada; **(c)** a soma dos descontos de prestações de todos os empréstimos contratados pelo mutuário para descontos de prestações em folha de pagamento e/ou conta corrente, em que depositada, sua remuneração não pode ultrapassar o percentual de 30% da remuneração líquida do devedor, correspondente à remuneração bruta com exclusão dos obrigatórios (previdência, imposto de renda e pensão alimentícia), por se tratar de verba de caráter alimentar, ainda que norma em decreto estadual estabeleça limite diverso; **(d)** para contratos anteriores à vigência da MP 681, de 10 de julho de 2015, convertida na LF 11.3172/2015, por aplicação do princípio *tempus regit actum*, configura cláusula ou prática abusiva o desconto de prestações de mútuos, que excedam o limite de 30% da remuneração líquida do mutuário; e **(e)** para contratos posteriores à vigência da MP 681, de 10 de julho de 2015, convertida na LF 11.3172/2015, configura cláusula ou prática abusiva o desconto de débitos relativos a contratos de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil que excedam 35% da remuneração líquida do mutuário, assim distribuídos: **(e.1)** 5% como limite máximo para despesas, exclusivamente, do cartão de crédito; e **(e.2)** os 30% remanescentes como teto para pagamento de débitos relativos aos demais contratos.

Neste sentido, a orientação dos julgados do Eg. STJ extraídos do respectivo site: **(a)** "DECISÃO Trata-se, na origem, de ação ordinária ajuizada pelo recorrente em desfavor de BANCO DE BRASÍLIA S/A - BRB. O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos (e-STJ fls. 150/155). Interposta apelação, o TJDFT proferiu acórdão assim ementado (e-STJ fl. 205): 'DIREITO CIVIL. CONTRATOS DE MÚTUO BANCÁRIO. DESCONTOS EM CONTA-CORRENTE. LIMITAÇÃO AO PATAMAR DE 30% DA REMUNERAÇÃO MENSAL DO MUTUÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LIVRE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Não há abusividade na realização de descontos superiores a 30% dos rendimentos do consumidor/mutuante, referentes a prestações de empréstimos, quando decorrentes do mero exercício de disposição contratual, haja vista terem sido livremente pactuadas, com expressa previsão de desconto em folha de pagamento e/ou conta- corrente. 2 - Embora o Autor seja servidor público do Distrito Federal, a limitação prevista no art. 10 do Decreto Distrital nº 28.195/2007 não se aplica à hipótese, uma vez que não. se cuida de consignação em folha de pagamento, mas de mútuos com débito de parcelas em conta-corrente, hipótese que não encontra qualquer limitação legal. De toda sorte, impõe-se ressaltar que o normativo se dirige unicamente ao próprio servidor e ao órgão em que exerce

Acesso ao Sumário

seu cargo, não tendo o condão de interferir nas obrigações livremente pactuadas e assumidas, mediante a imposição do referido limite às instituições financeiras. 3 - A ciência e a liberalidade do mutuário ficam patentes quando este contrata junto a instituições financeiras empréstimos para consignação em folha com previsão da possibilidade de desconto em conta-corrente e também créditos rotativos com débitos em sua conta bancária, sabendo de forma cabal, porquanto evidente, que a soma das prestações de todos os empréstimos que contraiu. excederá o limite de sua possibilidade de pagamento, não sendo razoável contemplá-lo, agora, com a tutela jurisdicional do Estado para que se determine a limitação, considerando o somatório de todos os empréstimos, ao percentual pretendido (30%), obrigando- se, com isso, a instituição financeira a receber o que lhe é devido emprazo mais alongado e fora do que ajustado livremente pelas partes, em mitigação ao que dispõe o pacta .sunt servanda. Apelação Cível provida. Maioria." Os embargos infringentes foram assim julgados (e-STJ fl. 281): "EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEIS. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. EMPRÉSTIMOS PESSOAIS. DESCONTO CONTA CORRENTE. LIMITAÇÃO 30%. INCABÍVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO MANTIDO. 1. Os contratos que prevêem a consignação em folha de pagamento devem limitar-se ao patamar de 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do trabalhador, não podendo os descontos exceder a este limite, sob pena de violarem o disposto no Decreto 28.195/2007. 2. O referido decreto e sua limitação não regem os demais contratos de mútuo bancário, notadamente aqueles em que os mutuários pactuam outras formas de pagamento, inclusive com o desconto direto em conta corrente bancária, mas apenas e tão somente aqueles créditos consignados em folha de pagamento. 3. Os débitos em conta corrente são regidos estritamente pela relação cliente-banco, na forma livremente pactuada, conforme as disposições a que estejam vinculadas as instituições financeiras no giro de sua atividade fim (especialmente a concessão de crédito) e observadas, também, as disposições regulamentares ditadas pelo Banco Central do Brasil. 4. Desta forma, as opções livremente aceitas pelas partes no momento da celebração do contrato, só poderiam ser revistas pelo julgador se importassem em violação de quaisquer das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil ou demais legislações aplicáveis à espécie. Não havendo qualquer violação deve prevalecer o contrato, em atenção ao princípio pacta sunt servanda. 5. Recurso conhecido e não provido. Acórdão mantido." No presente recurso especial, fundamentado no art. 105, III, "a", da CF, o recorrente aponta ofensa aos arts. 649, IV, do CPC e 6º do CDC. Sustenta, em síntese, a necessidade de limitar os descontos do empréstimo a 30% (trinta por cento) dos rendimentos auferidos. Contrarrazões às fls. 320/360 (e-STJ). Exercido o juízo de admissibilidade positivo na origem,

Acesso ao Sumário

os autos foram encaminhados a esta Corte Superior. **É o relatório. Decido. Considerando a natureza alimentar do salário e em função do princípio da razoabilidade, firmou-se, no âmbito da Segunda Seção desta Corte, o entendimento de que o desconto em conta-corrente, em que são lançados os vencimentos do trabalhador, não deve ultrapassar o percentual de 30% (trinta por cento)**. Nesse sentido, os seguintes precedentes: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO) - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO DEMANDANTE. (...) 3. Esta Corte Superior já reconheceu a validade da cláusula contratual que autoriza o desconto em folha de pagamento das parcelas do contrato de mútuo, pois é circunstância especial facilitadora da concessão do crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário. Todavia, deve ser limitado a 30% dos rendimentos do trabalhador, tendo em vista o seu caráter alimentar e sua imprescindibilidade para manutenção do mutuário. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 40.721/RS, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 2/12/2014, DJe 9/12/2014.) "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. DESCONTO EM CONTA-CORRENTE. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. INOVAÇÃO RECURSAL. LIMITAÇÃO DO DESCONTO EM 30%. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 6º, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. (...) 2. **Quando previsto, o débito em conta-corrente em que é creditado o salário é modalidade de garantia de mútuo obtido em condições mais vantajosas, não constituindo abusividade, razão pela qual não pode ser suprimido por vontade do devedor. Referido débito deve ser limitado a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do servidor.** (...) 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no n. AREsp 513.270/GO, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 25/11/2014.) "BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30% (TRINTA POR CENTO) DA REMUNERAÇÃO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA. 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de considerar que os descontos facultativos na folha de pagamento devem ser limitados a 30% (trinta por cento) da remuneração, tendo em vista o princípio da razoabilidade e do caráter alimentar dos vencimentos. Precedentes. (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag n. 1.418.832/RS, de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe 13/5/2013.)

Acesso ao Sumário

Desse entendimento destoou o acórdão recorrido, devendo ser reformado. Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de limitar os descontos em conta corrente ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre os rendimentos do autor. Custas e honorários advocatícios conforme determinado pela sentença." (REsp 1575772/DF, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, data da publicação: 04/03/2016, o destaque não consta do original); **(b)** "DECISÃO (...). **É o relatório. DECIDO**. (...) Quanto ao mais, a irresignação merece prosperar. Os autos dão conta de que o acórdão impugnado manteve a decisão de proibição de descontos na conta-corrente do recorrido, ao seguinte fundamento: 'A impenhorabilidade prevista no art. 649, IV, do CPC tem caráter absoluto e visa concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, viabilizando o sustento do devedor e de sua família, razão por que não há espaço para a constrição de parcela das verbas salariais depositadas em conta corrente. (...) O fato de que o débito em execução é oriundo de contrato de crédito consignado não afasta a incidência da impenhorabilidade absoluta prevista no art. 649, V, do CPC' (fls. 132/133 e-STJ). **A decisão proferida pelo Tribunal de origem está em dissonância com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido da legalidade dos descontos em folha de pagamento decorrentes de empréstimo consignado, devendo ser obedecido o limite de 30% dos rendimentos brutos (excetuados os descontos obrigatórios), em virtude da natureza alimentar de tais verbas**. A propósito: 'AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITE DE 30% (TRINTA POR CENTO) DA REMUNERAÇÃO BRUTA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. No tocante aos empréstimos consignados em folha de pagamento, a Segunda Seção desta col. Corte Superior, na assentada do dia 8 de junho de 2005, julgando o Recurso Especial nº 728.563/RS, da relatoria do em. Min. Aldir Passarinho Junior, pacificou o entendimento de que a autorização para o desconto na folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não constitui cláusula abusiva, porquanto se trata de circunstância que facilita a obtenção do crédito com condições mais vantajosas, de modo que inadmitida sua supressão por vontade unilateral do devedor. 2. Essa orientação vem sendo seguida por ambas as Turmas componentes da Segunda Seção, entendendo-se, todavia, que os descontos contratados devem observar o limite de 30% da remuneração bruta, subtraídos o Imposto de Renda e os descontos previdenciários. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.'" (AgRg no AREsp 66.002/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 24/09/2014) "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO - LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA POSSIBILIDADE - RECURSO

Acesso ao Sumário

IMPROVIDO." (AgRg no REsp 1174333/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 12/05/2010) "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA. 1. Esta Corte Superior já reconheceu a validade da cláusula contratual que autoriza o desconto em folha de pagamento das parcelas do contrato de mútuo, pois é circunstância especial facilitadora da concessão do crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário. Todavia, deve ser limitado a 30% dos rendimentos do trabalhador, tendo em vista o seu caráter alimentar e sua imprescindibilidade para manutenção do mutuário. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa" (AgRg no REsp 1.246.621/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 11/2/2014, DJe 18/2/2014). "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EMPRÉSTIMOS PESSOAIS. DESCONTO EM FOLHA DE SALÁRIO. LIMITAÇÃO. 30% DOS VENCIMENTOS. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. A jurisprudência sedimentada nesta Corte é no sentido da possibilidade de se proceder ao desconto em folha de pagamento, de prestações referente a contrato de empréstimo pessoal de servidor com instituições financeiras, desde que o valor a ser descontado não ultrapasse a 30% (trinta por cento) da remuneração mensal do servidor. Precedentes. 3. Recurso especial provido" (REsp 1.362.351/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/5/2013, DJe 29/5/2013). "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONTOS DE EMPRÉSTIMO EM FOLHA. LIMITAÇÃO A 30% DOS DESCONTOS CONSIGNADOS DO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. NORMATIZAÇÃO FEDERAL QUE NÃO COLIDE COM A NORMA ESTADUAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. É válida a cláusula que autoriza o desconto em folha de pagamento da prestação de empréstimo contratado, desde que não ultrapasse o limite de 30% do salário bruto do devedor, excluídos os valores relativos ao imposto de renda e fundo previdenciário. 2. 'Não há antinomia entre a norma estadual e a regra federal, pois os artigos 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003; 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, impõem limitação ao percentual de 30% apenas à soma das consignações facultativas' (REsp 1.169.334/RS, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 29/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no RMS 30.821/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 4/2/2014). **Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, reconhecendo a legalidade dos descontos efetuados na folha de pagamento do recorrido até o limite de**

Acesso ao Sumário

30% (trinta por cento) de seus vencimentos brutos (excetuados os descontos obrigatórios), invertidos os ônus da sucumbência." (REsp 1606565/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data da publicação: 08/02/2017, o destaque não consta do original); **(c)** "PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO EM 30%. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Os descontos de empréstimos na folha de pagamento do servidor são limitados ao percentual de 30% dos vencimentos, por se tratar de verba de natureza alimentar. Precedentes. 2. Recurso especial provido. DECISÃO 1. Cuida-se de recurso especial interposto por ARACY OLIVEIRA DOS SANTOS, fundamentado no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nestes termos ementado: apelação cível. Negócios jurídicos bancários. ação de preceito cominatório. empréstimo consignado. desconto em folha de pagamento. LIMITAÇÃO. Em se tratando de servidor público municipal de Porto Alegre, a margem consignável das parcelas de empréstimo, em folha de pagamento, é de 60% da sua renda bruta, nos termos do Decreto nº 15.476/2007. No caso em apreço, estando a soma dos valores dentro do limite da margem consignável, é de serem mantidos os descontos, na forma contratada. Apelo desprovido. (fl. 299) Em suas razões recursais, aponta a recorrente dissídio jurisprudencial, defendendo a limitação de descontos das parcelas de empréstimo consignados no patamar de 30% dos seus vencimentos brutos, abatidos os descontos legais, nos termos do art. 2º, I, § 2º, da Lei n. 10.820/2003. Contrarrazoado, o recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem. **É o relatório. DECIDO**. 2. De início, consigne-se que a decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, Julgado em 5/4/2016). 3. **O recurso merece acolhida. Com efeito, o acórdão estadual manteve a r. sentença que afastou a possibilidade de redução do limite dos descontos na conta corrente (trinta por cento) em que creditado o salário do correntista, ora recorrente. Transcrevo o pertinente trecho do acórdão recorrido: A seu turno, quanto à possibilidade de redução dos descontos, vinha entendendo pelo cabimento da limitação das parcelas de empréstimo ao patamar de 30% dos vencimentos brutos do devedor, abatidos os descontos legais. Todavia, ressalvada minha posição, acabo aderindo ao entendimento da Câmara**, a fim de não sustentar voto solitário, no sentido de respeitar a margem consignável de 60%, em se tratando de servidor público municipal de Porto Alegre, como no caso. [...] Com efeito, em se tratando de servidor do Município de Porto Alegre, o Decreto nº 15.476/07 (que revogou o Decreto nº 15.701, mas

Acesso ao Sumário

manteve a mesma redação), autoriza consignações em folha de pagamento, respeitada a margem consignável de 60% dos seus vencimentos. Eis o teor do referido dispositivo: Art. 2º. (...) §1ºA Administração garantirá ao consignado 40% (quarenta por cento) da base de cálculo, abatidos os descontos compulsórios, como título líquido a receber. (...) Art. 6º. As consignações autorizadas pelo consignado deverão respeitar o percentual reservado referido no §1º do art. 2º deste Decreto, devendo ser suprimido pelo sistema de folha de pagamento todo e qualquer desconto facultativo que ultrapassar o limite estabelecido. Feitas estas considerações, verifica-se, da análise do contracheque juntado na fl. 24, que a parte autora possui um salário bruto de R$2.895,35 mensais. Entretanto, são efetuados descontos no total de R$1.499,12, representando o percentual de 51,78% dos seus vencimentos. **Desse modo, tendo em vista que, no caso em apreço, a dedução não compromete mais de 60% dos vencimentos do demandante, devem ser mantidos os descontos, na forma contratada. (fl. 301-303) Assiste razão ao recorrente nesse ponto, uma vez que a Segunda Seção desta Corte Superior, pacificou a matéria por ocasião do julgamento do REsp 728.656/RS em 22/8/2005, afastando a possibilidade de descontos que ultrapasse o limite de 30% do salário do devedor**. Nesse mesmo sentido: CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. SÚMULA N. 294 DO STJ. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SUPRESSÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS. 1. É admitida a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Bacen (Súmula n. 294 do STJ). **2. Cláusula contratual que autoriza desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, uma vez que é circunstância facilitadora para obtenção de crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário; todavia, deve ser limitada a 30% dos vencimentos.** 3. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no REsp 959.612/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 03/05/2010) Nessa mesma linha, cito os seguintes precedentes mais recentes: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTO LIMITADO A 30% DA REMUNERAÇÃO. 1. **É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que eventuais descontos em folha de pagamento, relativos a empréstimos consignados tomados por servidor público, estão limitados a 30% (trinta por cento) do valor de sua remuneração.** 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 29.988/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014) - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

Acesso ao Sumário

ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONTOS DE EMPRÉSTIMO EM FOLHA. LIMITAÇÃO A 30% DOS DESCONTOS CONSIGNADOS DO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. NORMATIZAÇÃO FEDERAL QUE NÃO COLIDE COM A NORMA ESTADUAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. **É válida a cláusula que autoriza o desconto em folha de pagamento da prestação de empréstimo contratado, desde que não ultrapasse o limite de 30% do salário bruto do devedor, excluídos os valores relativos ao imposto de renda e fundo previdenciário.** 2. "Não há antinomia entre a norma estadual e a regra federal, pois os artigos 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003; 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, impõem limitação ao percentual de 30% apenas à soma das consignações facultativas" (REsp 1.169.334/RS, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 29/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 30.821/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014) - 4. **Desse modo, merece reforma o acórdão recorrido nesse ponto, porquanto dissonante da jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior. 5. Diante do exposto, dou provimento do recurso especial a fim de e impor à Instituição bancária, ora recorrida, que observe a limitação, no tocante à soma dos descontos em folha de todas as prestações de empréstimos contratados pelo autor, ora recorrente, ao percentual de 30% de sua remuneração**. 6. Ônus de sucumbência invertidos." (REsp 1402374/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação: 09/12/2016, o destaque não consta do original); e **d)** "DECISÃO (...) 1.- UNIÃO GAÚCHA DE PROFESSORES TÉCNICOS interpõe Recurso Especial, com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional, contra **Acórdão unânime do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Rel. Des. GUINTHER SPODE), assim ementado (e-STJ fls. 351): APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. DESCABIMENTO da IRREVERSIBILIDADE DA AUTORIZAÇÃO. CLÁUSULAABUSIVA. LIMITAÇÃO dos descontos A30% da remuneração bruta, deduzidas as parcelas relativas ao IR, PENSÃO ALIMENTÍCIA e previdência. Apelações providas, em parte**. Os Embargos de Declaração interpostos pelo Agravante foram desacolhidos (e-STJ fls. 377/380). (...) Sustenta negativa de prestação jurisdicional, insurgindo-se contra a limitação dos descontos em folha de pagamento em 30% dos vencimentos do recorrido. (...) **É o relatório**. (...) 7.- **No que diz respeito ao percentual de desconto em folha, o inconformismo não procede, uma vez que o Acórdão vergastado decidiu a espécie em consonância com a jurisprudência desta Corte, haja vista que tem prevalecido nas Turmas que integram a C. Segunda Seção o entendimento de que, 'ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento**

Acesso ao Sumário

(consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador.'" (REsp 1.186.965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 3.2.11). Confiram-se, no mesmo sentido, os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LEGALIDADE DA AVENÇA. MENORES TAXAS DE JUROS. LIMITAÇÃO DO DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DO TRABALHADOR. PERCENTUAL DE 30%. PREVISÃO LEGAL. EQUILÍBRIO ENTRE OS OBJETIVOS DO CONTRATO E A NATUREZA ALIMENTAR DO SALÁRIO. 1. (...) 2. (...) 3. Entretanto, conforme prevêem os arts. 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003, 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, a soma dos descontos em folha referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil não poderá exceder a 30% (trinta por cento) da remuneração disponível do trabalhador. É que deve-se atingir um equilíbrio (razoabilidade) entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário (dignidade da pessoa humana). Precedentes do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp 1.223.838/RS, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, DJe 11.5.11); CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. SÚMULA N. 294 DO STJ. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SUPRESSÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS. 1. É admitida a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Bacen (Súmula n. 294 do STJ). 2. **Cláusula contratual que autoriza desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, uma vez que é circunstância facilitadora para obtenção de crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário; todavia, deve ser limitada a 30% dos vencimentos**. 3. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no REsp 959.612/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 3.5.10); E, ainda: AgRg no Ag 1.317.654/RS, Rel. Min. RAÚL ARAUJO, DJe 10.5.11; AgRg no Ag 1.381.307/DF, Rel. Min. SIDNEI BENETI, DJe 27.4.11; AgRg no REsp 1.226.659/RS, Relª. Minª. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 8.4.11; RMS 21.380/MT, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 15.10.07. 8.- Acrescente-se que a e. Terceira Turma, em recente julgamento - 23.8.2011, deu provimento ao AgRg no REsp n. 1.227.808/RS, desta relatoria, que trata de idêntica matéria. Anote-se: AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO. DÉBITO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO DO DESCONTO. POSSIBILIDADE. 1.- 'Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta

Acesso ao Sumário

por cento) dos vencimentos do trabalhador.' (REsp 1.186.965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 3.2.11). 2.- Agravo Regimental provido. 9.- **Ante o exposto, com apoio no art. 544, § 4º, II, b , do CPC, conhece-se o Agravo e nega-se seguimento ao Recurso Especial.**" (AREsp 196943/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, data da publicação: 23/08/2012, o destaque não consta do original).

Quanto ao reconhecimento de que o limite adicional de 5% é destinado exclusivamente para despesas efetuadas por cartão de crédito, a conforme expressa previsão da MP 681, de 10.07.2015, convertida na LF 11.3172/2015, que alterou a redação de normas da LF 10.820/2003, a orientação dos julgados extraídos do site deste Eg. Tribunal de Justiça: **(a)** "CONTRATO BANCÁRIO - Ação ordinária revisional de cláusula contratual - Retenção parcial dos vencimentos da autora para amortização de parcelas de empréstimo - Desconto autorizado desde que limitado a 30% da remuneração disponível - Incidência analógica das Leis nºs. 10.820/03 e 8.112/90, com a nova redação dada pela MP nº 681, de 10.07.2015, Lei n° 10.953/04 e dos Decretos Federais nºs. 4.840/03 e 6.574/08 - Procedência mantida - Recurso improvido. (...) Reconhecida a legitimidade do desconto, seja em folha, seja em conta-corrente, havendo pactuação em cláusula expressa, nos limites e condições autorizados pela legislação vigente que, agora, **por força da Medida Provisória n° 681, de 10.07.2015, que alterou as Leis n°s. 10.820/2003, 8.213/91 e 8.112/90, publicada no Diário Oficial da União de 13.07.2005 e início de vigência na referida data, é de 35% da remuneração disponível do empregado regido pela CLT ou do servidor público, ativo ou inativo, se houver, dentre os contratos, dívida de cartão de crédito, de modo que os 5% a mais previstos na mencionada medida provisória sejam destinados exclusivamente ao pagamento de despesas com cartão de crédito, o que não se verifica no vertente caso**" (20ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0005048-88.2009.8.26.0562, rel. Des. Correia Lima, v.u., j. 23/11/2015, o destaque não consta do original); **(b)** "CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimos consignados - Descontos sobre a renda líquida do consumidor - Percentual máximo de 30% - Art. 2º, § 2º, I, da Lei nº 10.820/2003 - Atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana - **Afastada a ampliação de 30% para 35% do limite de desconto previsto na MP 681, que não se aplica ao caso, mas apenas à hipótese de pagamento de despesas com cartão de crédito** - Recurso improvido." (23ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1000921-17.2014.8.26.0562, rel. Des. J. B. Franco de Godoi, v.u., j. 11/05/2017, o destaque não consta do original); **(c)** "Ação revisional - Contrato bancário de empréstimo mediante desconto de parcelas de pagamento em folha de pagamento (empréstimo consignado) - Admissibilidade, desde que respeitado o limite de 30% do rendimento líquido - Regularidade dos encargos contratuais - Questões que não compuseram o pedido inicial, tampouco foram

Acesso ao Sumário

abordadas na r. sentença - Impossibilidade de conhecimento - Inteligência do art. 492 do CPC/2015 - Autora servidora pública estadual - Inaplicabilidade de limitação dos descontos a 40% do rendimento líquido - Prevalência da Lei Federal nº 10.823/2006 sobre o Decreto Estadual nº 61.470/2015 - **Proteção especial à verba remuneratória - Vedação à abusividade - Interpretação sistemática dos arts. 7º, inc. X, da CF e 833, inc. IV, do CPC/2015 - Respeito ao princípio da hierarquia legislativa - Med.Prov. 681/2015 (convertida na Lei 13.172/2015) que ampliou o limite para 35%, mas cingiu a alíquota de 5% ao cartão de crédito consignado** - Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido" (16ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1037724-56.2016.8.26.0100, rel. Des. Miguel Petroni Neto, v.u., j. 02/05/2017, o destaque não consta do original); e **(d)** "Apelação Cível. Ação revisional de contrato de empréstimo bancário. Sentença de procedência. Inconformismo. Contratos de mútuo. Adimplemento realizado mediante desconto em conta-corrente, que acaba por abranger os vencimentos do autor quase em sua totalidade. **Medida Provisória nº 681/2015. Aumento da margem consignável para o patamar de 35% dos rendimentos líquidos, desde que os 5% a mais sejam utilizados exclusivamente para quitar dívidas com o cartão de crédito, o que não ocorre no caso. Limite de 30% dos vencimentos líquidos do mutuário que deve ser observado.** Restrição que tem por escopo a preservação da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Multa diária não exagerada e limitada. Incentivo ao cumprimento da determinação. Possibilidade. Violação à Súmula 410 do STJ não caracterizada. Sentença mantida. Recurso não provido." (22ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0031115-82.2013.8.26.0002. rel. Des. Hélio Nogueira, v.u., j. 04/04/2016, o destaque não consta do original).

12. A presente ação revisional tem por objeto os seguintes contratos: **(a)** o contrato de confissão de dívida nº 320000198690, na modalidade "Crédito Sob Controle", firmado em **16.12.2016**, que, embora não tenha sido juntado aos autos, teve a sua existência suficientemente demonstrada pelo comprovante de contratação (fls. 26/28) e extrato da operação (fls. 29/30), apresentados pela própria parte autora, através do qual foi financiado o valor de R$22.838,81, a ser pago em 60 parcelas mensais fixas de R$918,10, com taxa de juros remuneratórios de 3,39% ao mês e de 49,19% ao ano, "capitalizados mensalmente" (fls. 26); e **(b)** o contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, com final 5518, que, embora não juntado nos autos, teve a sua existência comprovada pelas faturas de fls. 65/70.

No que concerne ao contrato de confissão de dívida, verifica-se que existe na avença, além de previsão contratual expressa, clara e precisa, que autoriza a capitalização de juros em periodicidade inferior à anual, a taxa de juros remuneratórios anual é superior ao duodécuplo da mensal avençada.

Com relação ao contrato de prestação de serviços de cartão de crédito,

Acesso ao Sumário

adotada a orientação de que a incorporação ao capital de juros remuneratórios devidos e não pagos caracteriza capitalização de juros, é de se reconhecer que o débito de juros remuneratórios em razão da utilização do crédito rotativo, mesmo na hipótese de pagamento mínimo e da aplicação da imputação ao pagamento na forma prevista no art. 354, do CC/2002, correspondente ao art. 933, do CC/1916, implica anatocismo, porquanto há incidência de juros remuneratórios sobre o valor financiado, que compreende valor relativo aos juros do pagamento inferior ao integral da fatura do mês anterior, o que é revelado, na espécie, pelas faturas de fls. 18 e 80/99.

Observa-se que, na espécie, demanda envolvendo pedido de revisão de contrato de cartão de crédito: (a) embora não juntado aos autos o instrumentos do contrato, as partes ajustaram a prestação de serviços de cartão de crédito, conforme provam as faturas de fls. 65/70; (b) a parte autora recebeu as faturas/extratos mensais com a discriminação das taxas e encargos cobrados, com opção de financiamento de saldo devedor, porquanto não aduziu que as mesmas não foram remetidas a sua residência; e (c) a mera utilização do financiamento previsto na fatura mensal já configura a adesão à taxa de juros remuneratórios e encargos de mora do crédito colocado à disposição do usuário para o financiamento.

13. Válidos os contratos bancários em questão, visto que eles não padecem do defeito do negócio jurídico alegado pela parte autora, consistente em erro.

Inconsistente a alegação de nulidade dos contratos por vício de consentimento, em razão de erro na pactuação dos encargos cobrados.

A parte autora sequer especificou fato concreto determinado revelador que os contratos ajustados entre as partes estão eivados de vício de consentimento, consistente em erro substancial, ou seja, aquele "de tal força, de tal relevo, de tal consistência, que sem ele o ato não se realizaria" (Washington de Barros Monteiro, "Curso de Direito Civil Parte Geral", vol. 1, 41ª ed., Saraiva, 2007, p. 227).

Da simples leitura do comprovante de contratação de fls. 26/28 e das faturas de fls. 65/70, verifica-se que os encargos cobrados foram pactuados, de forma clara e expressa, com o necessário destaque, para as obrigações assumidas pela parte devedora, no que concerne aos encargos exigidos.

Acesso ao Sumário

14. Diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, em especial, o demonstrativo de pagamento mais recente apresentado pela parte autora, referente a outubro de 2017 (fls. 95), o extrato de conta corrente do mesmo período (fls. 91/94) e o "comprovante de contratação de crédito sob controle" (fls. 26/28), reconhece-se que: **(a)** as partes celebraram o contrato de confissão de dívida nº 320000198690, na modalidade "Crédito Sob Controle" (fls. 26/30); **(b)** as parcelas do contrato em questão são debitadas na conta

corrente em que a parte autora recebe seu salário, conforme se verifica do extrato juntado a fls. 91/94, restando demonstrada a existência de cláusula autorizativa de débito em conta corrente (fls. 26); **(c)** houve desconto efetivado por meio de débito automático na conta corrente da parte autora pelo banco réu, da quantia de R$944,62, referente ao mês de outubro de 2017; **(d)** não houve desconto efetivado na folha de pagamento relativo ao mesmo mês, conforme demonstrativo de fls. 95; **(e)** restou demonstrada a existência de desconto, em folha de pagamento, do valor da remuneração bruta paga à parte autora, de contribuição previdenciária, como se verifica do demonstrativo de pagamento juntado a fls. 95; **(f)** a remuneração líquida mensal da parte autora, sob tais parâmetros, para o mês analisado, foi de R$1.973,02; **(g)** disto decorre que o limite de 30% da remuneração líquida da parte autora foi superado com o desconto efetivado por meio de débito automático na conta corrente da parte autora pelo banco réu, da quantia de R$944,62, referente ao mês de outubro de 2017 - **montante que corresponde a 47,87% (= [R$944,62 : R$1,973,02] x 100) da remuneração líquida**; e **(h)** o extrato de conta corrente juntado a fls. 25 revela que os descontos são associados ao depósito da remuneração recebida pela parte autora, momento em que a referida verba está revestida pela natureza alimentar, sendo de rigor a inserção de tais descontos no limite total de 30% da remuneração líquida da parte autora, a qual deve ser considerada como o resultado da sua remuneração total descontada dos valores de imposto de contribuição previdenciária.

15. Aplicando-se as premissas supra, ao caso dos autos, reconhece-se a existência de ilícita apropriação pelo banco de valores dos proventos da parte autora, em percentual superior a 30% da remuneração líquida dela, considerada a remuneração bruta descontada apenas a contribuição previdenciária, para satisfação da soma dos débitos do contrato de confissão de dívida em questão, que não é de cartão de crédito, pelos descontos em conta corrente.

16. Comprovado o ato ilícito do banco réu, consistente na ilícita apropriação da remuneração da parte autora, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da instituição financeira ré na obrigação de indenizar a parte autora pelos danos decorrentes dos ilícitos em questão.

17. Condena-se o banco réu ao pagamento de indenização por danos morais que se arbitra em R$9.540,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

17.1. A apropriação ilícita de verba de caráter alimentar para satisfação de débito de contrato de empréstimo, mediante descontos ilícitos, constitui, por si só, fato ensejador de dano moral, conforme orientação da jurisprudência do Eg. STJ.

Nesse sentido, especificamente, no que concerne ao reconhecimento de

Acesso ao Sumário

que a prova de retenção indevida de remuneração para satisfação de débito de contrato de empréstimo, por si só, basta para demonstrar o **dano moral**, a orientação dos seguintes julgados extraídos do site do Eg. STJ:

(a) "(...) DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial. O apelo extremo, interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado: 'APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. EMPRÉSTIMO PESSOAL COM PARCELAS DEBITADAS EM CONTA CORRENTE. SENTENÇA PROCEDENTE PARA DECLARAR A ABUSIVIDADE E DETERMINAR A SUSPENSÃO DOS DESCONTOS. SOB PENA DE MULTA E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSURGÊNCIA. DESCONTOS DAS PARCELAS EM CONTA CORRENTE. TEMA INCONTROVERSO. SUSPENSÃO DOS DESCONTOS. DESCABIMENTO. PRÁTICA QUE NÃO ENCONTRA ÓBICE LEGAL ALGUM QUANDO DEVIDAMENTE ACORDADO ENTRE AS PARTES. PLEITO PARA PERMITIR OS DESCONTOS NA PROPORÇÃO EQUIVALENTE A 50% DA VERBA SALARIAL DO MUTUÁRIO. ACATAMENTO. MULTA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AFASTAMENTOS. SUCUMBÊNCIA. ADEQUAÇÃO. DECAIMENTO RECÍPROCO DAS PARTES. RECURSO PROVIDO' (fl. 126). Nas razões recursais, o recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, 458 e 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, defendendo, em síntese, a ocorrência de dano moral. **É o relatório. DECIDO**. Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se ao exame do recurso especial. **A decisão proferida pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido da legalidade dos descontos em folha de pagamento decorrentes de empréstimo consignado, devendo ser obedecido o limite de 30% dos rendimentos brutos (excetuados os descontos obrigatórios), em virtude da natureza alimentar de tais verbas.** A propósito: 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA. 1. Esta Corte Superior já reconheceu a validade da cláusula contratual que autoriza o desconto em folha de pagamento das parcelas do contrato de mútuo, pois é circunstância especial facilitadora da concessão do crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário. Todavia, deve ser limitado a 30% dos rendimentos do trabalhador, tendo em vista o seu caráter alimentar e sua imprescindibilidade para manutenção do mutuário. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa' (AgRg no REsp 1.246.621/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA,

Acesso ao Sumário

julgado em 11/2/2014, DJe 18/2/2014). 'ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EMPRÉSTIMOS PESSOAIS. DESCONTO EM FOLHA DE SALÁRIO. LIMITAÇÃO. 30% DOS VENCIMENTOS. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. A jurisprudência sedimentada nesta Corte é no sentido da possibilidade de se proceder ao desconto em folha de pagamento, de prestações referente a contrato de empréstimo pessoal de servidor com instituições financeiras, desde que o valor a ser descontado não ultrapasse a 30% (trinta por cento) da remuneração mensal do servidor. Precedentes. 3. Recurso especial provido' (REsp 1.362.351/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/5/2013, DJe 29/5/2013). 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCONTOS DE EMPRÉSTIMO EM FOLHA. LIMITAÇÃO A 30% DOS DESCONTOS CONSIGNADOS DO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. NORMATIZAÇÃO FEDERAL QUE NÃO COLIDE COM A NORMA ESTADUAL. RECURSO DESPROVIDO. **1. É válida a cláusula que autoriza o desconto em folha de pagamento da prestação de empréstimo contratado, desde que não ultrapasse o limite de 30% do salário bruto do devedor, excluídos os valores relativos ao imposto de renda e fundo previdenciário**. 2. 'Não há antinomia entre a norma estadual e a regra federal, pois os artigos 2º, § 2º, I, da Lei 10.820/2003; 45 da Lei 8.112/90 e 8º do Decreto 6.386/2008, impõem limitação ao percentual de 30% apenas à soma das consignações facultativas' (REsp 1.169.334/RS, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 29/9/2011). 3. Agravo regimental desprovido' (AgRg no RMS 30.821/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 4/2/2014). Por sua vez, a jurisprudência desta Corte também reconhece a existência de dano moral no presente caso, em que os descontos foram superiores ao permitido. Nesse sentido: 'AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RETENÇÃO DE SALÁRIO DE CORRENTISTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECONHECIMENTO DO DANO MORAL. QUANTUM FIXADO EM R$ 5.000,00. 1.- 'Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral' (AgRg no Ag 425.113/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 30/06/2006). 2.- Agravo Regimental improvido.' (AgRg no AREsp 214.511/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 5/11/2012) **Ante o exposto, conheço do agravo e DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para condenar o recorrido a compensar os danos morais causados ao recorrente, fixando-se estes em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com a devida incidência de correção monetária,**

Acesso ao Sumário

a partir desta data, e de juros moratórios computados desde a citação; e ao pagamento das despesas processuais e honorários de sucumbência, estes que ora fixo em 10% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido." (AREsp 331640/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data da publicação: 07/05/2015, o destaque não consta do original);

(b) "**CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. VERBA SALARIAL. DESCONTO EM CONTA CORRENTE. VERBA ALIMENTAR. LIMITE DE DESCONTOS. PENSIONISTA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO**. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por MARISA DORNELLES JOHNSON, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de apelação, que ficou assim ementado: APELAÇÕES CÍVEIS. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE DESCONTO RELATIVO A DÉBITO DE CONTA CORRENTE CUMULADA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO E DANO MORAL POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS NA CONTA CORRENTE EM QUE HÁ DEPÓSITO DE SALÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES DESCONTADOS. AFASTADA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. DESCONTOS REALIZADOS NOS TERMOS CONTRATADOS. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS. OBEDIÊNCIA AO QUE DISPÕE A LEI Nº 10.820/03. LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 30% E AO ENTENDIMENTO DO STJ. UNÂNIME. NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS, COM DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. ANTÔNIMO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISERHARD. A recorrente alega que o acórdão contrariou dispositivos de lei federal (art. 649, IV, do Código de Processo Civil; art. 42, § único, do Código de Defesa do Consumidor; art. 1º, III, e 7º, X, da Constituição Federal; art. 186, art. 884 e 927 do Código Civil; art. 2º, I, da Lei 10.820/2003) e divergência jurisprudencial, pois realizados reiteradamente descontos em conta-salário pela instituição bancária para quitação de supostos débitos anteriormente contraídos. Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 248/253). O recurso especial foi admitido na origem (e-STJ, fls. 256/265). **É o relatório. Decido. O recurso merece prosperar. A discussão gira em torno dos descontos efetuados pela instituição financeira em conta corrente, com vistas a quitar débitos provenientes do uso de cheque especial e cartão de crédito pela recorrente, sem limitação de percentual de descontos efetivados sobre os vencimentos recebidos pela pensionista. Não é possível permitir que a instituição bancária se aproprie do salário da devedora tão logo depositado em conta corrente, pois não se trata de desconto em folha proveniente de empréstimo consignado em que se avalia a margem consignável**. Nesse particular, tais descontos se equiparam à penhora de salário, não sendo lícitos em razão do dispositivo contido no art. 649, IV, do Código de Processo Civil, que assim

Acesso ao Sumário

dispõe: 'art. 649 - São absolutamente impenhoráveis:(...) IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, os soldos e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia.' Nesse sentido: DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR. SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido. (REsp 1021578/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 16/12/2008, DJe 18/06/2009) Destaco outros iterativos: Resp 831.774/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 29/10/2007; e, AGA 353.291/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19/11/2001. **Ainda que a instituição financeira demonstre a existência da dívida em ação ordinária, deve ocorrer a devolução dos valores indevidamente descontados. Considerando os julgados dessa Corte, o sujeito da relação processual que teve retido parte de seus valores depositados em conta corrente faz jus à reparação dos danos morais suportados**. Nesse sentido, destaco trecho do mesmo julgado já citado: DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR.SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. **- Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido. (REsp 1021578/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 16/12/2008, DJe 18/6/2009) Destaco outros iterativos: REsp 492.777/RS, Quarta Turma, Rel. Min.**

Acesso ao Sumário

Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01/09/2003; e REsp 595.006/RS, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 18/09/2006. Nessas condições, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para condenar o recorrido a restituir à parte recorrente os valores indevidamente descontados de sua conta corrente, com acréscimos de correção monetária e juros legais desde a citação e **pagar a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para compensar os danos morais suportados pela recorrente, corrigidos monetariamente, desde essa data, com acréscimo de juros legais desde a data do primeiro desconto indevido.** Condeno a parte recorrida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação." (REsp 1466683/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, data da publicação: 12/02/2015, o destaque não consta do original);

(c) "DECISÃO 1.- LEONOR RODRIGUES MACHADO interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator o Desembargador BATISTA DE ABREU, cuja ementa ora se transcreve (fls. 147): AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DESCONTO EM FOLHA REFERENTE A EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NÃO CONTRATADO PELA AUTORA - DANOS MATERIAIS COMPROVADOS - RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR DO BANCO REQUERIDO - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA. - Verificado o evento danoso, evidente a necessidade de reparação dos danos materiais comprovadamente sofridos pela autora, diante dos descontos sobre o valor do seu benefício, referentes a empréstimo consignado por ela não contratado. - O simples fato de ocorrência de descontos desautorizados do benefício previdenciário percebido pela autora, cujo prejuízo, facilmente contabilizado, deverá ser ressarcido integralmente, não tem o condão de gerar dano à moral de quem quer que seja. 2.- A Recorrente alega que ao contrário do que afirmado pelo Tribunal de origem, os descontos indevidos em sua aposentadoria, com comprometimento de 50% de seus rendimentos, teria efetivamente caracterizado dano moral indenizável. Nessa medida aponta violação dos artigos 186; 389 e 927 do Código Civil; 5º, V e X, da Constituição Federal. Acrescenta que, no caso, não se estaria diante de mero aborrecimento ou dessabor normal nas relações cotidianas. É o relatório. 3.- O tema já está pacificado pela jurisprudência firmada nesta Corte, de modo que o recurso deve ser julgado monocraticamente pelo Relator, segundo orientação firmada, com fundamento no art. 557 do CPC, desnecessário, portanto, o envio às sobrecarregadas pautas de julgamento deste Tribunal. **4.- Na linha dos precedentes desta Corte, a retenção indevida de rendimentos é suficiente para gerar indenização por danos morais. Anote-se: DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL.**

Acesso ao Sumário

CONTA- CORRENTE. PROVENTOS APOSENTADORIA. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. (...) - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. (REsp 1012915/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 03/02/2009); RESPONSABILIDADE CIVIL. DÍVIDA DE CORRENTISTA. RETENÇÃO INTEGRAL DE VENCIMENTOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. (REsp 595006/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ 18/09/2006); DANO MORAL. RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE CHEQUE ESPECIAL. ILICITUDE. - Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral. (AgRg no Ag 425.113/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 30/06/2006). 5.- Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial, para restabelecer a sentença." (REsp 1264541/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, data da publicação 08/05/2012, o destaque não consta do original).

17.2. Quanto à quantificação da indenização por danos morais, adota-se a seguinte orientação: **(a)** O arbitramento de indenização por dano moral reconhecido deve considerar a condição pessoal e econômica do autor, a potencialidade do patrimônio do réu, bem como as finalidades sancionadora e reparadora da indenização, mostrando-se justa e equilibrada a compensação pelo dano experimentado, sem implicar em enriquecimento sem causa do lesado; e **(b)** "A fixação do valor da indenização, devida a título de danos morais, não fica adstrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações" (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 627816/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 03/02/2005, DJ 07.03.2005 p. 276, , conforme site do Eg. STJ).

17.3. "Quanto ao emprego do salário mínimo como critério de indexação do valor da indenização, o recurso merece parcial acolhida. Reproduzo, por esclarecedora, a ementa do RE 409.427-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso: 'CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO: SALÁRIO-MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. - Indenização vinculada ao salário-mínimo: impossibilidade. C.F., art. 7º, IV. O que a Constituição veda -- art. 7º, IV -- é a fixação do quantum da indenização em múltiplo de salários-mínimos. STF, RE 225.488/PR, Moreira Alves; ADI 1.425. A indenização pode ser fixada, entretanto, em salários-mínimos, observado o valor deste na data do julgamento. A partir daí, esse quantum será corrigido por índice oficial. II. - Provimento parcial do agravo: RE conhecido e provido, em parte.' Cito, no mesmo sentido, os REs 270.161, Relatora Ministra Ellen Gracie; 225.488, Relator Ministro Moreira Alves;

Acesso ao Sumário

e 338.760 Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Assim, frente ao art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao recurso apenas para desvincular o quantum indenizatório do valor do salário mínimo, devendo ser considerado o vigente na data da condenação, a ser atualizado monetariamente pelos índices legais. Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2004. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator" (RE 430411 / RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 30/11/2004 PP-00110, conforme site do Eg. STF).

Nos termos da Súmula 362 do STJ, "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

17.4. Considerando os parâmetros *supra* indicados, e buscando assegurar à parte lesada a justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, mostra-se, na espécie, razoável a fixação de indenização por danos morais na quantia de R$9.540,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

Observa-se que, na data deste julgamento, o valor do salário mínimo é de R$954,00.

Sendo assim, embora se reconheça a existência do dano moral indenizável, o montante pleiteado na inicial (R$ 20.000,00 - fls. 13) não comporta acolhimento.

18. Os juros simples de mora incidem na taxa de 12% ao ano (CC/2002, art. 406, c.c. CTN, art. 161, § 1º), a partir da citação (CPC/2015, art. 240 - CPC/1973, art. 219), por envolver responsabilidade contratual, o caso dos autos.

Neste sentido, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. As Turmas que compõem a Segunda Seção deste Eg. Tribunal firmaram convicção que na responsabilidade contratual os juros de mora incidem a partir da citação, pela taxa do art. 1.062 do Código de 1916 até 10.1.2003 (0,5% ao mês) e, após essa data, com a entrada do Código Civil de 2002, pelo art. 406 do atual diploma civil (1% ao mês); 2. Decisão recorrida em perfeita consonância com a atual jurisprudência desta Corte, incidência da Súmula 168/STJ; 3. Agravo Regimental não provido." (STJ-2ª Seção, AgRG nos EREsp 871925/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, v.u., j. 28/04/2010, DJe 14/05/2010, o destaque não consta do original).

"Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime" (Súmula n. 186/STJ).

19. Com base nas premissas supra, com relação aos contratos objeto da ação, reconhece-se:

(a) quanto ao contrato de confissão de dívida: **(a.1)** lícita a exigência de

Acesso ao Sumário

juros capitalizados em periodicidade inferior à anual, porque, além de previsão contratual expressa, clara e precisa, que a autoriza, a taxa de juros remuneratórios anual pactuada é superior ao duodécuplo da mensal; e **(a.2)** lícita a taxa de juros remuneratórios exigida, porquanto sequer foi apontada, pela parte mutuária, com as necessárias discriminações, a existência de discrepância entre as taxas exigidas pela instituição financeira em relação à taxa média de mercado, na mesma praça e época da contratação, circunstância esta que afasta a aplicação do instituto da lesão;

(b) quanto ao contrato de prestação de serviços de cartão de crédito: **(b.1)** ilícita a cobrança dos juros remuneratórios, no que concerne à capitalização, em qualquer periodicidade, visto que a instituição financeira não juntou cópia do contrato firmado entre as partes, ônus que era seu (CPC/2015, art. 373, II) e requisito este indispensável para a cobrança de juros com capitalização, porquanto sua exigência exige expressa pactuação; e **(b.2)** lícita a exigência dos juros remuneratórios informados nas faturas, visto que: **(i)** não podem ser havidos como abusivos, porquanto sequer apontada, pelo usuário com as necessárias discriminações, a existência de discrepância entre as taxas exigidas pela administradora do cartão em relação à taxa média de mercado, na mesma praça e época da contratação, circunstância esta que afasta a aplicação do instituto da lesão; e **(ii)** a mera utilização do financiamento previsto na fatura mensal já configura a adesão a taxa de juros remuneratórios do crédito colocado à disposição do usuário para o financiamento;

(c) ausente prova de má-fé da instituição financeira ré na cobrança, improcede o pedido de condenação ao pagamento de devolução em dobro do indébito;

(d) caracterizada a cobrança abusiva por ilicitude de encargos exigidos - *no caso dos autos, apenas e tão somente, de juros remuneratórios, no que concerne à capitalização no contrato de cartão de crédito* -, de rigor, o acolhimento do pedido de revisão para o afastamento de tais exigências e a compensação do indébito, constituído por valores pagos para satisfação da cobrança abusiva por ilicitude de encargos exigidos, de forma simples e não em dobro, e até mesmo a repetição de eventual saldo credor em favor da parte autora, incidindo sobre o indébito, correção monetária, pelos índices da Tabela Prática do Eg. Tribunal de Justiça, para atualização de débitos judiciais, a partir de cada pagamento indevido, e juros de mora a partir da citação na taxa de 12% ao ano, em montante a ser apurado em cumprimento de sentença;

(e) a existência de ilícita apropriação, pelo banco de valores creditados a título de remuneração da parte autora mutuária para satisfação de dívidas contraídas pelo contrato de confissão de dívida objeto da demanda, em percentual superior ao limite de 30% da remuneração líquida, impondo-se, em consequência, a reforma da r. sentença, para **(e.1)** condenar o banco réu na

Acesso ao Sumário

obrigação de não fazer, consistente em se abster de reter em folha de pagamento e efetuar desconto de valores depositados a título de vencimentos da conta corrente da parte autora, para satisfação de débitos relativos ao contrato de confissão de dívida objeto da ação, em montante cuja soma supere 30% da remuneração total da parte autora, deduzidos, apenas e tão somente, os valores relativos à contribuição previdenciária, em prazo e sob pena de multa cominatória, para o caso de descumprimento da obrigação imposta, a serem fixados pelo MM. Juízo do cumprimento de sentença, observado disposto no art. 537, do CPC/2015; e **(e.2)** acolher o pedido de restituição dos valores apropriados ilicitamente, de forma simples e não em dobro, não como obrigação de fazer, sob pena de pagamento de multa cominatória, mas sim como obrigação de dar pecuniária, com condenação do réu a pagar à parte autora as quantias indevidamente descontadas da parte autora, para satisfação do débito ao contrato de confissão de dívida objeto da ação, com incidência de correção monetária a partir das respectivas datas de desconto indevido e de juros de mora, na taxa legal de 1% ao mês, a partir da citação; e

(f) comprovado o ato ilícito do banco réu, consistente na ilícita apropriação da remuneração da parte autora, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação da instituição financeira ré na obrigação de indenizar a parte autora por danos morais, que se arbitra em R$9.540,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento.

Disto decorre que há necessidade de recálculo da dívida, para exclusão de parcelas exigidas de forma ilícita e de pagamentos efetivados para sua satisfação, que deverão ser desconsiderados, uma vez que resultantes de indevida apropriação de verba salarial percebida pela autora, os quais deverão se a ela restituídos.

Nesse sentido, quanto à restituição de quantias apropriadas ilicitamente, para casos análogos, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação dos julgados extraídos do site do Eg. STJ: **(a)** "**CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. VERBA SALARIAL. DESCONTO EM CONTA CORRENTE. VERBA ALIMENTAR. LIMITE DE DESCONTOS. PENSIONISTA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.** DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por MARISA DORNELLES JOHNSON, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de apelação, que ficou assim ementado: APELAÇÕES CÍVEIS. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE DESCONTO RELATIVO A DÉBITO DE CONTA CORRENTE CUMULADA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO E DANO MORAL POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS NA CONTA CORRENTE EM QUE HÁ DEPÓSITO DE

Acesso ao Sumário

SALÁRIO. DEVOLUÇÃO DE VALORES DESCONTADOS. AFASTADA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. DESCONTOS REALIZADOS NOS TERMOS CONTRATADOS. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS. OBEDIÊNCIA AO QUE DISPÕE A LEI Nº 10.820/03. LIMITAÇÃO AO PERCENTUAL DE 30% E AO ENTENDIMENTO DO STJ. UNÂNIME. NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS, COM DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. ANTÔNIMO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISERHARD. A recorrente alega que o acórdão contrariou dispositivos de lei federal (art. 649, IV, do Código de Processo Civil; art. 42, § único, do Código de Defesa do Consumidor; art. 1º, III, e 7º, X, da Constituição Federal; art. 186, art. 884 e 927 do Código Civil; art. 2º, I, da Lei 10.820/2003) e divergência jurisprudencial, pois realizados reiteradamente descontos em conta-salário pela instituição bancária para quitação de supostos débitos anteriormente contraídos. Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 248/253). O recurso especial foi admitido na origem (e-STJ, fls. 256/265). **É o relatório. Decido.** O recurso merece prosperar. A discussão gira em torno dos descontos efetuados pela instituição financeira em conta corrente, com vistas a quitar débitos provenientes do uso de cheque especial e cartão de crédito pela recorrente, sem limitação de percentual de descontos efetivados sobre os vencimentos recebidos pela pensionista. Não é possível permitir que a instituição bancária se aproprie do salário da devedora tão logo depositado em conta corrente, pois não se trata de desconto em folha proveniente de empréstimo consignado em que se avalia a margem consignável. Nesse particular, tais descontos se equiparam à penhora de salário, não sendo lícitos em razão do dispositivo contido no art. 649, IV, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: 'art. 649 - São absolutamente impenhoráveis: (...) IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, os soldos e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia.' Nesse sentido: DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR. SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido. (REsp 1021578/SP, Rel. Ministra NANCY

Acesso ao Sumário

ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 16/12/2008, DJe 18/06/2009) Destaco outros iterativos: Resp 831.774/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 29/10/2007; e, AGA 353.291/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19/11/2001. **Ainda que a instituição financeira demonstre a existência da dívida em ação ordinária, deve ocorrer a devolução dos valores indevidamente descontados**. (...) Considerando os julgados dessa Corte, o sujeito da relação processual que teve retido parte de seus valores depositados em conta corrente faz jus à reparação dos danos morais suportados. Nesse sentido, destaco trecho do mesmo julgado já citado: DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR. SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido. (REsp 1021578/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 16/12/2008, DJe 18/6/2009) Destaco outros iterativos: REsp 492.777/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 01/09/2003; e REsp 595.006/RS, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 18/09/2006. **Nessas condições, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para condenar o recorrido a restituir à parte recorrente os valores indevidamente descontados de sua conta corrente, com acréscimos de correção monetária** e juros legais desde a citação e pagar a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para compensar os danos morais suportados pela recorrente, corrigidos monetariamente, desde essa data, com acréscimo de juros legais desde a data do primeiro desconto indevido. Condeno a parte recorrida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação." (REsp 1466683/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, data da publicação: 12/02/2015, o destaque não consta do original); e **(b)** "DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial. O apelo extremo, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: 'APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO ORDINÁRIA PARA LIBERAÇÃO DE

Acesso ao Sumário

SALÁRIO C/C DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE RETENÇÃO INDEVIDA DE VERBA SALARIAL. NÃO OCORRÊNCIA. CHEQUE ESPECIAL. Não configura ilegalidade a compensação de débitos eventualmente existentes em conta-corrente (cheque-especial) com os proventos recebidos de fonte pagadora em conta-corrente bancária, como forma de amortização do débito. Não caracterizada penhora ou retenção de salário. Dano moral não caracterizado. APELAÇÃO DESPROVIDA' (e-STJ fl. 119). Nas razões recursais, a recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 186 do Código Civil e 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, defendendo, em síntese, que: (a) o salário é impenhorável, não perdendo a natureza salarial por ter sido depositado em conta- corrente; (b) não pode o banco credor utilizar a integralidade do salário do correntista para pagamento de dívida do cheque especial; e (c) a ocorrência de dano moral. **É o relatório. DECIDO**. Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se ao exame do recurso especial. **O entendimento pacífico das Turmas de Direito Privado desta Corte Superior é no sentido da ilegalidade da retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais.** Nesse sentido, os precedentes: 'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL. RETENÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA. ILEGALIDADE. 1. A retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais. 2. 'Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.' Agravo improvido' (AgRg no Ag 1.225.451/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/6/2010, DJe 17/6/2010). 3. Agravo regimental não provido' (AgRg no REsp 876.856/MG, de minha relatoria, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/3/2013, DJe 13/3/2013). 'AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RETENÇÃO DE SALÁRIO DE CORRENTISTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RECONHECIMENTO DO DANO MORAL. QUANTUM FIXADO EM R$ 5.000,00. 1.- 'Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral' (AgRg no Ag 425.113/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 30/06/2006). 2.- Agravo Regimental improvido' (AgRg no AREsp 214.511/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA

Acesso ao Sumário

TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 5/11/2012). 'AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. NÃO CARACTERIZA INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA 07 QUANDO, COM BASE NA MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, É DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL PARA CONFERIR SOLUÇÃO JURÍDICA CONSONANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. CONFORME OBSERVADO EM PRECEDENTE DESTA CORTE, 'NÃO É LÍCITO AO BANCO VALER-SE DO SALÁRIO DO CORRENTISTA, QUE LHE É CONFIADO EM DEPÓSITO, PELO EMPREGADOR, PARA COBRIR SALDO DEVEDOR DE CONTA-CORRENTE. CABE-LHE OBTER O PAGAMENTO DA DÍVIDA EM AÇÃO JUDICIAL. SE NEM MESMO AO JUDICIÁRIO É LÍCITO PENHORAR SALÁRIOS, NÃO SERÁ A INSTITUIÇÃO PRIVADA AUTORIZADA A FAZÊ-LO'. AGRAVO IMPROVIDO.' (AgRg no Ag 1.225.451/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 8/6/2010, DJe 17/6/2010). 'AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REMUNERAÇÃO DEPOSITADA EM CONTA-CORRENTE. DESCONTO DE VALORES PARA PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DIVERSA DO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. 1. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal o desconto em conta-corrente de valores referentes a salários ou outra verba alimentar para pagamento de empréstimo, situação que se distingue do contrato de mútuo com cláusula de desconto em folha de pagamento. 2. In casu, o acórdão recorrido assenta tratar-se de descontos em conta-corrente em que são creditados os salários da parte agravada, razão pela qual é inviável a sua reforma, uma vez que decidiu em consonância com a orientação desta Corte Superior de Justiça. 3. Agravo interno desprovido.' (AgRg no REsp 1.108.935/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe 26/9/2012) 'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO BANCÁRIO - ART. 649, IV, DO CPC - SATISFAÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO INADIMPLIDO - RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DA DÍVIDA DIRETAMENTE NA CONTA BANCÁRIA DO DEVEDOR - INADMISSIBILIDADE - HIPÓTESE QUE DIFERE DO DESCONTO EM FOLHA PARA PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMO GARANTIDO POR MARGEM SALARIAL CONSIGNÁVEL - RECURSO IMPROVIDO.' (AgRg no Ag 982.153/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/10/2009, DJe 27/10/2009) 'DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. PROVENTOS APOSENTADORIA. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de

Acesso ao Sumário

empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a 'vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'. - Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido' (REsp 1.012.915/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 3/2/2009). Ante o exposto, conheço do agravo e **DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para condenar o recorrido (i) a restituir à recorrente os salários indevidamente descontados de sua conta-corrente, quantia essa acrescida de correção monetária e juros legais desde a citação**; (ii) compensar os danos morais causados à recorrente, fixando-se estes em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com a devida incidência de correção monetária, a partir desta data, e de juros moratórios computados desde a citação; e (iii) ao pagamento das despesas processuais e honorários de sucumbência, estes que ora fixo em 10% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido." (AREsp 395048/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, data da publicação: data da publicação: 07/05/2014, o destaque não consta do original).

20. Provido, em parte, o recurso da parte autora, reconhece-se a sucumbência recíproca, visto que vencidas as partes em parcelas de igual relevância.

Em consequência, com base no art. 86, *caput*, do CPC/2015, determina-se o rateio das custas e despesas processuais e, nos termos do art. 85, §§8º e 11, do CPC/2015, considerando os parâmetros indicados nos incisos do §2º do mesmo artigo 85, condenam-se ambas as partes ao pagamento de verba honorária fixada em R$1.500,00, com incidência de correção a partir deste julgamento, montante este que se mostra adequado para remunerar condignamente o patrono da parte contrária, sem se mostrar excessivo, nem desproporcional à complexidade da causa, bem como em que já foi considerada proporcionalmente a sucumbência, sendo vedada a compensação (art. 85, §14, do CPC/2015), observando-se o

Acesso ao Sumário

disposto no art. 98, §3º, do CPC/2015, por ser a parte autora beneficiária da gratuidade da justiça.

21. Em sendo assim, respeitado entendimento do MM Juiz sentenciante, o recurso deve ser provido, em parte, para reformar a r. sentença, para julgar procedente, em parte, a ação para: **(a)** determinar a revisão dos contratos objeto da ação e o recálculo do débito, com afastamento, apenas e tão somente, do apurado com encargos exigidos de forma ilícita, admitida a compensação e até mesmo a repetição de eventual saldo credor em favor da parte autora, nos termos *supra* especificados deste julgado; **(b)** condenar o banco réu na obrigação de não fazer, consistente em se abster de reter em folha de pagamento e efetuar desconto de valores depositados a título de vencimentos da conta corrente da parte autora, para satisfação de débitos relativos ao contrato de confissão de dívida objeto da ação, em montante cuja soma supere 30% da remuneração total da parte autora, deduzidos, apenas e tão somente, os valores relativos à contribuição previdenciária, em prazo e sob pena de multa cominatória, para o caso de descumprimento da obrigação imposta, a serem fixados pelo MM Juízo do cumprimento de sentença, observado disposto no art. 537, do CPC/2015; **(c)** acolher o pedido de restituição dos valores apropriados ilicitamente, de forma simples e não em dobro, não como obrigação de fazer, sob pena de pagamento de multa cominatória, mas sim como obrigação de dar pecuniária, com condenação do réu a pagar à parte autora as quantias indevidamente descontadas da parte autora, para satisfação do débito ao contrato bancário objeto da ação, com incidência de correção monetária a partir das respectivas datas de desconto indevido e de juros de mora, na taxa legal de 1% ao mês, a partir da citação; **(d)** condenar o banco réu ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R$9.540,00, com incidência de correção monetária a partir da data deste julgamento; e **(e)** estabelecer a distribuição dos encargos de sucumbência, nos termos *supra* especificados.

O presente julgamento não afronta as normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelas partes, visto que está em conformidade com a orientação dos julgados *supra* especificados.

Ante o exposto e para os fins acima, **dá-se provimento, em parte, ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014743-90.2017.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SILVANA DE FREITAS GOMES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO

BRADESCO CARTÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.328)**

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

São Paulo, 10 de julho de 2018.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação - Ação declaratória c.c indenização por danos morais - Improcedência - Anotação do nome da autora no cadastro dos órgãos de proteção ao crédito - Aplicabilidade, no caso, do Código de Defesa do Consumidor - Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça - Ônus probatório que impunha a ré demonstrar a regularidade e legitimidade desta anotação - Prova documental apresentada pela ré que afigura-se suficiente para tanto - Aplicação de pena de litigância de má fé à autora - Imposição de referida pena que deve ser mantida - Infringência ao dever de lealdade processual caracterizado - Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença (fls. 146/148), proferida pelo douto Magistrado Mário Daccache, cujo relatório se adota, julgou improcedente a presente ação declaratória de inexigibilidade de débito, cumulada com danos morais, ajuizada por SILVANA DE FREITAS GOMES DA SILVA contra BANCO BRADESCO S/A, condenando a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, mais multa de 8% sobre o valor da causa por litigância de má-fé, por ter usado do processo para conseguir objetivo ilegal, determinando oficiar à OAB para exame de possível infração ética.

Irresignada, apela a autora, sustentando que a ré não apresentou provas acerca da contratação que ensejou a inserção de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Diz que o ônus da prova, diante da negativa da autora, caberia à ré, o que não se verifica na hipótese. Afirma que não está caracterizada a má-fé do seu patrono. Aduz que a multa por litigância de má-fé não poderia ser aplicada pois somente tenta provar que há divergência ente os dados da fatura em relação

Acesso ao Sumário

aos dados negativados. Postula, assim, a reforma da decisão com a procedência da ação.

Recurso processado e respondido.

É o relatório.

A presente demanda versa a propósito de anotação de débito efetuada perante os órgãos de proteção ao crédito em nome da demandante, proveniente de cartão de crédito, do valor de R$ 525,39, o qual, segundo afirmou, desconhece.

Em contestação a ré, arguiu preliminar de litispendência. Quanto ao mérito sustentou que a autora é titular do cartão de crédito o qual é administrado por ela, ré, e que a inclusão do nome da autora junto aos órgãos de proteção ao crédito deu-se de forma legal, em razão de não ter adimplido a fatura. (fls. 99/133).

O douto Magistrado houve por bem julgar improcedente a ação, entendendo que restou comprovada pela ré a relação jurídica existente entre as partes, bem como a legitimidade da anotação de débito feita em nome da demandante, face ao inadimplemento do contrato e, ainda, condenou a autora por litigância de má-fé.

Esse entendimento merece ser mantido.

O presente caso deve ser solucionado à luz do Código de Defesa do Consumidor, aqui aplicável por força de seu artigo 3º, parágrafo 2º (vide neste sentido a Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça), e perante o qual a responsabilidade do banco, como prestador de serviços, é, inclusive, de caráter objetivo, consoante se infere do disposto no artigo 14 de referido Código. E, nos termos do parágrafo 3º deste mesmo artigo, o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar: "I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Cabia exclusivamente a ré, portanto, na hipótese em tela, o ônus de provar a incidência das causas excludentes previstas em lei, vale dizer, a inexistência de prestação de serviço defeituoso e a culpa exclusiva da autora ou de terceiro, ou, em outros termos, a regularidade da anotação de débito feita em nome da demandante, demonstrando sua origem e contratação.

Ora, conferindo-se a prova documental exibida pela ré, é de se reconhecer que afigura-se suficiente, em princípio, para demonstrar a origem da dívida aqui versada, por evidenciar a utilização de cartão de crédito pela demandante (fls. 99/133).

Note-se que, não obstante a apresentação dos documentos do cartão de crédito, comprovando a relação jurídica existente entre as partes, a demandante insistiu na tese de que a ré não comprovou a legitimidade da inscrição desabonadora nos órgãos de proteção ao crédito, evidenciando, assim, o ajuizamento da presente ação sem qualquer fundamento e contrária a realidade

Acesso ao Sumário

dos fatos, como bem observou o douto Magistrado:

Os documentos juntados pelo réu comprovam o uso regular do cartão de crédito pela autora, contendo, inclusive, algumas faturas pagas (fls. 99/134). Todavia, o documento de fl. 111 revela que não houve o pagamento da fatura anterior (fl. 110), vencida em 10/10/2014, na quantia de R$ 413,96, originando o débito questionado. A data da ocorrência registrada no cadastro restritivo coincide com a data do vencimento da dívida (fls. 26 e 97). Veja-se, ainda, que nenhuma fatura posterior foi paga até 10/11/2015, totalizando um saldo devedor no valor de R$ 1.294,54 (fl. 133).

Assim, diante do inadimplemento, o nome da autora foi, legitimamente, inscrito no cadastro restritivo. Dessa forma, não houve ato ilícito, mas ato praticado no exercício regula do direito.

Restou evidenciada, desse modo, a existência de relação jurídica entre as partes. A presente demanda não visa, ademais, discutir a exatidão do valor cobrado pela ré. Além disso, eventual inexatidão deste registro pode ser corrigida a pedido da consumidora, perante o órgão de proteção ao crédito, de conformidade com o previsto no art. 43, § 3º, do CDC.

Deve ser mantido, por tais razões, o decreto de improcedência da presente ação proferido pelo douto Magistrado.

Cabível, também por isso, a aplicação da pena de litigância de má-fé imposta pelo douto Magistrado.

E, segundo entendimento do C. STJ, *é desnecessária a prova do prejuízo para que, constatada litigância de má-fé, haja condenação ao pagamento de indenização à parte contrária* (REsp n. 861471/SP, rel. Min. João Otavio de Noronha, DJE 22.3.2010).

Veja-se a propósito, ademais, caso análogo que foi julgado por esta Câmara, tendo como relator o eminente Des. Melo Colombi, no qual assim se pronunciou:

Quanto à litigância de má-fé, não cabe seu afastamento.

A autora afirmou, na inicial, que não sabia dizer a que se referia o apontamento; que manteve relações jurídicas anteriormente com a ré, mas que não teria assumido as obrigações delatadas nos cadastros. No apelo, alegou jamais ter negado a existência do débito, mas apenas questionado seu montante, sua liquidez e certeza.

Há nítida intenção de alterar a verdade dos fatos, dar impressão equivocada acerca deles, induzir o julgador a erro na sua análise. A má-fé é inequívoca e a atitude da parte não pode ser prestigiada, tampouco incentivada com a condescendência do Judiciário. (Apelação n. 1009244-39.2014.8.26.0003 - DJ 13.5.2015).

Acesso ao Sumário

Conclui-se, portanto, que a irresignação da apelante não merece ser acolhida, devendo ser mantida integralmente a r. sentença recorrida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002293-36.2005.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados LUIZ CARLOS CAMARGO AUGUSTO e LAÉRCIA MARIA PERRETI ARAÚJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26534)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 13 de julho de 2018.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Execução por quantia certa. Necessidade de intimação pessoal prévia do credor para dar andamento ao feito. Jurisprudência do STJ e desta Câmara. Exequente não intimado pessoalmente, na espécie. Inocorrência de prescrição. Sentença anulada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por BANCO DO BRASIL S/A (fls. 100/117), nos autos da execução que move em face de LUIZ CARLOS CAMARGO AUGUSTO E OUTRO, contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza da 3ª Vara da Comarca de Itapeva, Dra. Heloisa Assunção Pereira (fls. 88/89v.), que pronunciou a prescrição intercorrente da pretensão do Apelante e extinguiu a execução.

Aduz o Apelante: (a) não haver que se falar em prescrição intercorrente, conforme entendimento jurisprudencial dominante, pois não foi intimado, pessoalmente ou por advogado, a dar andamento ao feito; (b) a regra que dispensa a intimação pessoal da parte para contagem do prazo da prescrição intercorrente

aplica-se na vigência do NCPC, o que não é o caso dos autos; (c) ter diligenciado para dar andamento ao feito, contudo, o processo permaneceu suspenso pelo fato de não terem sido localizados bens penhoráveis dos Executados; (d) subsidiariamente, que a execução prosseguiu antes da consumação do prazo prescricional; (e) não estar configurada hipótese de extinção da execução, sendo possível apenas o arquivamento dos autos. Pretende a reforma da r. sentença.

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 125).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

A presente execução permaneceu sem andamento processual de 17.06.10 (fls. 54) a 27.03.17 (fls. 55).

A r. sentença pronunciou a prescrição intercorrente e extinguiu a execução, destacando que "foram duas as determinações judiciais para requerer o que de direito e dar andamento ao feito, consoante se vê às fls. 43 e 52, sem ordem de suspensão. Tratando-se, pois, de processo em trâmite há mais de 11 anos, não se deve aguardar, por tempo indefinido, que o credor promova os atos processuais que lhe competem" (fls. 89).

Como visto, não foi deferida a suspensão da execução, apenas deixou-se de dar andamento ao processo.

Ocorre que o C. STJ consolidou o entendimento de que o reconhecimento da prescrição intercorrente exige prévia intimação do credor para dar prosseguimento à execução:

> "Nos termos da jurisprudência do STJ, para o reconhecimento da prescrição intercorrente, é imprescindível a intimação pessoal da parte para dar prosseguimento ao feito e a sua posterior inércia em cumprir a ordem contida no ato intimatório." (REsp nº 1.646.024/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 14/03/2017)

Anotam-se recentes julgados desta C. Câmara no mesmo sentido: Ap. 0001120-35.1997.8.26.0309, Rel. Sandra Galhardo Esteves, j. 30/05/2017; Ap. 0194305-18.1999.8.26.0002, Rel. Castro Figliolia, j. 05/04/2017; Ap. 0006679-15.2010.8.26.0568, Rel. Ramon Mateo Júnior, j. 21/02/2017;

Na espécie, o Apelante não foi intimado pessoalmente - e sequer por advogado - para dar andamento ao feito, motivo pelo qual não há que se falar em prescrição intercorrente.

Assim, respeitados os fundamentos da r. sentença, não resta configurada a prescrição intercorrente, razão pela qual ela deve ser anulada, dando-se prosseguimento na execução.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a r. sentença e determinar o prosseguimento da execução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009870-96.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ANTONIO CARLOS BARUSCO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG 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: "estendido o julgamento, por maioria de votos negar provimento ao recurso do autor e dar provimento ao apelo do réu, declarando voto o terceiro desembargador", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39727)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente), ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil - Repetição de indébito c.c. Indenizatória - Cartão de crédito consignado com reserva de margem consignada (RMC) - Danos materiais e morais.

1. A limitação de descontos sobre o benefício previdenciário do autor que não foi objeto da ação viola os artigos 141 e 492 do CPC/15, ensejando a redução do julgado aos limites do pedido inicial.

2. Descabe a alegação de irregularidade em contrato bancário onde houve a assinatura de termo de adesão a cartão de crédito consignado e autorização para descontos e reserva de margem consignável em benefício previdenciário. Dever indenizatório não configurado.

3. Honorários advocatícios majorados para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), em observância ao art. 85, §11, do CPC.

Ação julgada improcedente. Recurso do autor desprovido e provido o do réu.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação apresentado contra a r. sentença de fls.

135/140, cujo relatório se adota, que julgou procedente, em parte, a ação, para condenar o réu à obrigação de se abster de efetuar lançamentos de débitos provenientes do contrato celebrado com a parte autora que, somados, excedam 30% (trinta por cento) de seus vencimentos líquidos (excluindo do valor total de rendimentos apenas os tributos, imposto de renda e tributos previdenciários), sob pena de pagamento de multa já fixada a fls. 33/36, autorizada a recomposição do prazo contratual e saldo devedor pelo réu, conforme as taxas de juros acordadas entre as partes. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais foram repartidas entre as partes, arcando, cada qual, com os honorários advocatícios da parte contrária no importe de R$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), observada a gratuidade da justiça conferida à autora.

Apela o autor, fls. 142/149, afirmando que buscou o réu para contratação de empréstimo consignado, mas, lhe foi imposto o cartão de crédito para a liberação do dinheiro, em evidente venda casada. Alega que foi ludibriado no ato da contratação, uma vez que sequer desbloqueou e utilizou o cartão para aquisição de produtos ou serviços. Argumenta que imaginava ter contratado empréstimo consignado, mas foi surpreendido com a oferta do produto relacionado a crédito rotativo, dada a ausência de informação adequada. Pondera que a sistemática do contrato torna as prestações infindáveis, e que os encargos aplicáveis a essa modalidade contratual são maiores do que aqueles destinados aos empréstimos consignados. Alega que o contrato foi preenchido de forma parcial e que não houve observância aos seus próprios termos. Sustenta que a conduta do réu tem sido alvo de inúmeras ações, e que, ainda que formalmente perfeita, a materialmente a contratação está viciada. Requer a procedência na ação, nos moldes da inicial.

Presentes os requisitos legais, admite-se o recurso.

Contrarrazões às fls. 199/206.

Apela o réu, fls. 189/194, afirmando que a sentença é *extra petita*, uma vez que o objeto da ação foi apenas declarar inexistente a RMC (reserva de margem consignada), que o autor alegou desconhecer, e não limitar em 30% (trinta por cento) os descontos. Pondera que os demais descontos informados no extrato de pagamento do autor não são objeto da lide e são de responsabilidade de outras instituições financeiras. Argumenta que o contrato firmado com o autor possui previsão legal inexistindo qualquer ilegalidade nos descontos efetuados. Sustenta que não foi ultrapassada a margem consignável do autor, devendo ser reconhecida a nulidade da determinação de limitação imposta na sentença.

Presentes os requisitos legais, admite-se o recurso.

É o relatório.

Narrou o autor que, após efetuar empréstimos consignados junto ao réu, percebeu estar sofrendo descontos a título de reserva de margem consignada,

Acesso ao Sumário

para pagamento de um cartão de crédito não desejado.

Informou, outrossim, que esse cartão não foi solicitado e que a tal reserva para pagamento não foi autorizada, apontando a ausência de informação clara e precisa dos produtos e serviços oferecidos pelo réu e a existência de venda casada, como lastros da propositura desta ação, na qual requer a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes, com a condenação do réu ao ressarcimento, em dobro, dos valores cobrados indevidamente, além do pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para reparação de danos morais. Alternativamente, postula a readequação do contrato para empréstimo consignado.

Em contestação, o réu sustentou que as partes firmaram contrato de cartão de crédito. Esclareceu, outrossim, que, em se tratando de cartão de crédito consignado, o autor sofria descontos referentes aos valores mínimos das faturas em contracheque, devendo realizar o pagamento do restante da fatura mediante boletos, fls. 41/51.

Sobreveio a r. sentença de parcial procedência adotando-se, dentre outros fundamentos, o seguinte:

"*Ao contrário do que alega o autor, restou demonstrada nos autos a contratação do cartão de crédito consignado, autorizando o desconto da mencionada reserva de margem consignável (fls. 104/110).*

(...)

Por outro lado, tal limite deve estar embutido naquele de 30% a que se refere o art. 6º, §5º, da Lei n. 10.820/03, de modo que o beneficiário tem um limite de 20% para empréstimos consignados e 10% para pagamento de cartão de crédito (art. 3º, §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa n. 28/08). E vê-se dos autos que o desconto total de empréstimos consignados e de RMC ultrapassa 30% do salário do autor, o que não pode ocorrer.

Portanto, no caso em tela é lícita a cobrança de RMC, entretanto, todos os descontos somados devem se limitar a 30% do salário do autor", fl. 138/139.

Irresignadas, as partes apelam.

De início, o réu aponta a nulidade do julgamento, porquanto *extra petita*.

De fato, a teor dos artigos 141 e 492 do CPC, ao prolatar a sentença, o juiz deve decidir a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte, bem como proferir decisão aquém (*citra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) do que foi pedido.

Segundo a doutrina especializada, "*por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou causae) petendi e o pedido em sentido estrito*", de modo que "*a decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido*" (Nelson Nery Júnior e Rosa Nery. Código de Processo Civil comentado. 7. ed.

Acesso ao Sumário

São Paulo: RT, 2003, p. 528).

No caso, a inicial negou a existência de contratação na modalidade cartão de crédito, aduzindo o autor que não lhe foram prestados os devidos esclarecimentos, com o escopo de ver declara a inexistência da relação jurídica.

Assim sendo, ao reconhecer a efetiva ocorrência da contratação, mas julgar parcialmente procedente o pedido, a fim de condenar o réu à observância de limitação imposta em lei, mas não requerida pelo autor, a r. sentença, realmente, extrapolou os limites da lide.

Nessa hipótese, contudo, não se cogita a nulidade do julgado, bastando que seja reduzido à pretensão deduzida.

No mais, observa-se que a modalidade contratual ora questionada veio expressa na Medida Provisória nº 681/15, posteriormente convolada na Lei nº 13.172/2015, que alterou a Lei 10.820/03, e dispõe, em seu artigo 6º, o seguinte:

"*Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º e autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS*".

O cartão de crédito consignado, ao que consta, faz com que o valor mínimo incida diretamente em folha de pagamento, evitando a inadimplência.

Nos demais aspectos, entretanto, ele possui as peculiaridades de um cartão convencional, ou seja, o titular recebe mensalmente a fatura para pagamento e pode escolher pagar somente aquele mínimo, um valor intermediário ou o total da fatura. Entretanto, postergando o pagamento do restante para o mês seguinte, há cobrança de juros.

Esse cartão possui um limite de compras definido pelo banco emissor, que é reduzido até se tornar insuficiente, quando novas compras são negadas, sendo que o pagamento da fatura libera o limite para nova utilização.

Também há relatos da efetivação de saques, hipóteses nas quais, diversamente do que ocorre com os empréstimos, não há parcelas fixas, efetuando-se cobranças de acordo com o valor tomado através do saque, da margem averbada para descontos e do cálculo de juros pós-fixados, circunstância que tem gerado críticas no sentido de elevação exagerada do débito.

No caso em comento, em que pesem os argumentos do autor no sentindo de que há abusividade na prática comercial do réu, a lide possui peculiaridades que devem ser avaliadas com cautela.

Acesso ao Sumário

Isto porque, não obstante ele tenha simplesmente negado a solicitação do serviço, fls. 02, o réu apresentou "Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento", fls. 104/106, e "Cédula de Crédito Bancário - Saque mediante a utilização do cartão de crédito consignado emitido pelo Banco BMG", fls. 107/110, contratos que, ao que consta, deram margem aos descontos impugnados.

Além disso, as principais características da operação (valor disponibilizado e encargos cobrados) foram expressamente informadas nos termos firmados.

Houve, igualmente, negativa de utilização do cartão.

Entretanto, há na cédula de crédito firmada a seguinte descrição:

"*Tipo de operação de crédito: Crédito Pessoal oriundo de saque realizado por meio de cartão de crédito consignado emitido pelo banco BMG nos termos do Termo de Adesão celebrado em 30.11.15, como Nº 40460512*", fls. 107.

Verifica-se, assim, que não foram apresentadas objeções seguras e coerentes ao cumprimento do contrato.

Diante desse cenário, a conclusão necessária é de que a prova da contratação de cartão de crédito junto ao réu, com expressa autorização de descontos sobre o benefício previdenciário do autor basta para o decreto de improcedência da ação, mormente porque não comprovada a existência de vícios de consentimento.

Inexistindo indícios de fraude ou erro do réu, e persistindo a dívida em nome do autor, não há que se falar em irregularidade nas cobranças efetuadas, e, consequentemente, no dever indenizatório reclamado na inicial.

Em razão do que restou decidido, observados os parâmetros estabelecidos pelo artigo 85, do CPC/15, o autor responderá por honorários advocatícios majorados para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), observada a gratuidade da justiça.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento ao apelo do réu, para julgar improcedente a ação. Sucumbência pelo autor.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 46314)

Respeitosamente, ouso divergir da d. Turma Julgadora.

Inicialmente, para inteira compreensão da questão aqui debatida, faz-se necessário discorrer a respeito das diferenças entre o empréstimo consignado e o cartão de crédito consignado.

O empréstimo consignado nada mais é do que um contrato de mútuo feneratício, ou seja, um empréstimo de dinheiro no qual as parcelas da dívida são

descontadas diretamente no benefício previdenciário, ou em folha de pagamento do servidor público mutuário. Considerando-se a baixa inadimplência, justamente em razão do seguro mecanismo de pagamento, os juros são bem mais baixos do que nas demais modalidades de concessão de crédito bancário.

Já o cartão de crédito consignado é um meio que possibilita o pagamento à vista ou parcelado de produtos e serviços, e tem como finalidade a promoção do consumo, haja vista que facilita as operações de compra, por permitir a aquisição de bens mediante a utilização de um limite de crédito previamente disponibilizado pela administradora do cartão. No sistema consignado, parte do valor da fatura é descontado diretamente do benefício previdenciário (ou folha de pagamento), e o restante da dívida deve ser pago por meio de boleto enviado aos respectivos titulares.

A grande vantagem do cartão de crédito é a ausência do pagamento de taxas quando de sua utilização. Seu portador realiza a compra de produtos e serviços, utilizando-se do limite de crédito disponível, e faz o pagamento da fatura na data de vencimento previamente estipulada, sem pagar qualquer acréscimo por isso. O pagamento de taxas somente ocorre se o titular não possuir o numerário suficiente para pagamento integral da fatura na data estabelecida, ou se sacar quantia em dinheiro de seu limite disponível.

Em geral, tem-se que as taxas de juros no cartão de crédito consignado são cerca de 50% mais altas que aquelas cobradas no empréstimo consignado.

Pois bem.

A parte autora, aposentada pelo INSS, sustenta que se dirigiu até o estabelecimento bancário para contratação de um empréstimo.

Em sua contestação, o réu afirma que o empréstimo foi contratado na modalidade "cartão de crédito consignado", juntando aos autos "Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento nº 5068903" (fls. 104/110), sendo que, em princípio não haveria, em tese, ilegalidade na contratação da Reserva de Margem Consignável - RMC.

Na fatura mensal do cartão de crédito consta um saque autorizado via cartão de crédito consignado no valor de R$ 2.596,70 (fls. 120).

Veja-se que é incontroversa a contratação do "empréstimo" e a utilização dos valores pelo requerente.

Formalmente, o contrato está em ordem.

E é nessa aparência de licitude que o estabelecimento bancário ludibria o aposentado/pensionista do INSS a pagar um empréstimo vitalício, pois o débito nunca será quitado. E mais, o valor nominal da dívida sempre ficará na mesma quantia. Mesmo depois do pagamento de muitas "parcelas", o mutuário estará devendo o valor que contratou.

Acesso ao Sumário

Isto porque o banco consigna no benefício previdenciário do contratante apenas o montante que será cobrado a título de juros e outras despesas. Assim, mensalmente, o devedor paga apenas os juros incidentes sobre a dívida, que mantem seu valor nominal.

A instituição financeira receberá eternamente essa quantia mensal e a parte autora terá que pagar essa dívida enquanto viver.

Como já relatado, as taxas do "cartão de crédito consignado" giram em torno de 50% acima das taxas do "empréstimo consignado", de modo que é muito mais vantajoso para o banco quando o cliente se utiliza do crédito disponível no cartão do que quando realiza um empréstimo consignado.

No entanto, como anteriormente explanado, o cartão de crédito é um meio de pagamento.

Não se adquire um cartão de crédito para, logo em seguida, fazer um saque de todo o seu limite de crédito e passar a pagá-lo mediante prestações. O cartão de crédito é usado para fazer compras mensalmente, mediante o pagamento da fatura correspondente, ainda que, eventualmente, se possa fazer o saque de algum valor, para fazer frente a uma emergência.

Se o objetivo é ter numerário em espécie, o produto adequado é o empréstimo bancário. A utilização do cartão de crédito dessa forma é uma deturpação de sua finalidade.

Importa ressaltar, ainda, que não há demonstração da existência de qualquer compra realizada com o aludido cartão.

Isso demonstra claramente que a parte autora não foi até o estabelecimento bancário para adquirir um "cartão de crédito consignado", mas sim para obter empréstimo consignado, tal como relatado na inicial.

Com efeito, os únicos valores emprestados pelo autor foram aqueles que ele alega ter requerido inicialmente, ou seja, não houve uso do cartão de crédito, mas, nitidamente, a realização de um simples empréstimo bancário, valendo-se do produto "cartão de crédito consignado".

Acesso ao Sumário

Assim, o requerente deixou de se vincular a um empréstimo consignado, com taxas de juros sabidamente menores, tendo sido submetido a uma contratação com onerosidade majorada em cerca de 50%. Ressalte-se que a desvantagem para o consumidor persiste, ainda que essa taxa do cartão de crédito consignado seja mais baixa que aquela normalmente cobrada em um cartão de crédito convencional.

Além disto, ficou com uma dívida vitalícia.

Não há dúvidas de que a maneira como o banco requerido agiu é maliciosa, tendo em vista que foi procurado pelo consumidor, vulnerável e hipossuficiente, para que lhe fosse concedido um empréstimo e, pensando este que estaria

contratando mero crédito consignado, foi levado a adquirir, também, um contrato de cartão de crédito, com encargos financeiros inúmeras vezes maiores do que os encargos ordinariamente incidentes no empréstimo consignado.

Tais circunstâncias revelam uma atitude que desrespeita diversos direitos básicos do consumidor, como o direito à informação, o direito de proteção contra métodos comerciais desleais, e o direito de proteção contra práticas abusivas, além de evidenciar uma extrema falta de ética da instituição financeira (CDC, art. 6º).

De outra parte, o novo Código Civil determina que os contratantes são obrigados a guardar, tanto na conclusão, como na execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé (CC/02, art. 422).

A boa-fé disposta nesse artigo deve ser entendida no aspecto objetivo, conceituada com sendo a exigência de conduta leal dos contratantes. Sua presença é observada por meio do cumprimento de deveres anexos ou laterais de conduta, que devem estar presentes em todos os negócios jurídicos, independentemente de previsão contratual.

Tais deveres são elencados pela doutrina, como sendo, dentre outros: dever de cuidado em relação a outra parte; dever de respeito; dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio; dever de agir conforme a confiança depositada; dever de lealdade e probidade; dever de colaboração ou cooperação; dever de agir com honestidade; dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 3ª ed., São Paulo, ed. Método, 2013, p. 550).

Além do desrespeito aos direitos do consumidor e da falta de ética, a conduta da instituição financeira também constitui prática abusiva.

O art. 39, inciso IV, do CDC, está assim redigido:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços."

O pacto retratado nos autos infringe referido dispositivo legal, pois o réu, prevalecendo-se da baixa condição social e instrução da parte autora, que já possui idade avançada, impôs a esta a contratação de um negócio que lhe era extremamente prejudicial.

Em face destas constatações, a contratação efetuada é nula de pleno direito, nos termos do art. 51, inciso IV, do CDC, *in verbis*:

"Art.51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

Acesso ao Sumário

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade."

Portanto, ainda que formalmente o contrato seja perfeito, materialmente ele está viciado, em razão da prática abusiva da instituição financeira em celebrar a contratação de um produto não visado pela parte autora, que simplesmente aderiu ao negócio na certeza de firmar, na hipótese, novo empréstimo consignado.

Feitas essas considerações, de rigor o reconhecimento da nulidade da contratação do empréstimo via cartão de crédito, com consequente exclusão da cobrança da reserva de margem consignável efetuada sobre o benefício previdenciário da parte autora, mantendo-se a contratação do empréstimo dos valores liberados inicialmente ao autor de R$ 2.596,70, apontados às fls. 104/110, como empréstimo consignado, segundo as taxas médias de mercado para tal modalidade de empréstimo, e empregando-se os descontos já efetuados sobre o benefício previdenciário do requerente para abatimento do valor do débito, considerando o valor liberado ao pretendente e acima mencionado.

No mais, não se vislumbra a possibilidade de devolução do indébito como guerreado na inicial, uma vez que a própria parte autora afirmou na exordial que buscou a contratação de empréstimo, tendo havido a efetiva disponibilização do montante pretendido. Desta forma, os importes já descontados pelo banco requerido deverão ser aplicados na quitação do contrato tencionado pela parte autora, não havendo que se falar em repetição de valores.

Por fim, entende-se não caracterizados os danos morais alegados, uma vez que versa a causa sobre desacerto contratual, cujos efeitos não acarretaram lesão da personalidade a ensejar a reparação moral, sendo, ademais, firme a jurisprudência no sentido de que o desacerto comercial ou inadimplemento contratual não gera, via de regra, danos morais.

Ante todo o exposto, nego provimento aos recursos.

ADEMIR BENEDITO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001799-80.2017.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante CELIANE CRISTINA DE CARVALHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33590)**

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

São Paulo, 16 de julho de 2018.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: CARTÃO DE CRÉDITO. Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada reparação de danos. Admissibilidade da inversão do ônus da prova, ante a verossimilhança das alegações da autora, no que tange à alegação de que foi induzida a erro ao celebrar contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável ao passo que pretendia firmar contrato de empréstimo consignado. Consideração da circunstância de que dispunha a autora, à época, de margem consignável disponível para a celebração de contrato empréstimo consignado. Hipótese em que descumpriu o banco o dever de dar informação adequada à consumidora, que foi induzida a erro pela conduta negligente da instituição financeira. Apuração de que o cartão de crédito não foi desbloqueado e utilizado. Depósito do produto da operação na conta corrente da autora que não se presta, só por si, a convalidar o negócio, porque constitui providência similar à adotada no empréstimo consignado, não servindo para evidenciar a adesão válida da autora ao ajuste que impugna na causa. Constatação de que a falta de informação prévia, clara e precisa à consumidora fez com que ela se submetesse a contrato mais oneroso. Nulidade do contrato proclamada. Admissibilidade da repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados e pagos pela autora, uma vez evidenciada a má-fé da casa bancária. Imposição à autora da restituição, de forma simples, do produto da operação financeira que lhe foi disponibilizado. Danos morais não configurados. Sentença reformada, em parte. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Preliminar rejeitada. Recurso provido, em parte. Dispositivo: deram parcial provimento ao

Acesso ao Sumário

recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 235/240, cujo relatório se adota, que, em ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com reparação de danos, julgou improcedente o pedido inicial.

Sustenta a recorrente, em síntese, que ocorreu cerceamento ao seu direito de defesa ante o julgamento antecipado da lide sem a produção de prova com a finalidade da apuração da taxa de juros praticada, bem assim a exibição do contrato nos autos, além do cálculo do número de parcelas vencidas e vincendas. Tece considerações sobre a inversão do ônus da prova e do princípio da cooperação, insurgindo-se contra o método de cobrança embutido no contrato em cotejo. Enfatiza que não recebeu informações acerca da remessa das faturas e da forma de pagamento. Discorre sobre a natureza jurídica do contrato de cartão de crédito e insiste no pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, bem assim à repetição do indébito. Postula, subsidiariamente, a readequação do contrato firmado para empréstimo consignado.

O recurso é tempestivo, está isento de preparo e foi respondido.

É o relatório.

Versam estes autos sobre ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com reparação de danos em que o pedido inicial foi julgado improcedente, ao fundamento de que ocorreu regular celebração de contrato de cartão de crédito consignado pelas partes, tendo sido o depósito do valor contratado depositado na conta corrente da autora.

De início, bom é realçar que não se materializou cerceamento ao direito de defesa da recorrente, porquanto a matéria versada nos autos é predominantemente de direito, de modo que era mesmo desnecessária ao deslinde da causa a dilação probatória, não se podendo, aliás, cogitar da nulidade apontada se a prova que se pretende produzir não revela aptidão a modificar o julgado, que é exatamente o que se verifica na hipótese vertente, já que a prova documental constante dos autos afigurava-se mesmo suficiente à pronta composição da lide, sendo absolutamente desnecessária no caso a realização de perícia contábil, na medida em que a taxa de juros, livremente pactuada pelas partes, veio expressa e validamente inscrita no ajuste firmado (fls. 189), a par do que o número de parcelas vincendas dependerá do valor que a recorrente quitar antecipadamente, considerado para tanto que, no seu benefício previdenciário, é lançado apenas o valor mínimo atinente à margem consignável, cobrado o saldo remanescente por meio das faturas remetidas ao endereço residencial fornecido ao banco (fls. 131/150).

Mas, ainda assim, o recurso comporta provimento, em parte.

Acesso ao Sumário

É que, cuidando-se aqui de relação jurídica de consumo e verificada a hipossuficiência da consumidora, bem assim a verossimilhança de suas alegações, o caso é de inversão do ônus da prova, de sorte que tendo ocorrido defeito na prestação de serviço bancário, positiva-se a responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, que somente poderá ser elidida nas hipóteses a que alude o § 3º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Oportuno é destacar que a inversão do ônus da prova pode decorrer, alternativamente, da verificação de duas situações distintas, ou seja, a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações, sendo certo que, no caso dos autos, as duas hipóteses alternativas encontram-se plenamente caracterizadas, visto que a verossimilhança das alegações da recorrente decorre indisputável dos elementos informativos existentes nos autos, manifesta, de igual modo, a hipossuficiência, ao menos técnica, da autora (parte mais fraca e vulnerável na relação de consumo) no embate que trava com o banco, consoante evidenciam as regras ordinárias de experiência, analisadas, como de rigor, no contexto legal da facilitação da defesa dos consumidores e de seu acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

Isto assentado, bem é de ver que, no momento em que a autora subscreveu o "Termo de Adesão Cartão de Crédito Consignado Banco BMG e Autorização para Desconto em Folha de Pagamento", fato que se verificou no dia 30 de novembro de 2015 (fls. 189/191), contava ela ainda com margem consignável para a celebração de contrato de empréstimo consignado, haja vista que, consoante se infere do exame do extrato cadastral emitido pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS (fls. 35), estavam ativos à época apenas dois contratos de empréstimo consignado em nome da recorrente [contratos números 757294928 e 757298338], cujos descontos somavam o valor de R$ 59,51, ao passo que a margem consignável da autora, para a realização de outros empréstimos dessa natureza em dois mil e quinze, era de R$ 236,40 (fls. 34), o que demonstra a existência, no momento da contratação do cartão de crédito, de margem consignável disponível de R$ 176,89.

Bem por isso, assiste razão à autora em sua assertiva de que foi induzida a erro ao celebrar contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável, ajuste mais oneroso para ela e mais vantajoso para o banco [taxa de juros de maior vulto], se cotejado com o empréstimo consignado comum, a cuja avença aderiu por falta de informação adequada da instituição financeira, que, violando também o dever de transparência, porque exsurge claro do exame destes autos que o propósito da recorrente não era a obtenção de cartão de crédito, mas a utilização de sua margem consignável remanescente para contrair empréstimo, de modo que a conduta negligente da casa bancária importou mesmo em nulidade do contrato impugnado pela parte ativa nesta causa.

E não fosse bastante o quanto já delineado, bom é realçar, ademais, que

Acesso ao Sumário

não comprovou o banco ter ocorrido o desbloqueio do cartão de crédito pela autora e se omitiu na apresentação nestes autos de faturas que pudessem retratar a utilização do dispositivo pela recorrente e a gerar o convencimento de sua intenção de obter e utilizar o cartão de crédito.

Releva considerar, ainda, que o mero depósito do valor mutuado na conta corrente da autora (fls. 130) não se presta a convalidar o ajuste, porquanto, no contrato de mútuo consignado, o produto da operação é disponibilizado ao tomador do empréstimo desta mesma forma, de sorte que tal circunstância não se presta, só por si, a evidenciar que tenha a parte ativa voluntariamente optado pela contratação do cartão de crédito (fls. 124/126), reconhecidamente mais oneroso, em detrimento do empréstimo consignado comum que poderia contrair, se tinha ainda margem consignável para tanto (fls. 35).

Neste sentido é o entendimento já sedimentado desta 19ª Câmara de Direito Privado:

"APELAÇÃO - Ação declaratória cumulada com pedido indenizatório - Sentença de improcedência - Pleito de reforma - Possibilidade, em parte - Cartão de crédito com reserva de margem consignável - Alegação de erro - Verossimilhança - Consumidora aposentada que regularmente contratava empréstimos consignados - Imposição de contrato manifestamente mais oneroso - Consumidora que não estava com a margem consignável comprometida e tinha condições de aderir ao empréstimo na forma pretendida - Desrespeito ao dever de informação - Lei 10.820/03 que autoriza a reserva de margem consignável para gastos e saques realizados diretamente por meio de cartão de crédito - Transferência direta em conta corrente não contemplada na hipótese - 'Empréstimo pessoal' mais oneroso, celebrado sob a forma de cartão de crédito que não restou utilizado, com margem consignável - Inobservância da boa-fé e descumprimento da função social - Consumidor não obrigado aos termos contratuais - Inteligência do art. 46, do Código de Defesa do Consumidor - Contrato desconstituído - Restituição em dobro - Ausência de boa fé do banco requerido - Ônus de provar a hipótese de engano justificável que incumbe ao fornecedor - Inteligência do art. 42, parágrafo único, do CDC - Dano moral - Inexistência de abalo a crédito, mácula à imagem do autor ou desequilíbrio em suas finanças - Montante que fora disponibilizado e regularmente utilizado - Maior onerosidade do contrato que, por si só, não implica dano moral indenizável - Sentença reformada, em parte - Recurso parcialmente provido." (Apel. n. 1001047-20.2017.8.26.0382, Rel. Des. Cláudia Grieco Tabosa Pessoa, j. 15-06-2018).

"Apelação - Ação declaratória c.c. repetição de indébito c.c. indenizatória - Cartão de crédito consignado - Sentença de rejeição dos pedidos - Quadro de provas dos autos convencendo de que o autor aderiu ao contrato ilaqueado pela instituição financeira ré, uma vez que pretendia obter recursos mediante

Acesso ao Sumário

o chamado mútuo consignado, em condições bem mais vantajosas que as correspondentes ao negócio em discussão - Situação em que, ademais, não consta ter sido o consumidor demandante adequadamente informado sobre as características da operação, notadamente sobre as respectivas taxas de juros e formas de resgate - Conduta da instituição financeira ré pautada, salta aos olhos, no intuito de obter maiores lucros - Flagrante infração do direito consumerista à informação e à proteção contra práticas abusivas e iníquas - Consequente invalidade do negócio, à luz do sistema cogente do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV) - Solução impondo o retorno das partes à situação anterior, consoante o art. 182 do CC - Incidência da dobra do art. 42, parágrafo único, do CDC sobre os valores a serem restituídos pelo réu, considerado que a eiva do negócio decorre de má-fé do fornecedor de serviços - Danos morais, contudo, não caracterizados - Descontos verificados no benefício previdenciário do autor que seriam devidos, em valores semelhantes, caso o dinheiro tivesse sido obtido mediante mútuo consignado - Cenário diante do qual não é possível concluir ter sido o autor privado injustamente de valores caros à respectiva subsistência - Sentença reformada, com a proclamação da procedência parcial da demanda, para acolhimento dos pedidos de declaração de inexigibilidade do débito remanescente e de cancelamento da reserva de margem consignável, e, parcialmente, do voltado à restituição de valores - Sucumbência recíproca e equivalente." (Apel. n. 1004427-93.2017.8.26.0077, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 27/11/2017).

Tem-se, portanto, como indeclinável a declaração de nulidade do contrato de cartão de crédito consignado em exame (fls. 124/126), porquanto, como já assinalado, a prova coletada nestes autos demonstra que pretendia a autora contratar empréstimo consignado, mas foi induzida a erro pela instituição financeira, que não lhe prestou informação adequada acerca das peculiaridades da operação financeira em cotejo, submetendo-se a ajuste mais vantajoso ao banco [taxa de juros de maior monta], em claro detrimento aos seus interesses, pois dispunha de margem consignável disponível para a contratação de empréstimo consignado, que, sabidamente, possui encargos menos vultosos do que aqueles praticados no cartão de crédito.

Mas, ainda assim, de danos morais indenizáveis não há se cogitar na espécie, mesmo porque o episódio em cotejo não possui relevância jurídica hábil a vulnerar a esfera moral do indivíduo, a despeito dos sérios contratempos que foram causados à autora pela instituição financeira, sendo oportuno considerar que, no episódio em apreço, sua imagem não foi abalada no meio comercial, nem, em momento algum, suportou ela constrangimento hábil a romper o seu equilíbrio psicológico.

Cumpre acrescer, neste passo, que não é toda e qualquer situação desconfortável, ainda que hábil a causar desgaste emocional, suficiente à

Acesso ao Sumário

materialização dos danos morais indenizáveis, haja vista que o incômodo ou a decepção resultantes de transtornos inerentes aos negócios jurídicos consubstanciam sentimentos que cumprem ser catalogados como dissabores que todos rotineiramente temos, ao passo que, para a caracterização do dano moral, não há se prescindir de ato ilícito que importe em séria ofensa à esfera íntima da lesada, afastados então de sua tipificação os aborrecimentos a que todos os cidadãos estão sujeitos em virtude da convivência social, mas que não maculam sua boa imagem em relação aos demais.

No que tange ao pleito de repetição do indébito em dobro, tendo em vista o posicionamento prevalecente, seja no C. Superior Tribunal de Justiça, seja nesta 19ª Câmara de Direito Privado, que perfilha a tese de que, para que seja determinada a repetição em dobro é necessária a verificação de má-fé, dolo ou malícia por parte da instituição financeira, circunstância que se verificou na hipótese em apreço, justifica-se no caso a restituição em dobro pelo banco de todos os valores cobrados e pagos pela autora, que, de sua parte, deverá restituir, de forma simples, o valor que lhe foi disponibilizado pela instituição financeira, autorizada a compensação.

Em suma, acolho em parte o recurso e julgo parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de **(a)** declarar a nulidade do contrato de cartão de crédito consignado celebrado pelas partes e determinar a imediata cessação dos respectivos descontos, bem assim o cancelamento da averbação de margem consignável; **(b)** condenar o banco a restituir em dobro os valores indevidamente cobrados e pagos pela autora, que, de igual, deverá devolver à casa bancária, de forma simples, o valor que lhe foi disponibilizado, incidindo a correção monetária a partir de cada lançamento realizado a débito e/ou crédito, computados os juros legais de mora da citação. E, diante deste quadro, tem-se que resultaram as partes vencidas e vencedoras em proporções equivalentes, o que autoriza o reconhecimento da verificação da sucumbência recíproca, razão pela qual as custas processuais serão distribuídas e compensadas entre os contendores, arbitrados os honorários devidos aos advogados de cada uma das partes, por apreciação equitativa e já computados os recursais, em R$ 1.500,00, observada, em relação à autora, a regra contida no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e dou provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000096-19.1992.8.26.0156, da Comarca de Cruzeiro, em que é apelante BANCO

DO BRASIL S/A, são apelados CARLOS ALBERTO FRANÇA NOVAES e IMOLA VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.

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 para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36437)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HELIO FARIA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 17 de julho de 2018.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EXTINÇÃO DO PROCESSO - Ação de execução - Prescrição intercorrente - Inocorrência - Inobservância da regra de transição prevista no art. 1.056 do NCPC - Hipótese em que havia a necessidade de prévia intimação do exequente para dar andamento ao feito para início da contagem do prazo prescricional - Decreto de extinção do processo afastado, com observância dos trâmites legais - Apelação provida.

VOTO

1) Cuida-se de apelação (fls. 654/659) em face de sentença (fls. 634/638), cujo relatório se adota, que reconheceu a prescrição intercorrente e julgou extinta a ação de execução, com fundamento no art. 924, V, do NCPC.

Alega o apelante que como o marco inicial da prescrição intercorrente é a vigência do NCPC ainda não transcorreu o prazo de cinco anos para configuração da dita prescrição. Diz que é imprescindível a intimação pessoal do credor para novas providências para, somente após, a prescrição iniciar seu decurso, o que ainda não ocorreu.

Carlos Alberto França Novaes apresentou contrarrazões (fls. 667/678). Imola Veículos e Peças Ltda. não apresentou contrarrazões, conforme certificado às fls. 686.

Recurso regularmente processado e preparado.

Nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, as partes foram intimadas acerca do julgamento virtual (folhas 683 e 685). Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de folhas 695.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2) É de rigor o afastamento do reconhecimento da prescrição intercorrente.

Com efeito, a execução foi extinta em decorrência do reconhecimento da prescrição intercorrente, a teor do art. 924, V, do NCPC.

Dispõe o art. 924, V, do NCPC:

"Art. 924. Extingue-se a execução quando:

(...)

V - ocorrer a prescrição intercorrente."

Observa-se dos autos que o exequente requereu a suspensão do feito (fls. 592), tendo o juízo deferido o pedido em 24/05/2013 (fls. 592).

Embora o magistrado sentenciante tenha concluído que o prazo prescricional de 3 anos (art. 60 do Decreto Lei nº 167/67 c/c art. 70 da Lei Uniforme de Genebra) teve início a partir do momento em que a exequente não deu andamento ao processo, isto é, no deferimento de seu pedido de suspensão de fls. 592, em 24/05/2013, tendo somente em 11/05/2017 requerido o desarquivamento dos autos e o prosseguimento do feito, consumando-se a prescrição intercorrente, ele olvidou da regra de transição do art. 1.056 do NCPC, que dispõe: "Considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V, inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código."

Considerando que o NCPC entrou em vigência em 18/03/2016, evidente que não decorreu o prazo prescricional, sendo precipitada a extinção do feito pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, a teor do art. 924, V, do NCPC.

Ademais, não se pode olvidar que o art. 14 do NCPC dispõe que "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

No caso em tela, o arquivamento do feito se deu na vigência do CPC/73, sendo certo que, para ser configurada a prescrição intercorrente, em casos similares, a jurisprudência entende ser necessária a intimação pessoal do exequente para dar andamento ao feito.

A propósito, em caso parelho, esta Corte decidiu "que não houve intimação pessoal do exequente para que desse prosseguimento ao feito, a fim de se comprovar a sua inércia. A ausência da referida intimação impede o reconhecimento da alegada prescrição intercorrente" (Apelação nº 0005985-89.2001.8.26.0009, Rel. Des. Pedro Kodama, j. 27/06/2017).

No mesmo sentido:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO

Acesso ao Sumário

PROCESSO.INÉRCIADOEXEQUENTE.PRESCRIÇÃOINTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. ATO PROCESSUAL ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO PARA INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. A prescrição intercorrente ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado.

2. No tocante ao início da contagem desse prazo na execução, vigente o Código de Processo Civil de 1973, ambas as Turmas da Seção de Direito Privado sedimentaram a jurisprudência de que só seria possível o reconhecimento da prescrição intercorrente se, antes, o exequente fosse devidamente intimado para conferir andamento ao feito.

3. O Novo Código de Processo Civil previu regramento específico com relação à prescrição intercorrente, estabelecendo que haverá a suspensão da execução 'quando o executado não possuir bens penhoráveis' (art. 921, III), sendo que, passado um ano desta, haverá o início (automático) do prazo prescricional, independentemente de intimação, podendo o magistrado decretar de ofício a prescrição, desde que, antes, ouça as partes envolvidas. A sua ocorrência incorrerá na extinção da execução (art. 924, V).

4. O novel estatuto trouxe, ainda, no 'livro complementar' (arts. 1.045-1.072), disposições finais e transitórias a reger questões de direito intertemporal, com o fito de preservar, em determinadas situações, a disciplina normativa já existente, prevendo, com relação à prescrição intercorrente, regra transitória própria: 'considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V [prescrição intercorrente], inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código' (art. 1.056).

5. A modificação de entendimento com relação à prescrição intercorrente acabaria por, além de surpreender a parte, trazer-lhe evidente prejuízo, por transgredir a regra transitória do NCPC e as situações já consolidadas, fragilizando a segurança jurídica, tendo em vista que o exequente, com respaldo na jurisprudência pacífica do STJ, estaria ciente da necessidade de sua intimação pessoal, para fins de início do prazo prescricional.

6. Assim, seja em razão da segurança jurídica, seja pelo fato de o novo estatuto processual estabelecer dispositivo específico regendo a matéria, é que, em interpretação lógico-sistemática, tem-se que o atual regramento sobre prescrição intercorrente deve incidir apenas para as execuções ajuizadas após a entrada em vigor do CPC/2015 e, nos feitos em curso, a partir da suspensão da

Acesso ao Sumário

execução, com base no art. 921.

7. Na hipótese, como o deferimento da suspensão da execução ocorreu sob a égide do CPC/1973 (ago/1998), há incidência do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não tem curso o prazo de prescrição intercorrente enquanto a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, III), exigindo-se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito. 8. Recurso especial provido." (REsp Apelação nº 0000096-19.1992.8.26.0156 -Voto nº 36437 5 1620919/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/11/2016, STJ).

Assim, não era o caso de ser decretada a extinção da execução, em razão da ocorrência da prescrição intercorrente, data vênia.

Diante dessas considerações, é de rigor anular-se a r. sentença, da lavra do eminente magistrado Lucas Campos de Souza, e afastar o decreto de extinção do processo, com observância dos trâmites legais.

3) Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000353-27.2018.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante LUIS LOPES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG 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: "Em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso, por maioria, vencidos os 2º e 4º Desembargadores. Fará a declaração de voto vencido o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.626)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente), PAULO ROBERTO DE SANTANA, SÉRGIO SHIMURA e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica, de repetição de valores e de indenização por danos morais. Improcedência. Insurgência do autor.

Contrato bancário de cartão de crédito, com desconto

de margem consignável em benefício previdenciário. Comprovação de saque e recebimento do crédito. Incontrovérsia.

Conjunto probatório que permite concluir pela legitimidade dos descontos mensais efetuados pela ré. Inexistência de avanço ao limite legal estabelecido na Lei 10.820/2003, para a garantia da dignidade humana.

Mantença da conclusão de primeiro grau. Apelação denegada.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito, de repetição de valores e indenizatória por danos morais, reportadas a empréstimo contraído sob a nomenclatura de cartão de crédito com desconto em reserva de margem consignável, em que a r. sentença julgou improcedentes os pedidos e atribuiu à parte autora o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, observada a concessão da justiça gratuita em seu favor.

Apela a parte autora, contudo, para a reversão da conclusão de primeiro grau, em apertada síntese, sob o fundamento de que não solicitou a emissão de cartão magnético enviado a sua residência e pretendia contrair empréstimo pela via consignada, o que foi transmudado para cartão de crédito consignável.

Afirma que a prática bancária seria abusiva e que os descontos mensais de R$ 45,00, desde 30.12.2015 devem ser repetidos em dobro, porque efetivados sem que houvesse engano justificável da financeira para tanto, além de autorizar a condenação da ré ao pagamento de danos morais, uma vez que teria se aproveitado da inexperiência ofuscante do autor, incidindo em seu benefício previdenciário de natureza alimentar.

Por fim, postulou o provimento do recurso, a procedência integral da demanda, inclusive com a condenação da ré por litigância de má-fé, além de atribuir-lhe a sucumbência processual.

Recurso recebido e processado.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

Ao contrário do argumento recursal principal apresentado pelo autor, de que não teria solicitado cartão de crédito ou dele teria se utilizado, a bem da verdade isso se mostraria irrelevante para o deslinde da controvérsia estabelecida, principalmente diante do tipo da operação de crédito firmada entre as partes, porque expressamente houve admissão e demonstração de contratação do empréstimo e assinatura de tais serviços (fls. 59/92), para que houvesse o

Acesso ao Sumário

desconto de valores equivalentes à Reserva de Margem Consignável - RMC mensalmente em seu benefício previdenciário.

O negócio jurídico celebrado entre as partes se assemelha ao contrato de empréstimo consignado tradicional, porém não poderia ser efetivado porque a parte autora teria conta bancária em outra instituição financeira (Banco do Brasil S/A), consoante informação de crédito ao destinatário apontada nos documentos de fls. 91 e 92.

Não há controvérsia de que o autor teria recebido e utilizado os créditos ajustados, nos valores de R$ 1.122,00 (fl. 91), em 10.12.2015, e de R$ 234,00 (fl. 92), em 20.12.2017, para crédito em seu banco, Agência 498, conta-corrente 12.135-5, tampouco houve qualquer impugnação ou irregularidade nesse sentido.

Com efeito, o conjunto probatório coligido no processo permite concluir que o autor firmou legitimamente com a ré o contrato de cartão de crédito consignado, com autorização expressa de descontos mensais de valores compatíveis com sua margem consignável, o que não se confunde com adimplemento de prestações ou ainda que houvesse impedimento a que acontecesse o pagamento de quantias maiores para a liquidação da dívida, mas de maneira espontânea e direta pelo devedor, além daquele montante consignado.

O controle de amortização do débito principal não estaria atrelado à consignação propriamente dita, mas ao direcionamento pelo devedor de valores para seu pagamento, para além daqueles efetivados nos descontos mensais em benefício previdenciário, o que não torna ilegal ou ilegítimo que os descontos mensais sejam pequenos.

Por certo, tais valores são proporcionais à remuneração percebida pelo contratante e não ultrapassam limite percentual que pudesse afetar o disposto na Lei 10.820/2003 e a dignidade humana.

Portanto, é mesmo de rigor a mantença da conclusão de primeiro grau, para a rejeição dos pedidos formulados, com a majoração da verba honorária advocatícia para 15% do valor atualizado da causa, com estofo no artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade judiciária concedida.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 30916)

Ouso divergir da douta maioria

Depreende-se da inicial pretensão do autor de ver declarada a

inexigibilidade e ilicitude das cobranças realizadas pelo réu, relativas à reserva de margem consignável (RMC), e a consequente repetição do indébito, além da indenização por danos morais sofridos, ao argumento de não ter solicitado cartão de crédito quando do empréstimo consignado.

Revela-se o produto oferecido pelo réu, além de outros bancos que atuam nesse segmento, de complexidade que foge a normalidade da compreensão do homem médio, razão porque se deve exigir integral e adequada informação sobre a natureza e as consequências que decorrem da contratação de empréstimo mediante emissão de cartão de crédito.

Na verdade, é produto que deveria ser banido do mercado de consumo porque a dívida contraída pelo mutuário se torna impagável, na medida em que o banco desconta, mensalmente, apenas o valor correspondente ao pagamento mínimo, o que sujeita o consumidor a pagar no mês seguinte o saldo devedor acrescido dos juros remuneratórios.

De outra parte, sabe-se que essa absurda modalidade de empréstimo é direcionada justamente àquelas pessoas que mereceriam maior atenção e proteção dos órgãos públicos, ou seja, aposentados e pensionistas da Previdência Social, que percebem até três salários mínimos, pessoas que no mais das vezes são idosos, de baixa renda e analfabetos ou com baixo nível de escolaridade.

Logo, não é possível ficar indiferente a essa realidade.

Note-se, ainda, que esse tipo de contrato é celebrado muitas vezes longe das agências bancárias, feito por seus correspondentes bancários interessados na venda do produto e no recebimento pelos serviços prestados em nome do banco, sem ter o seu preposto capacidade técnica ou interesse de informar adequadamente o consumidor sobre o negócio ofertado, estimulando a contratação, a pretexto de ser menos burocrática a liberação do empréstimo.

E isso tudo ocorre às vistas do BACEN, do INSS e sacramentado pela chancela do Poder Judiciário.

E mais grave, ainda, a justificar a intervenção judicial é a existência de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Maranhão (Processo nº 10064-91.2015.8.10.0001) contra bancos que atuam nesse segmento, bem como pela Defensoria Pública da União (Processo nº 0106890-28.2015.4.01.3700), em que figura como réu o INSS, com sentenças parcialmente favoráveis a todos os consumidores de território nacional.

Assim, é imperioso destacar que estamos lidando com interesses de pessoas simples, idosos, de baixa renda que procuram os bancos para contratar empréstimo consignado tradicional e são levados a firmar contrato de natureza diversa, com consequências gravíssimas, a demonstrar abusiva e ilegal prática comercial.

São eles os hipossuficientes que merecem a proteção judicial.

Acesso ao Sumário

Essa situação e o "modus operandi" dos bancos foram destacados, aliás, pela DPU no Maranhão, na petição inicial da ação civil pública, depois de ouvir diversos mutuários, vítimas ludibriadas pelos expedientes enganosos utilizados pelos prepostos dos bancos.

E o mais perverso, como salientado ainda naquela peça, é que a modalidade do ajuste leva o consumidor a acreditar que os descontos do valor mínimo serão suficientes para a quitação do empréstimo, enquanto a melhor compreensão das consequências do nefasto negócio só virá à tona quando o mutuário percebe que depois de muitos anos não conseguiu quitar a sua dívida e que não há previsão para o fim dos descontos.

Portanto, a demora no ajuizamento da ação não vai contra a pretensão da apelante, mas apenas retrata essa realidade incompreensível e insuportável para o consumidor que então, depois de algum tempo, se apercebe que não era essa a modalidade de empréstimo consignado que desejava contratar.

Não socorre ao banco a existência do contrato escrito e assinado, senão corroborada por prova cabal de que houve prévia informação adequada ao mutuário sobre a natureza do empréstimo consignado mediante emissão de cartão de crédito com reserva de margem consignável (RMC).

Flagrante, pois, a abusividade quando a emissão de cartão de crédito é realizada para concessão do empréstimo consignado, desvirtuado a sua natureza de meio de pagamento de compras e serviços, possibilitando a incidência dos juros remuneratórios do crédito rotativo em razão dos descontos mensais apenas do valor mínimo da fatura, a revelar onerosidade excessiva que não pode ser tolerada.

Operações de crédito realizadas nessas condições violam as normas de defesa do consumidor (arts. 6º, 37, § 1º, 46, 52 entre outros) e, em especial, o art. 6º da Lei nº 10.820, de 17.12.2003, bem como contraria a Instrução Normativa INSS/PRES nº 28/2008.

Modalidade de crédito só contribui para o aumento do lucro dos bancos e o empobrecimento dos mutuários.

Acesso ao Sumário

Em que pese o entendimento adotado em inúmeros julgamentos deste Egrégio Tribunal, despontam precedentes que igualmente reconhecem a abusividade da prática dos bancos, a justificar ao menos o acolhimento parcial da pretensão deduzida na petição inicial.

Nessa linha, veja-se:

"REVISIONAL. Saque do crédito rotativo de cartão de crédito. Consumidor que pretendia contratar empréstimo consignado. Cartão de crédito não utilizado. Reserva de Margem Consignável (RMC) que se confunde com o pagamento mínimo da fatura. Tentativa ilícita de aumentar a margem consignável para 35% dos rendimentos do mutuário, conforme autorizado pela

Lei n.º 13.172/15. Prática abusiva. Inteligência do art. 39, inc. I, IV e V, do CDC. Nulidade do contrato de cartão de crédito. Exegese do art. 51, inc. IV, do CDC. Precedentes deste E. Tribunal. Possibilidade de conversão do negócio jurídico nulo. Inteligência do art. 51, § 2º, do CDC e do art. 170 do CC. Conversão para empréstimo consignado, observada a taxa média de mercado dos juros remuneratórios. Precedente do C. STJ, em caso análogo. Danos morais in re ipsa. Desconto de verba alimentar (benefício previdenciário). Precedentes do C. STJ. Valor reparatório fixado em R$ 10.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade. Correção monetária que deve incidir a partir da publicação do acórdão. Juros de mora contados desde a citação. Responsabilidade civil contratual. Exegese da Súmula n.º 362 do C. STJ e do art. 405 do CC. Sentença reformada, nestes pontos. Repetição do indébito. Inadmissibilidade. Desconto que decorre de previsão contratual e paga parte do débito. Sucumbência mínima do mutuário. Recurso parcialmente provido" (Apelação nº 1000290-33.2017.8.26.0412, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. TASSO DUARTE DE MELO, J. 9.3.2018).

"APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO NA MODALIDADE CARTÃO DE CRÉDITO - AUTORA SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL - DESCONTOS DO PAGAMENTO MENSAL MÍNIMO, DIRETAMENTE DO HOLERITE, SEM AMORTIZAÇÃO DO PRINCIPAL - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AO BANCO CRUZEIRO DO SUL S/A E DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO BANCO PAN S/A. CONDUTA ABUSIVA DO BANCO - Autora que alega acreditar ter efetuado contrato de mútuo com desconto consignado em folha de pagamento - Banco requerido que não demonstrou a devida disponibilização de informação para que a autora tivesse subsídios que ensejassem decidir efetivamente pela modalidade ora contestada - Incidência do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor - Necessidade de adequação do contrato para a modalidade regular de empréstimo consignado, com recálculo do valor do débito, sem condenação à devolução duplicada de valores, porque ausente má-fé do banco apelado. RECURSO PROVIDO EM PARTE" (Apelação nº 1000360-49.2015.8.26.0144, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. SÉRGIO GOMES, j. 6.3.2018).

Assim, ainda que não se possa declarar a inexigibilidade da dívida porque houve a disponibilização do crédito, impõe-se acolher parcialmente o pedido para o fim de se reconhecer a ilegalidade do contrato de empréstimo mediante emissão de cartão de crédito e com reserva de margem consignável (RMC), determinando-se ao réu que o negócio jurídico seja convertido em empréstimo consignado tradicional mediante desconto, adotando-se a taxa média de mercado para esse tipo de contrato se a taxa de juros remuneratórios praticada não for mais vantajosa para o mutuário.

Caberá ao Juiz, em primeira instância, assinar prazo para o apelado

Acesso ao Sumário

cumprir a sua obrigação de readequar o contrato de empréstimo e cancelar o de cartão de crédito, com arbitramento de multa para a hipótese de descumprimento, oficiando-se ao (1) INSS para cessação de descontos até que nova determinação judicial lhe seja comunicada na fase de cumprimento de sentença, e aos (2) órgãos de proteção ao crédito para exclusão do nome do mutuário, se tiver ocorrido a inscrição.

Nos casos em que o cartão de crédito é utilizado como meio de pagamento, como é a hipótese dos autos, deverá o banco promover a cisão em relação ao contrato de empréstimo consignado, passando a ter existência autônoma e independente, mediante observância das regras próprias, facultando-se ao consumidor o seu cancelamento na forma da lei.

Fica o réu, ainda, condenado a pagar indenização por dano moral, uma vez que o expediente ardiloso utilizado por ele e seus prepostos, com aparência de legalidade, levou o mutuário a angustiante situação de ver sua dívida alongada sem termo final, favorecendo-se da condição especial do mutuário, muitas vezes, idoso e de baixa escolaridade e de renda limitada a três salários mínimos.

Considerando tais circunstâncias e o seu caráter punitivo, arbitro a indenização devida pelo réu em R$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de juros de mora, a contar da citação e correção monetária, da data do acórdão, pelos índices da Tabela Prática do TJSP.

Responderá o vencido, por fim, pelo pagamento das custas e despesas do processo, além de honorários do advogado de 20% sobre o valor da condenação.

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

PAULO ROBERTO DE SANTANA, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003339-92.2017.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, são apelados QUATRO CANTOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA., FERNANDO FRANCISCO VIEIRA e WANDERLEI FRANCISCO VIEIRA (ESPÓLIO).

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.429)**

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

São Paulo, 26 de julho de 2018.
ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO DE EXECUÇÃO - ACORDO – HOMOLOGAÇÃO - EXTINÇÃO DO FEITO - Decisão homologatória de acordo celebrado entre as partes com a extinção do processo e indeferimento do pedido de registro de penhora do bem indicado - Insurgência do exequente - Aplicação do art. 922 do CPC com a suspensão do processo até cumprimento voluntário da obrigação. Todavia, a penhora é ato destinado à constrição de bens do patrimônio do executado com o objetivo de expropriá-los para satisfação do crédito perseguido, não se justificando a prática de atos de constrição do patrimônio dos executados - Se as partes pretendem garantir o acordo por meio de bens deve fazê-lo perante o cartório de registro de imóveis, não se justificando a intervenção do Poder Judiciário Recurso parcialmente provido.

VOTO

Irresignado com o teor da r. sentença de fls. 133/134 destes autos que homologou o acordo formalizado entre as partes, nos termos dos artigos 487, III, "b" e 515, incisos e § 2º, c.c. art. 771, § único, todos do Código de Processo Civil, que tem curso ação de "execução de título extrajudicial", insurge-se o apelante pleiteando a reforma da r. sentença guerreada, para que seja determinada a suspensão da ação executiva até o cumprimento do acordo, bem como a lavratura do termo de penhora de imóvel que garante o acordo.

Alega, em síntese, que as partes formalizaram acordo e pleitearam expressamente ao juiz sua homologação e consequente suspensão do feito, nos termos do artigo 922 do Código de Processo Civil. Que a extinção não pode subsistir, devendo o processo ser suspenso. Aduz que a penhora do bem indicado deve ser formalizada.

Contrarrazões (fls. 161/164).

Recurso regularmente processado.

Do essencial, é o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença, ora recorrida.

Extrai-se dos autos que as partes formalizaram acordo pleiteando a suspensão do feito, com base no artigo 922 do Código de Processo Civil, bem

Acesso ao Sumário

como a penhora de imóvel que garante o pagamento do débito acordado (fls. 126/132).

Por r. sentença de fls. 133/134 foi homologado o acordo realizado entre as partes, sem atender o pedido de penhora e registro dos imóveis, sob o fundamento de que a penhora não subiste à extinção do feito, devendo a garantia ser objeto de escritura pública de hipoteca. Por fim, determinou o arquivamento dos autos.

Com o devido respeito, tendo as partes pleiteada a homologação de acordo, bem como a sua suspensão, deve ser imposta a suspensão processual, nos termos do artigo 922 do Código de Processo Civil.

Todavia, não se justifica a prática de atos de constrição para garantia do acordo formalizado entre as partes.

Efetivamente, a penhora é ato de constrição de bens do patrimônio do executo com o objetivo de expropriação para satisfação do crédito.

Porém, como bem fundamentado pelo Ilustre MM Juízo de Primeiro Grau, o qual utiliza-se como razão de decidir: "... Não há como se atender ao pedido de penhora e registro dos imóveis rural conforme pedido na petição de acordo de fls. 126/132, posto que, a penhora não subsiste à extinção do Feito. Inteligência do art. 840 do Código Civil e do art. 487, III, "b", do Código de Processo Civil de 2015. A transação serve para prevenir, quer dizer, evitar, ou então, terminar ou extinguir um litígio (CC, art. 840). Anoto que a garantia imobiliária oferecida nas fls. 126/132 do acordo, se for o caso e da vontade das partes, deverá ser objeto de escritura pública de hipoteca. Com essas ressalvas, homologo o acordo das partes e declaro extinto o processo conforme o item "3". ..."

Com a devida vênia, o acordo entre as partes não pode impor ao judiciário que pratique atos em seus benefícios, em detrimento do erário, sob pena de se fazer cortesia com chapéu alheio.

Nesse sentido, pelo todo retratado:

"EXECUÇÃO - ACORDO - EXTINÇÃO - Execução de título extrajudicial - Composição entre as partes - Suspensão do processo durante o prazo do acordo - Homologação e extinção do feito com fundamento no art. 924, III, do CPC - Impossibilidade - Havendo acordo para quitação do débito em parcelas, descabida a extinção imediata da ação executiva, uma vez que, findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso - Sentença anulada. Recurso provido." (TJSP, Ap. nº 1000026-21.2017.8.26.0572, Des. Marino Neto, 11ª Câmara de Direito Privado, julgado em 21/06/2018).

"AÇÃO DE EXECUÇÃO - Penhora - Decisão que homologou o acordo celebrado entre as partes e indeferiu o pedido de registro de penhora de bens dos executados - Insurgência do exequente - Alegação de que

Acesso ao Sumário

a penhora já havia sido deferida pelo juízo singular - Descabimento - A penhora é ato destinado à constrição de bens do patrimônio do executado com o objetivo de expropriá-los para satisfação do crédito perseguido - Hipótese em que, tendo as partes pleiteado a homologação de acordo, impõe-se a suspensão do processo (artigo 922 do Código de Processo Civil), não se justificando a prática de atos de constrição do patrimônio dos executados - Ademais, se as partes desejam garantir o acordo celebrado por meio dos mesmos bens indicados à penhora, devem fazê-lo às suas expensas perante o cartório de registro de imóveis, não se justificando a intervenção do Poder Judiciário - Decisão mantida - RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP, AI nº 2054988-10.2018.8.26.0000, Des. Renato Rangel Desinano, 11ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/07/2018).

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, dá-se parcial provimento ao recurso, somente para o fim de suspender a ação executiva até o cumprimento da obrigação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001603-85.2007.8.26.0480, da Comarca de Presidente Bernardes, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado MARIA JOSE LUIZ DIAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21681)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 27 de julho de 2018.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA - A sentença que julga procedente a ação monitória constitui título executivo judicial, cuja pretensão prescreve em 10 (dez) anos (art. 205, Código Civil) - Credor que não se

Acesso ao Sumário

houve com negligência ou desídia Sentença reformada - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação monitória, em fase de execução de sentença, proposta por BANCO NOSSA CAIXA S/A (incorporado pelo BANCO DO BRASIL S/A) contra MARIA JOSÉ LUIZ DIAS, objetivando o recebimento da quantia de R$ 2.039,04, decorrente de cédula rural pignoratícia.

Sobreveio sentença de extinção do processo, cujo relatório se adota, com base no reconhecimento da prescrição intercorrente; ante a resistência do banco exequente, este foi condenado no pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (fls. 170/172).

Inconformado, o exequente vem recorrer, sustentando, em resumo, que antes da decretação da prescrição intercorrente seria necessária a sua intimação pessoal para dar andamento ao feito; que deve ser afastada a condenação na verba honorária (fls. 174/184).

Recurso devidamente processado e respondido (fls. 195/197).

É o relatório.

Cuida-se de ação monitória lastreada em cédula rural pignoratícia, ajuizada pelo banco apelante (fls. 02/05). Os embargos monitórios foram julgados improcedentes, constituindo o título executivo judicial (fls. 53/56); a sentença foi parcialmente reformada nessa instância, determinando-se o refazimento dos cálculos (fls. 99/111).

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, e não efetuado o pagamento, as tentativas de constrição de bens restaram infrutíferas. Ante a ausência de bens passíveis de penhora, o exequente requereu a suspensão do processo, nos termos do art. 791, III, do CPC/1973, o que foi deferido em 29/05/2013 (fls. 157/158).

Em 29/06/2017, a executada MARIA JOSÉ LUIZ DIAS requereu o desarquivamento dos autos e a extinção do feito por "perda superveniente do interesse processual" (fls. 161/162); e em 21/08/2017, após a manifestação do exequente, o MM. Juízo "a quo" reconheceu, de ofício, a prescrição intercorrente (fls. 170/172).

Diante desse quadro, o recurso comporta guarida.

Não se pode cogitar de prescrição intercorrente, pois, para tanto, o processo deveria estar paralisado em razão da falta de impulso processual atribuível ao exequente, pelo tempo de prescrição da pretensão executiva, nos termos da Súmula 150 do STF ("Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação").

No caso em tela, é importante frisar que se trata de cumprimento de

Acesso ao Sumário

sentença, derivada de ação monitória. Portanto, o título executivo é judicial, cuja pretensão executiva prescreve no prazo de 10 (dez) anos, à luz do art. 205, Código Civil.

Nesse aspecto, interessa destacar que o prazo prescricional da ação de conhecimento não se confunde com o da pretensão executiva.

Na espécie, os autos foram arquivados em 11/06/2013, e a manifestação da executada veio aos autos em 29/06/2017, não havendo transcorrido, portanto, o prazo de 10 anos contados do arquivamento, o que afasta a alegada prescrição intercorrente.

Nesse sentido: "Prescrição intercorrente - Execução de título extrajudicial - Notas promissórias - Processo que deve estar parado em razão da falta de impulso processual atribuível ao exequente, pelo tempo de prescrição da pretensão executiva - Súmula 150 do STF - Prescrição da execução, cuidando-se de nota promissória, que ocorre em três anos, a contar de seu vencimento - Art. 70 da Lei Uniforme de Genebra - Contagem do prazo para a prescrição intercorrente que é iniciado a partir do último ato processual sem providência do interessado." (Apelação nº 1.124.188-4, Rel. Des. José Marcos Marrone, j. 04/03/2009).

Em conclusão, não tendo se consumado a prescrição intercorrente, a execução deve ter seu regular prosseguimento.

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011800-42.2017.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante LEILZA FARIAS SANTOS, é apelado CONFECÇÕES CAEDU LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 5070)**

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

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Débito incontroverso. Negativação não formalizada. Sentença. Improcedência. Apelação. Dívida reconhecida. Autora alega que não quitou o débito, porque a ré não aceitou o pagamento da prestação em atraso. Ausência de qualquer indício de prova nesse sentido. Dano moral não verificado. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Leilza Farias Santos em face de Caedu Comércio Varejista de Artigos de Vestuário LTDA. em razão de suposta negativação indevida de seu nome perante os órgãos de proteção ao crédito.

O douto Juiz de Primeiro grau julgou improcedentes os pedidos, porque verificou a regularidade da dívida e a ausência de negativação do nome da autora nos cadastros restritivos ao crédito (fls. 100/101).

Inconformada, a requerente interpôs o presente recurso de apelação visando a reforma da r. sentença. Confirma que não efetuou o pagamento de uma das parcelas no valor de R$ 106,81, mas alega que a ré não aceitou o pagamento posterior e que seu nome foi efetivamente negativado pela dívida toda (R$ 561,23) e não só pela parcela não paga.

É o relatório.

O recurso é desprovido.

É incontroverso, porque confirmado pela requerente em sua própria petição inicial, que: (i) a autora devia à ré a quantia de R$ 561,23, em razão de dívida decorrente de cartão de crédito; (ii) as partes celebraram acordo extrajudicial para quitar o débito, ficando a autora responsável pelo pagamento de cinco parcelas, a primeira no valor de R$ 108,00 e as outras quatro no valor de R$ 106,81; (iii) a autora deixou de efetuar o pagamento de uma das prestações.

A demandante aduziu, ainda, que houve negativação indevida de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito pelo valor integral da dívida (R$ 561,23) e não apenas pelo valor que deixou de pagar (R$ 106,81), motivo pelo qual requer a compensação dos danos morais sofridos.

Inicialmente, não haveria que se falar em negativação indevida do nome da autora perante os órgãos de proteção ao crédito, porque, como consta na própria petição inicial, a autora deixou de efetuar o pagamento de uma das prestações, de modo que há, de fato, dívida existente.

A alegação de que a autora não conseguiu efetuar o pagamento da prestação atrasada administrativamente não veio acompanhada de nenhum

Acesso ao Sumário

indício de prova nesse sentido.

A autora, então, deixou de cumprir com seu ônus processual - artigo 373 do CPC/2015 -, porque não demonstrou o fato constitutivo de seu direito.

No mais, verifica-se que seu nome não foi, de fato, inserido perante os cadastros restritivos.

O documento acostado a fls. 18, emitido pelo SCPC, apenas informa que o débito será inscrito em um futuro próximo - 15 dias da data da notificação - em caso de não pagamento.

E, o ofício do mesmo órgão (SCPC) de fls. 129/130, posterior à carta de fls. 18, confirma que não houve a negativação em questão.

Não se ignora o extrato de tela acostado a fls. 47, o qual sugere a existência da anotação. Porém, em cotejo com os demais documentos constantes nos autos, confirma-se a ausência de mácula do nome, até porque o extrato não identifica a entidade que teria disponibilizado a informação desabonadora.

Acrescente-se, ainda, que mesmo se tivesse ocorrido a inscrição, indevida não foi, porque havia débito, que foi quitado posteriormente, com emissão de novo boleto, conforme esclarecido em contestação.

Ao que parece, a autora inadimpliu uma das parcelas do acordo, o que motivou o encaminhamento do débito para os órgãos de proteção ao crédito. Tal parcela pendente, entretanto, foi solvida posteriormente, com a emissão de novo boleto pela requerida, resultando na quitação da dívida e no cancelamento da inscrição que se achava iminente.

Seja como for, quer pelo atraso no pagamento, quer porque não ficou suficientemente demonstrada a negativação, a demanda improcede.

Mantém-se, então, integralmente a r. sentença.

Majoram-se os honorários advocatícios do patrono do réu para o patamar de 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, parágrafos 2º e 11, do CPC/2015.

Ressalta-se que a matéria devolvida se encontra prequestionada, ressalvando-se que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009774-93.2017.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante NATAN

Acesso ao Sumário

PEREIRA DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada BANCO BRADESCO CARTÕES 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 44.468)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente) e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO c.c. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Dívida inscrita em cadastro de inadimplentes. Prova documental da existência da relação negocial entre as partes. Apelante não nega a existência do contrato e não demonstra o pagamento da dívida. Improcedência da ação mantida. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação, respondida e bem processada, por meio da qual quer ver o apelante reformada a r. sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, revogou a liminar concedida à fl. 32 e o condenou ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade concedida.

Aduz, em apertada síntese, ausência de lastro documental válido a comprovar a existência da dívida, na medida em que ausente o contrato assinado pelo autor, argumentando que as telas sistêmicas apresentadas nos autos são documentos unilaterais, sendo que o endereço e as datas discrepam da situação real. Defende, assim, a inversão do ônus da prova e a procedência do pedido.

É o relatório.

Ingressou o autor com a presente ação declaratória de inexigibilidade c.c. pedido indenizatório por danos morais com o escopo de ver declara a obrigação da instituição financeira ré, ora apelada, excluir definitivamente o seu nome do cadastro de inadimplentes do SCPC e SERASA e obter indenização por danos morais ao argumento do desconhecimento da existência da dívida de R$ 240,30 (contrato nº 455067828000037), e R$ 236,78 (contrato nº 45506782837) vencidas e não pagas.

Acesso ao Sumário

Afirma desconhecer o débito, sem esclarecer se mantém ou manteve relação negocial com a instituição financeira ré, apenas diz que o apontamento da dívida nos cadastros de inadimplentes caracteriza ato ilícito passível de indenização por danos morais. Argumenta que a documentação trazida pela apelada (fls.63/76) é unilateral, portanto, não hábil a demonstrar a origem da dívida.

Não é o que se vislumbra, porém, dos documentos apresentados pela apelada. Consta dos documentos trazidos juntamente com a contestação que as partes efetivamente mantiveram relação jurídica negocial, sendo certo que o autor efetivamente utilizou-se do cartão de crédito emitido em seu nome, com gastos em lanchonetes, mercados e saques, comprovando a inadimplência. É bem verdade que os documentos de fls. 63/76 se tratam de faturas do cartão de crédito emitidas em datas posteriores aos débitos cujos apontamentos em discussão (fls. 28 e 30), já que os vencimentos constantes de tais pesquisas são dezembro de 2011, e as faturas trazidas aos autos são de agosto de 2012. Porém, o apelante jamais negou peremptoriamente a existência da relação jurídica entre as partes, não se esmerou em provar que as dívidas posteriores foram efetivamente pagas, ao passo que o banco mencionou a existência de cancelamento de cartão e envio de um novo (contestação - fls. 49). A verdade é que o banco demonstrou a existência da relação negocial e o autor, com o ônus de demonstrar o pagamento da dívida apontada, deixou de fazê-lo. Cabia ao apelante manifestar-se expressamente sobre as faturas trazidas pelo banco, de modo a desconstituir a prova de modo eficaz. Dizer que as datas não batem não convence, justamente porque foi demonstrada a existência do cartão, seu uso, e seu inadimplemento. O simples argumento de que se trata de documentos unilateralmente confeccionados, sem negar a veracidade das informações ali contidas também não é suficiente para a confirmação da tese do apelante.

Frise-se, conquanto não tenha sido apresentado contrato assinado pelo autor, a falta de impugnação dos fatos trazidos em contestação, aliados à ausência de afirmações da inicial que, como já visto, é vaga e furtiva são suficientes a embasar a improcedência do pedido. Conforme afirmado na r. sentença: "*Não dizer taxativamente se contratou ou não, qual o serviço avençado, se são falsos ou verdadeiros os documentos que o réu juntou nas fls. 63 e seguintes são firmes indicativos de que a pretensão posta carece de verossimilhança.*"

Desta forma, inequívoca a celebração de contrato de cartão de crédito entre as partes, era mesmo de rigor a improcedência da ação, eis que não demonstrado, pelo apelante, o pagamento do valor em aberto.

De outro lado, a documentação fornecida pelo banco apelado, embora não demonstre exatamente o período da anotação discutida, é sim hábil a demonstrar a origem da dívida do apontamento, na medida em que demonstra a existência de cartão de crédito entre as partes, efetivamente utilizado pelo apelante, e com

Acesso ao Sumário

valores em aberto. Por tal razão, reconhece-se, assim como fez o magistrado de primeiro grau, a existência inconteste da dívida. Desta forma, era mesmo de rigor a improcedência da ação.

Como se vê, cumpriu a ré o ônus probatório do artigo 373, inciso II, do Novo Código de Processo Civil.

Segundo lição de Humberto Theodoro Júnior "*No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente*".

O Novo Código de Processo Civil, assim como já ocorria no diploma processual anterior, atento ao princípio dispositivo, dividiu a divisão o ônus da prova entre os litigantes, estabelecendo que ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não há que se falar, portanto, em prática de ilícito por parte do banco apelado.

Sendo assim, é de rigor manter-se a improcedência da ação.

Tendo em vista o trabalho desenvolvido nesta instância recursal, elevo a verba honorária de sucumbência ao patamar de 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade concedida à autora.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso; verba honorária na forma acima especificada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1097408-43.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada MARIA LUIZA GARCIA MESSIANO, é apelada/apelante YASUDA SEGUROS S.A. e Apelado SONDA SUPERMERCADOS EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37956)**

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

São Paulo, 12 de junho de 2018.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÕES CIVEIS - Interposições contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de indenização. Fratura causada por queda em supermercado. Acidente de consumo. Responsabilidade objetiva pelo fato do serviço. Exegese do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Dano e nexo de causalidade não afastados. Documentos que comprovam os danos morais e materiais. Indenização fixada em patamar condizente com o abalo sofrido pela autora. Sentença mantida. Apelações não providas.

VOTO

Trata-se de apelações (fls. 218/224 e 230/246) interpostas, respectivamente, por Maria Luiza Garcia Messiano e Sompo Seguros S/A contra a sentença (fls. 204/211 e 217) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização ajuizada pela primeira contra Sonda Supermercados Exportação e Importação S/A.

Maria Luiza Garcia Messiano discorre, em síntese, sobre a necessária majoração do importe condenatório a título de danos morais. Diz que o valor fixado pelo Juízo de Primeiro grau não conferiu uma justa compensação. Afirma que a Magistrada deveria ter se atentado, ao fixar o importe condenatório, à idade avançada da apelante, sequelas geradas por conta do acidente, capacidade financeira da apelada e jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça. Postula o provimento do recurso com a consequente majoração do valor da indenização por danos morais (fls. 218/224).

Sompo Seguros S/A suscita, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa. Diz que requereu a produção de prova documental consistente nas expedições de ofícios ao Hospital São Luiz - Unidade Anália Franco - para apresentação de todo prontuário e documentação da autora referente ao acidente,

Acesso ao Sumário

assim como à Sul América Saúde, para que apresentasse demonstrativo de, ao menos, os último 10 anos de atendimento médico à autora. No mérito, discorre sobre a inexistência de culpa do segurado no acidente. Aduz que os danos materiais não foram comprovados. Assevera, por fim, sobre a fixação de indenização por danos morais. Postula o provimento do recurso de apelação (fls.: 230/246).

Sompo Seguros S/A (fls. 250/261), Sonda Supermercados Exportação e Importação Ltda. (fls.: 263/266) e Maria Luiza Garcia Messiano (fls. 267/274) apresentaram contrarrazões. Sompo Seguros S/A aduz, preliminarmente, a inépcia do recurso de apelação da autora. No mais, cada qual postula, em síntese, o não provimento do recurso contrário.

É a essência do relatório.

Cumpre observar que a apelação foi inicialmente distribuída à Colenda 9ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 275), e, posteriormente, por acórdão de relatoria da Desembargadora Angela Lopes, foram os autos redistribuídos ao Serviço de Entrada de Autos de Direito Privado III, e com conclusão a esta E. 33ª Câmara de Direito Privado em 29 de maio de 2018 (fls. 287).

Primeiramente, não há falar em não conhecimento do apelo da autora, como aventado nas contrarrazões de Sompo Seguros S/A. Todos os pontos da sentença restaram devidamente abordados no recurso. Além disso, restou demonstrado o interesse em recorrer da apelante, para ser revista a decisão que lhe foi desfavorável. Sendo assim, fica afastado pleito para que seja negado seguimento ao recurso, pois preenchidos os requisitos dispostos no artigo 1.010 do Código de Processo Civil de 2015.

Afasta-se também o alegado cerceamento de defesa. O artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil/2015, autoriza o julgamento antecipado da lide nos casos em que não houver necessidade de produção de outras provas. No presente caso, os documentos trazidos aos autos se mostraram suficientes para o seguro julgamento da controvérsia, tornando dispensável a dilação probatória com a pretendida prova pericial.

Acesso ao Sumário

Ainda, de acordo com o disposto no artigo 370, do Código de Processo Civil de 2015, cabia ao Juiz determinar a realização das provas necessárias à instrução do processo, o que, na lide em questão, a Magistrada entendeu suficientes as produzidas nos autos com as respectivas manifestações das partes, inclusive da documentação pertinente, enfim, ante as provas existentes, sem descurar do quanto foi dito pelas respectivas partes e do quanto não restou infirmado.

Ademais, o Magistrado possui a liberdade de analisar as provas de acordo com o seu livre convencimento, com fundamento no artigo 371 do Código de

Processo Civil/2015.

Por fim, desnecessária realmente a expedição de ofício ao Hospital e ao plano de saúde a fim de obter o prontuário de, *ao menos, os últimos anos de atendimento médico*, diante da documentação apresentada nos autos, notadamente o prontuário médico de fls. 10 que apontou que *a paciente internada pelo diagnóstico de fratura de colo do fêmur esquerdo realizada artroplastia total do quadril esquerdo dia 20/11/14.*

Avança-se ao mérito.

Restou incontroverso que a autora, no dia 19.11.2014, sofreu uma queda, nas dependências do Sonda Supermercados, que lhe causou a fratura do colo do fêmur esquerdo, conforme prontuário apresentado às fls. 10.

Narra autora que transitava pelo setor de hortifrúti quando acabou *escorregando em uma casca de banana* (fls. 02).

Já o supermercado, reconhece que *a autora compareceu na filial Tatuapé desta contestante, vindo a sofrer queda*, porém, assevera que a queda não se deu por sua culpa, visto que no momento do acidente o piso se encontrava limpo (fls.: 29).

Pois bem.

O caso dos autos concerne a típico acidente de consumo, a ensejar a aplicação das normas de Direito do Consumidor e, neste sentido, o conjunto probatório é suficientemente capaz de comprovar a responsabilidade do réu.

Inegável a existência dos danos de ordem moral causados pelo acidente que sofreu a autora nas dependências do réu, até porque este não nega sua ocorrência, confirmando inclusive a queda da autora nas dependências do supermercado.

Diante do que dispõe o artigo 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, cabia ao réu provar que *tendo prestado o serviço, o defeito inexiste* ou *a culpa exclusiva do consumidor*.

E, pelo que se verifica dos autos, com seu ônus o réu apelante não cumpriu, porquanto não comprovada quaisquer das excludentes supracitadas, limitando-se a insistir na ausência de culpa, o que não lhe beneficia, pois a responsabilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor é objetiva, independendo de prova da culpa (ao contrário do sistema civil, pautado na culpa, de acordo com os artigos 186 e seguintes e 927 e seguintes, todos do Código Civil).

Nada há nos autos que comprove que a queda se deu por culpa da autora e que no momento do acidente o piso se encontrava limpo.

A prova testemunhal produzida confirma a narrativa da autora: *Conheci a autora no dia do acidente. Me encontrava realizando compras junto ao hortifrúti, ocasião em que pude constatar a existência de uma casca de banana*

Acesso ao Sumário

no chão. Na hora a autora passou na minha frente, pisou na casca e caiu ao chão (Lucimara Baule Monteiro - fls. 185).

Já a testemunha Tatiana Zanella Pinheiro, funcionária do supermercado, que não presenciou o acidente, confirmou que foi chamada ao local e que ao questionar a autora foi informada *que a queda se deu em razão de ter pisado em uma casca de banana* (fls. 187). O fato de não ter encontrado a casca do chão quando chegou ao local é bem razoável, vez que certamente foi retirada para evitar novos acidentes, o que não implica em dizer que o piso estava limpo no momento do acidente.

Sendo assim, forçoso concluir que o Supermercado réu não logrou êxito em provar sua tese, cujo ônus era seu diante do que dispõe o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não havendo a menor dúvida de que os danos morais ocorreram em função de lesões a um dos direitos de personalidade, suportadas pela autora, que viu sua integridade física ofendida pelo acidente, que fez com que ela necessitasse de tratamentos e acompanhamentos médicos.

Nesse sentido, Savatier, *Traité du Droit Civil*, alude ao dano moral como *todo sofrimento humano não resultante de uma perda pecuniária.* Assim, o dano moral lesiona um bem imaterial que não possui correspondência econômica.

A reparação moral baseia-se na existência de um sofrimento físico, psicológico e espiritual, em função do dano material por perda ou impedimento do exercício pleno por parte do lesado. No presente caso, os danos decorrentes de todo sofrimento e dor por que passou a autora, ainda que não tenha deixado sequelas.

Fundamentalmente, o dano moral está ligado à aflição, à humilhação, ao constrangimento íntimo, diante da restrição à sua honra. Tal restrição de cunho personalíssimo tem reparação de caráter satisfatória, avaliável em pecúnia e, portanto, ressarcível, já que não se trata de compensação, mas de satisfação.

Para a reparação deste dano, apresenta-se razoável o valor arbitrado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), por ser compatível com o dano suportado e que se presta a fins educativos, para que não tornem a ocorrer tais tipos de transtornos junto a outras pessoas.

A quantia também serve à minimização dos sofrimentos experimentados, não se evidenciando exorbitância ou mesmo qualquer margem a enriquecimento indevido, não sendo o caso, outrossim, de redução ou majoração.

Quanto aos danos materiais, houve o acolhimento apenas das sessões de fisioterapias, devidamente comprovadas às fls. 13/14, não havendo razões para modificação.

Destarte, os recursos de apelação não merecem provimento, mantendo-se integralmente a sentença proferida em Primeiro grau. Mantida a sentença, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios em favor do patrono da

Acesso ao Sumário

autora, conforme preconiza o artigo 85, § 11, e § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, para o patamar de 20% sobre o valor da condenação. Há que se arbitrar, também, honorários advocatícios aos patronos dos réus, diante do trabalho realizado em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 1º, do mesmo diploma processual, em R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) para cada réu.

Posto isto, nega-se provimento às apelações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1047283-06.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A, é apelada/apelante MARIA LUCIA DA CONCEIÇÃO ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara 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 adesivo V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9775)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT e MOURÃO NETO.

São Paulo, 14 de junho de 2018.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - "AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS" - Autora não reconhece débito referente a contrato de telefonia - Relação consumerista que demanda inversão do ônus probatório - Companhia ré que não se desincumbiu de seu ônus probatório, apresentando apenas "telas" do sistema interno da requerida, provas eminentemente unilaterais - Negativação indevida nos cadastros de maus pagadores - Redução do montante indenizatório para o valor de R$5.000,00, em observância aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade - Honorários advocatícios bem fixados pelo Juízo *a quo* - Sentença parcialmente reformada - RECURSO DA

Acesso ao Sumário

RÉ PARCIALMENTE PROVIDO E DESPROVIDO O RECURSO ADESIVO.

VOTO

Vistos.

A Douta Magistrada *a quo*, ao proferir a r. sentença de fls. 255/258, cujo relatório se adota, nos autos da *Ação Declaratória de Inexistência de Débito c.c. Indenização por Danos Morais*, ajuizada por MARIA LUCIA DA CONCEIÇÃO ALMEIDA em face de TELEFÔNICA BRASIL S/A, julgou procedente a ação, nos seguintes termos: "*Ante o exposto e tudo o mais que dos autos consta, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para declarar a inexigibilidade do débito, na forma postulada na petição inicial, bem como CONDENAR A RÉ ao pagamento da importância de R$10.000,00 (dez mil reais), a ser atualizada a contar da presente e com o cômputo dos juros legais, também desta data. Neste sentido, determino que a Ré se abstenha de incluir o nome da parte autora nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, ou para exclui-lo, caso já tenha sido efetivada a negativação.*" Em razão da sucumbência, condenou a ré no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Apela a ré (Telefônica) alegando que agiu no exercício legal de seu direito, tendo em vista a inadimplência e a regularidade da habilitação da linha em questão. Subsidiariamente, busca a redução do *quantum* arbitrado e dos honorários advocatícios (fls. 260/271).

Contrarrazões apresentadas às fls. 276/327.

A autora apresentou Recurso Adesivo às fls. 328/351, postulando a majoração dos danos morais.

Contrarrazões, ao recurso adesivo, apresentadas às fls. 354/264.

Subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

Inicialmente, exercido o juízo de admissibilidade em cumprimento ao disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que o presente recurso deve ser conhecido, pois é tempestivo e está devidamente preparado.

De plano, destaque-se, ademais, que esta Decisão Colegiada se limita a apreciar a matéria efetivamente impugnada, em conformidade com o teor do art. 1.013, *caput*, do CPC.

Trata-se de *Ação Declaratória de Inexistência de Débito c.c. Indenização por Danos Morais*, ajuizada por MARIA LUCIA DA CONCEIÇÃO ALMEIDA em face de TELEFÔNICA BRASIL S/A, objetivando a declaração de

Acesso ao Sumário

inexistência dos débitos exigidos nos valores de R$65,87 (01.12.2013); R$ 67,42 (01.01.2014) e R$ 58,51 (01.02.2014), referentes ao contrato sob n. 742491803, com a exclusão definitiva do seu nome junto aos cadastros de proteção ao crédito, bem como a condenação da requerida no pagamento de danos morais no valor de R$ 20.000,00. Alega que nunca manteve relação jurídica com a empresa requerida.

O pedido de tutela provisória foi indeferido às fl. 85/86.

A requerida apresentou contestação às fls. 90/108, sustentando a legalidade da cobrança referente a linha telefônica nº (11) 5825-..., habilitada em 14.08.2013. Menciona que a linha foi instalada no endereço fornecido no ato do cadastro, estando apenas 700 metros de distância do endereço atual da residência da autora. Houve réplica às fls. 133/231.

A Douta Magistrada *a quo*, ao proferir a r. sentença de fls. 255/258, julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a requerida "*deixou de juntar o contrato escrito e a cópia dos documentos pessoais entregues quando da contratação, bem como as faturas mensais que deram origem aos apontamentos, mesmo após determinação neste sentido.*"

Pois bem. Caracterizada está a relação jurídica de consumo entre as partes litigantes. Deste modo, como corolário do microssistema consumerista, há que se reconhecer que é dever da empresa fornecedora demonstrar, de forma cabal, a regularidade do exercício de seu direito de cobrança, a fim de dar suporte à higidez dos atos de perquirição do seu crédito. O mesmo se diga da eventual fraude de terceiro que, fazendo uso dos documentos do autor, teria se cadastrado como usuário do serviço prestado pela demandada.

A bem da verdade, a ré não se desincumbiu de embasar suas alegações em prova robusta que amparasse sua pretensão inicial. Aliás, a despeito de seu inconformismo, sequer apresentou nos autos prova inequívoca de que a autora, pessoalmente, havia contratado os seus serviços. O contexto, portanto, leva a crer que a cobrança é, de fato, indevida.

Cumpre salientar, também, que as "telas" do sistema interno da "*Telefônica Brasil S/A*" não servem de suporte para embasar a regularidade das contratações aludidas. Isto porque são provas de cunho unilateral que não devem ser tidas por absolutas.

Deste modo, à míngua de comprovação da parte sobre a qual recai o ônus probatório, por certo que a negativação levada a cabo pela "*Telefônica Brasil S/A*" pode ser considerada como indevida, daí se concluir pelo acerto da decisão proferida pela d. magistrada de piso, no tocante à exclusão do nome da autora dos cadastros de proteção ao crédito.

Evidente que cabia à ré o dever de cautela que lhe é atribuído por lei, devendo sempre primar por uma relação sana e íntegra com todo e qualquer

Acesso ao Sumário

potencial consumidor.

Ademais, tratando-se de típica relação de consumo, o art. 14 do CDC prevê de forma clara e convincente a responsabilidade do fornecedor em reparar os danos ocasionados por eventuais falhas na prestação dos serviços, independentemente de culpa. Assim, é defeso protestar outrem sem que minimamente comprove o descumprimento da obrigação pela parte adversa, sob pena de abuso de direito.

Destarte, cediço esclarecer que a inscrição indevida configura, "per si", a ocorrência de dano moral passível de reparação. Indiscutivelmente, a negativação que a requerente sofreu acarretou em constrangimento o qual não deveria lhe acometer, visto que, se houvesse maior controle e eficiência no sistema operacional da ré, não teria a autora restrição ilegítima de seu crédito junto ao mercado, pela falsa suposição de ser consumidor que não honra com os seus compromissos.

E mesmo que se discutisse a regularidade dos atos de cobrança e seus efeitos, o mero apontamento indevido já dá azo à violação dos direitos da personalidade da autora, tendo em vista seu caráter *in re ipsa*. Em outras palavras, reputa-se desnecessário ao prejudicado fazer prova da ocorrência do evento, bastando a indevida negativação para que se considere ocorrido o dano moral.

Nestes termos, ficou demonstrado que o débito foi indevidamente inscrito, ressaltando-se que, no contexto dos elementos probantes, a empresa recorrente deixou de observar o ônus que, por força do art. 333, II, do CPC, lhe incumbe, "*quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*."

Por isso, foi muito bem lançada a sentença ao reconhecer o dano moral experimentado pela ora apelada, mostrando-se evidente o nexo de causalidade capaz de justificar tal indenização, eis que, não fosse a conduta imprudente da recorrida, não teria havido a inscrição indevida.

Assim, para a fixação da indenização pelos danos morais, o juiz deve proceder ao arbitramento de modo que não seja nem inócuo e nem absurdo, devendo sopesar as condições dos envolvidos, as circunstâncias e as consequências do evento danoso. Sua fixação deve, ao mesmo tempo, compensar o sofrimento do lesado e servir de punição ao ofensor, não podendo ser fonte de enriquecimento ilícito para qualquer das partes, mas sim tem que estar de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Acesso ao Sumário

Portanto, levando-se em consideração o caráter educativo, compensatório e punitivo dos danos morais, além, ainda, da técnica do desestímulo ao comportamento desidioso da "*Telefônica Data S/A*", seu inegável poderio econômico e o valor da dívida apontado no cadastro negativo, reduz-se, a título

de verba indenizatória, a quantia arbitrada para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido nos termos da r. sentença.

Portanto, diante das peculiaridades do caso em tela, aliada ao conjunto probatório acostado aos autos, é de rigor a reforma pontual da r. sentença, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), permanecendo no mais inalterada.

Os honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação, não merecem alteração, pois se mostram razoáveis, considerando a natureza da causa e o tempo exigido para a tramitação processual.

Por fim, tendo em vista o provimento parcial do recurso da requerida, deixo de majorar os honorários advocatícios do patrono do autor, nos termos do §11, do artigo 85, do CPC/15, pois, conforme o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a majoração somente caberá nos casos de "*não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente.*" (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Dj. 04.04.2017). Ressalvada a gratuidade concedida ao autor, nos termos do §3º, do art. 98 do CPC.

Ao exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002960-30.2016.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante PAULA GIOVANA VARELA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ODORATA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.684/2018)**

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

São Paulo, 29 de junho de 2018.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA - RELAÇÃO

Acesso ao Sumário

CONSUMERISTA - NEGADA RELAÇÃO NEGOCIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. 1) Relação de consumo configurada. Incontroverso o negócio realizado entre as partes. Ausência de conduta ilícita praticada pela requerida. Comprovação do contrato firmado. Inexigibilidade do débito. Impossibilidade. Cobrança devida. Requerida que comprovou a origem do débito negativado. 2) Condenação da requerente nas penas de litigância de má-fé. Possibilidade. Autora que altera a verdade dos fatos, mantendo tal posição mesmo com a comprovação da relação negocial existente entre as partes. Improcedência. Manutenção da pena aplicada. Sentença mantida. Recurso de apelação da autora não provido, sem majoração da honorária sucumbencial dada a ausência de trabalho adicional.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação declaratória com pedido de antecipação de tutela ajuizada por **PAULA GIOVANA VARELA** contra **ODORATA COSMÉTICOS**, sustentando a primeira nomeada ter sido surpreendida com restrição em seu nome por culpa da requerida, referente à contrato de nº 295442, no valor de R$ 361,33 (trezentos e sessenta e um reais e trinta e três centavos), a qual não manteve relação negocial a ensejar a citada negativação. Busca a declaração da regularidade da relação jurídica entre as partes e ainda a tutela para que seu nome seja excluído dos cadastros de inadimplentes.

A respeitável sentença de folhas 107 *usque* 110, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação, condenando a requerente no pagamento das custas e honorários advocatícios, estes últimos fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), mais multa de R$ 1.000,00 (mil reais) por litigância de má- fé, observado ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

Inconformada, recorre a demandante pretendendo a reforma do julgado (folhas 113/131). Insiste em suas teses iniciais. Afirma ainda que esta ação é puramente declaratória sobre a existência ou não da relação jurídica. Afirma que enviou notificação à requerida para tentar solucionar o problema extrajudicialmente, sem sucesso, contudo. Aduz que a sentença se encontra destoada das pretensões autorais e que os documentos apresentados não justificam o gravame em nome da requerente. Por fim, se insurge quanto a condenação nas

Acesso ao Sumário

penas de litigância de má fé e caso mantida, postula sua redução. Requer a reforma do julgado.

Recurso processado, sem custas ante a gratuidade concedida à autora (folha 38), sem contrarrazões, subiram os autos.

Este é o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade positivo, conhece-se do recurso.

A respeitável sentença recorrida não comporta a menor censura.

Insurge-se a demandante contra a cobrança de valores pela requerida, aduzindo, dentre outras alegações, que não contraiu a dívida que ensejou a negativação de seu nome.

A respeitável decisão recorrida julgou a demanda improcedente, vez que comprovada a relação negocial entre as partes (folhas 90/98), inclusive com a assinatura da requerente no pacto firmado (folha 91).

A recorrente agora em sede de apelação insiste na tese de que a sentença foi proferida de forma destoada do pedido inicial, ocorre que tal alegação não lhe socorre, e em nada interfere na sorte do julgado, observando-se claramente que a demandante tenta inverter ou ainda tergiversar sobre os fatos narrados nestes autos.

Ocorre que, em que pesem as alegações da ora recorrente, a relação negocial está comprovada.

E assim, da análise da documentação colacionada pela requerida, ao contrário do que aduzido pela recorrente em suas razões recursais, verifica-se que o contrato foi devidamente apresentado às folhas 90/91, contendo a assinatura da demandante, bem como às folhas 95/98 restou demonstrada a compra realizada.

A autora deixou de impugnar especificamente tais documentos, limitando-se a alegar, de forma genérica, que a sentença não atendeu ao pedido formulado em sua inicial, alegação que por óbvio, encontra-se equivocada, eis que a declaração da existência da relação negocial é medida que se impõe.

Em assim sendo, por via de consequência, não há como se reconhecer a ilegitimidade da cobrança realizada, assim como a ilegalidade da inclusão dos dados da autora para figurar em cadastro de inadimplentes, como ocorreu, posto que em mora, uma vez que não pagou pelo que contratou, ou sequer consignou seu valor em juízo, acaso discordasse de sua pertinência.

Vê-se, pois, inexistirem provas da prática de ato ilícito pela empresa requerida.

Incontroversa, portanto, a relação negocial entre as partes.

Logo, ao que tudo indica, a cobrança se revela regular, eis que o pacto foi

Acesso ao Sumário

realmente aprovado pela apelante, concluindo-se, assim, que deverá arcar com o pagamento.

Por fim, quanto à litigância de má-fé, constou da petição inicial que a autora desconhecia a origem do débito e tal versão foi mantida por ela, mesmo após a apresentação de documentos que comprovam cabalmente a existência da dívida; evidenciando-se, desse modo, a sua intenção de alterar a verdade dos fatos.

Ainda que, em um primeiro momento, pudesse mesmo desconhecer a origem do débito, após a juntada de diversos documentos com a defesa, mostra-se absolutamente desarrazoada a sua insistência em tergiversar sobre os fatos narrados.

Salienta-se que a recorrente nem ao menos impugna tais documentos, apenas tecendo alegações genéricas. Tal conduta demonstra que a autora claramente pretendeu alterar a verdade dos fatos com o intuito de induzir o julgador em erro, o que tipifica a conduta descrita no artigo 80, inciso II do Código de Processo Civil, agindo como litigante de má-fé.

A respeitável sentença deu solução adequada à lide, devendo prevalecer por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Em último, não há o que se falar em aplicação do artigo 85, parágrafo 11º, do Código de Processo Civil, eis que ausente trabalho adicional (contrarrazões).

Ante o exposto nega-se provimento ao recurso de apelação da autora, sem majoração da honorária sucumbencial dada a ausência de trabalho adicional, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001738-28.2016.8.26.0654, da Comarca de Vargem Grande Paulista, em que é apelante FERNANDA APARECIDA BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada HDI SEGUROS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24436)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA E RUY COPPOLA.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

Acesso ao Sumário

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO - DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO - AÇÃO AJUIZADA CONTRA SEGURADORA VISANDO A DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO OBJETO DO SINISTRO - VIABILIDADE - Seguradora que recebeu veículo de terceiro não o indenizando ou devolvendo o automóvel - Responsabilidade da seguradora na devolução do bem no estado em que foi retirado - Autora legítima proprietária do veículo objeto da inicial - LEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA CONFIGURADA - APELO PROVIDO, para o fim de julgar procedente o pedido inicial, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **FERNANDA APARECIDA BATISTA** contra a respeitável sentença de fls. 27/29 que, nos autos da ação de obrigação de fazer movida em face de **HDI SEGUROS S/A**, julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, deixando de condenar a autora ao pagamento das verbas sucumbenciais, em razão da ausência de contestação.

Irresignada, pretende a inversão do quanto julgado, sustentando, em síntese, que a seguradora ré se encontra na posse do veículo desde o acidente ocorrido, devendo, dessa forma, restituí-lo (fls. 31/33).

Houve contrariedade ao apelo (fls. 39/50), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

É o relatório, passo ao voto.

I -- A irresignação é procedente.

Segundo consta da inicial, a autora, em 04 de abril de 2010, por volta das 04h50, foi abruptamente abalroada em sua traseira pelo veículo Honda Fit, de propriedade de Claudia Cristina Gonçalves Campos, que, à época, estava sendo conduzido por Lucio Mauro da Silva, então segurada da ré.

Assim, visando ter seu prejuízo ressarcido, assinou o documento de transferência do veículo para a ré. Aduz que ingressou com ação de ressarcimento

Acesso ao Sumário

de danos em face da seguradora ré, não logrando êxito, já que a decisão entendeu por ser parte ilegítima naquela demanda.

Desde o acidente o veículo se encontra de posse da seguradora ré, e como não foi reparado, nem houve sucesso na demanda que ajuizou, cabe a devolução do bem no estado em que foi retirado, a fim de que a autora possa tomar as providencias cabíveis com relação ao mesmo, posto que não houve a transferência oficial perante o DETRAN, sendo, ainda, a legítima proprietária do bem.

Pugna pela procedência do pedido, condenando a ré a proceder à entrega do veículo, no prazo a ser fixado, sob pena de multa diária, e não havendo possibilidade de cumprimento da obrigação, seja transformada em perdas e danos, com o ressarcimento do valor de R$18.086,00 (dezoito mil e oitenta e seis reais).

Em que pese o entendimento do MM. Juízo sentenciante, a irresignação comporta provimento.

De fato, o contrato firmado entre a seguradora ré e o segurado não traduz hipótese alguma de indenização por eventual prejuízo experimentado em razão do acidente de trânsito ocorrido.

Contudo, não é a hipótese dos autos.

Denota-se que a seguradora recebeu o veículo da autora, que encaminhou todos os documentos necessários, inclusive recibo de transferência do veículo (fls. 10); contudo, não houve a respectiva indenização ou a devolução do automóvel.

Portando, mostra-se viável a pretensão da autora em acionar a seguradora diretamente, visando à **devolução do veículo objeto do acidente de trânsito**, ante a existência de relação jurídica obrigacional entre as partes.

Depreende-se dos autos que a seguradora encontra-se na posse do veículo desde, pelo menos, **11 de maio de 2010**, apropriando-se indevidamente do bem que pertencia à autora, razão pela qual deve ser condenada a restituir-lhe o veículo, sob pena de enriquecimento sem causa.

Assim, demonstrada a responsabilidade patrimonial da seguradora apelada, que recebeu o veículo da autora não a indenizando, merece acolhimento o pedido de devolução do bem descrito.

Por todo o exposto, **de rigor o provimento da apelação**, para julgar procedente a demanda, a fim de compelir a seguradora ré a proceder à devolução do veículo, em 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), e não havendo possibilidade de cumprimento da obrigação, seja transformada em perdas e danos, com o ressarcimento da importância de R$ 18.086,00 (dezoito mil e oitenta e seis reais), acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, desde o sinistro, além o pagamento

Acesso ao Sumário

das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, já considerado o trabalho adicional em grau recursal, nos termos do artigo 85, §§2º e 8º, do CPC.

II -- Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos alinhavados**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014156-67.2017.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante CONDOMÍNIO INDAIAII, é apelada COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26017)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA ROCHA (Presidente), FABIO TABOSA e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Ação de cobrança de despesas condominiais - Ilegitimidade passiva - Inocorrência - Compromisso de compra e venda não levado a registro - Ausência de ciência inequívoca do condomínio - Reconhecida a legitimidade passiva da promitente vendedora - A mora oriunda de débitos condominiais opera "ex re", ou seja, do vencimento de cada parcela - Suficiência dos documentos apresentados para instruir a ação, não havendo necessidade de comprovação dos pagamentos efetuados pelo condomínio, cuja prestação de contas não se dá na ação de cobrança - Caracterizada a mora, devida é a incidência de multa de 2% desde o vencimento - Recurso provido.

VOTO

Insurge-se o autor, em ação de cobrança de débitos condominiais, contra r. sentença que julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 485, VI,

do Código de Processo Civil, por ser a ré CDHU parte ilegítima para figurar no seu polo passivo, além de condená-lo ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observado o disposto na Lei nº 1060/50.

O apelante sustenta que: a) a ré é parte legítima para figurar no polo passivo do processo, conforme entendimento do STJ e da jurisprudência majoritária; b) a ré não nega ser proprietária do imóvel sobre o qual pende dívida condominial e deixou de registrar publicamente sua venda; c) o documento de fl. 91 se refere ao apartamento situado na Rua Benedito de Oliveira, não ao apartamento que originou o débito cobrado, localizado na Rua Edmund Gerke; d) ainda que fosse comprovada a venda e a imissão na posse do imóvel do compromissário comprador, a proprietária responde de forma concorrente, pois, tendo a dívida condominial caráter *propter rem*, se "sobrepõe ao compromisso de venda e compra"; e) no instrumento de compra e venda há previsão de rescisão contratual e de retomada do imóvel pela apelada no caso de descumprimento das obrigações ali assumidas, de modo que ela devia ter comprovado o registro do contrato, para se eximir da responsabilidade de pagamento das taxas condominiais inadimplidas, cuja existência, aliás, não foi negada. Pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo e sem preparo, diante da concessão da justiça gratuita.

Houve resposta.

É o relatório.

A ação visa o recebimento de despesas condominiais vencidas e inadimplidas no período de agosto de 2014 a setembro de 2017, incidentes sobre a unidade 33A do Condomínio Indaia II.

A ação foi promovida contra a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU, sob a alegação de que ela é proprietária da unidade devedora e, portanto, responsável pelo adimplemento dos débitos apontados na petição inicial.

Foi informado também que a documentação referente à incorporação e ao registro das unidades habitacionais não está regularizada, o que impediu apresentação da respectiva certidão de propriedade do imóvel.

Ao contestar, a ré apresentou instrumento particular de "cessão de posse e promessa de compra e venda de imóvel e outras avenças" celebrado com Marina Aparecida Baptista (fls. 77/81), em 19.09.2003, com identificação do imóvel correspondente ao lote 2 bloco A apartamento 33 com acesso pela Rua Benedito de Oliveira (fl. 91). Há, ainda, termo de entrega de chaves da unidade em questão, que data do dia 29 de agosto de 2003 (fl. 92). Com fundamento nesses documentos alegou sua ilegitimidade passiva, afirmando que seu objetivo se restringe apenas a financiar habitações para população de baixa renda.

Respeitado o entendimento do MM Juiz de 1º Grau, a sentença comporta

reforma, pois a ré é parte legítima para figurar no polo passivo desta demanda.

A matéria acerca da legitimidade do promitente vendedor ou promissário comprador para responder pelos débitos condominiais - notadamente quando se tratava de compromisso não levado a registro - foi solucionada no Recurso Especial nº 1.345.331/RS, em 08/04/2015, quando a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, decidiu que:

> **PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONDOMÍNIO. DESPESAS COMUNS. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO LEVADO A REGISTRO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROMITENTE VENDEDOR OU PROMISSÁRIO COMPRADOR. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. IMISSÃO NA POSSE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA.**
>
> 1. Para efeito do art. 543-C do CPC, firmam-se as seguintes teses:
>
> a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação.
>
> b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o compromissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.
>
> c) Se ficar comprovado: i) que o promissário comprador se imitira na posse; e ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador.
>
> 2. No caso concreto, recurso especial não provido.
>
> (REsp. 1.345.331/RS - 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 08/04/2015 - grifei)

No caso em apreço, a ré alega que a unidade devedora foi compromissada à venda e a promissária compradora foi imitida na sua posse em 29.08.2003, quando houve entrega das chaves (fl. 92).

O autor nega ter tido ciência da transação envolvendo a unidade devedora e não há nenhum documento nos autos que o desminta.

A comunicação da transferência dos direitos da unidade era de responsabilidade da ré, pois ela não negou ser titular do domínio e a prova de que cientificou o condomínio era extremamente simples, bastava trazer aos autos, por exemplo, recibo do encaminhamento de cópia da referida transação, documento que não foi apresentado.

Sendo assim, não há como afirmar que o autor tinha inequívoca ciência da

Acesso ao Sumário

transação envolvendo a unidade devedora.

O simples decurso de prazo entre a imissão na posse e a propositura da demanda, o fato de as cotas condominiais terem sido adimplidas regularmente no período entre 2003 e 2014 e a finalidade social da ré não bastam para comprovar a ciência inequívoca do condomínio autor.

Deste modo, não preenchido o requisito da ciência inequívoca da transação envolvendo o imóvel, a responsabilidade recai sobre aquele que tem o domínio sobre o imóvel, ou seja, o promitente vendedor.

A apelada firmou contrato de cessão de posse e promessa de compra e venda de imóvel e outras avenças de sua unidade condominial (fls. 77/92), mas ele não foi levado a registro nem, como dito, foi demonstrado que o condomínio tinha ciência da transferência. Logo, no caso em tela, a apelada tem legitimidade passiva para responder ao processo.

Não há deficiência nas informações prestadas pelo autor para identificar o imóvel sobre o qual incidem os débitos condominiais, que não foram negados pela ré, pois ainda que divergentes os endereços indicados pelas partes, consulta a mapa faz ver que as ruas Edmund Gerke e Benedito de Oliveira envolvem grande complexo de unidades habitacionais localizadas em extensa área que abarca as duas ruas, localizadas no mesmo quarteirão, sendo possível concluir que o imóvel indicado no contrato de cessão de posse é o indicado na inicial e nenhum prejuízo foi causado à ré.

Inexistente a causa que determinou a extinção do processo sem julgamento do mérito, bem como qualquer outra que levasse a tal resultado, o mérito deve ser apreciado neste grau, tendo em vista o previsto no art. 1.013, § 3º, do CPC.

Na contestação, a ré não nega a existência do débito, devidamente discriminado a fl. 4, o que basta para afastar a alegação de que as despesas deveriam ser especificadas, comprovadas e aprovadas em assembleia ou ainda a de que do ato que instituiu a cobrança ou definiu o seu valor devia haver a participação da ré.

É que "a obrigação de concorrer nas despesas de condomínio com a quota-parte fixada para cada unidade autônoma decorre do disposto no art. 1.336, I, do Código Civil, visto que a manutenção do edifício interessa a todos os condôminos"[1].

A alegação de carência de ação, por falta de interesse de agir, decorrente do desconhecimento da existência do débito, da não constituição em mora e da ausência de recusa ao pagamento da dívida, não prospera, porque a titularidade do domínio gera o dever de arcar com as despesas condominiais, a mora opera "*ex re*", ou seja, desde o vencimento de cada parcela e o não pagamento espontâneo, com apresentação de contestação, demonstra a recalcitrância da ré

1 J. Nascimento Franco *in* "Condomínio", 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 335.

e, portanto, a necessidade da utilização da via judicial.

Assim, o inadimplemento das despesas condominiais, porque obrigação positiva e líquida, constitui em mora de pleno direito o devedor, como preceitua o art. 397 do Código Civil, daí que os juros fixados em 1% ao mês, como foi estabelecido pela Lei 4591/64, artigo 12, § 3º, pelo Código Civil de 2002, artigo 1336, § 1º, são devidos de cada vencimento, impondo-se sua incidência sobre o débito em atraso, que engloba o principal corrigido, desde cada vencimento, com multa.

Nesse sentido, unânime é o entendimento deste Tribunal: "Salvo disposição em contrário da convenção, correção e juros incidem desde o vencimento, porque se cuida de mora ***ex re***"[2].

No tocante à multa moratória, de acordo com o demonstrativo do débito (fl. 4), foi aplicado o percentual de 2% sobre o valor do débito, em observância à legislação vigente.

Por fim, as cotas condominiais são prestações sucessivas e, portanto, "serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação", como dispõe o art. 323 do Código de Processo Civil. Assim, compreende-se na condenação aquelas cotas que se vencerem até o final da execução, conforme a Súmula 13 desta Corte, afinada com a do Superior Tribunal de Justiça[3].

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para julgar a ré parte legítima para responder ao processo, afastar a sua extinção, julgar procedente o pedido e condenar a ré a pagar ao autor as despesas indicadas na inicial, mais as que se vencerem no curso do processo, até o cumprimento integral da obrigação, acrescidas de juros de mora à taxa legal, correção monetária, multa de 2%, desde os vencimentos de cada parcela, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor total da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1051854-72.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ANTONIO BENTO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), KAUE TORQUATO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e VANDERLEIA LIMA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada DECOLAR. COM LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

2 Celso José Pimentel, Anotações sobre a Ação de Cobrança de Despesas de Condomínio, *in* Condomínio Edilício, Aspectos relevantes, Aplicação do novo Código Civil, Ed. Método, 2ª ed., 2006, p. 264.
3 Cf. Theotonio Negrão, CPC, 35ª ed., Saraiva, 2003, pág. 380, notas 2 e 4 ao art. 290.

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 42285)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente sem voto), GILBERTO LEME E MORAIS PUCCI.

São Paulo, 6 de julho de 2018.

MELO BUENO, Relator

Ementa: BEM MÓVEL - AÇÃO RESTIUIÇÃO DE VALORES PAGOS C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Compra e venda passagens aéreas - Solicitação de cancelamento e devolução dos valores despendidos - Reparação material devida - Dano moral - Não caracterizados - Ação parcialmente procedente - Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 151/159 que julgou parcialmente procedente a ação de restituição de valores pagos c/c repetição do indébito e danos morais, fundada em prestação de serviços. Os apelantes aduzem, em suma, que restaram efetivamente comprovados os danos morais a ensejar o dever de indenizar (fls. 163/174).

O recurso foi processado, sem resposta. A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (fls. 191/194).

É o relatório.

Relatam os apelantes que adquiriram, em 25/8/2016, três passagens aéreas junto à empresa apelada, pelo valor de R$1.226,52, parcelado em 12 vezes, com embarque agendado para 30/11/2016. Entretanto, em razão do grave estado de saúde do coapelante Antônio, solicitaram o cancelamento das passagens em 20/11/2016. Todavia, além da apelada negar a devolução do valor integral, continuou promovendo indevidamente a cobrança das parcelas ainda não pagas, motivo pelo qual interpuseram a presente, visando à restituição de valores pagos, bem como indenização por danos morais.

Acesso ao Sumário

De acordo com a r. sentença, a ação foi julgada parcialmente procedente, para o fim de "**condenar a parte ré a restituir aos autores o valor de R$ 1.165,20 (mil cento e sessenta e cinco reais e vinte centavos) que deverá ser acrescido de correção monetária pelos índices da tabela prática do e. TJSP, a contar do desembolso e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Por ter havido sucumbência parcial,**

em proporções equilibradas, cada parte arcará com metade das custas e das despesas processuais (artigo 86, caput, do NCPC), e com honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação devidamente corrigido (artigo 85, §2º do CPC), calculados com base nesta, pelos índices da tabela prática para cálculo de atualização de débitos judiciais do e. TJSP, abrangendo principal e juros (RT 601/78, JTA 80/125; LEX-JTA 74/132), e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês (artigo 406 CC c.c. 161, parágrafo primeiro do CTN), a contar do trânsito em julgado deste pronunciamento jurisdicional, quando estará configurada a mora (artigo 407 do CC), isentando, porém, a parte autora, por ser beneficiária da justiça gratuita, observados os termos do disposto no artigo 98, §3º do CPC".

A insurgência recursal se reporta tão somente a existência dos danos morais.

Com efeito, os danos morais, na espécie, não são presumíveis, de forma que deveriam ser comprovados, inexistindo demonstração de que os apelantes tenham sofrido abalo emocional intenso, constrangimento ou sentimento de perda irreparável, capaz de extrapolar os limites da tolerância da vida em sociedade, que pudesse dar ensejo à indenização pretendida, conforme disposto no art. 373, I, do CPC/15.

Embora os problemas relatados configurem situação lamentável e causadora de aborrecimento, não tem o condão de ofender a esfera extrapatrimonial dos apelantes, vez que o mero inadimplemento contratual e a conduta desidiosa da apelada, por si só, não são capazes de gerar danos morais passíveis de reparação. A propósito, como bem ressaltado pelo d. magistrado "**Nessa linha de ideias, só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame ou o sofrimento que, escapando aos limites da normalidade e da razoabilidade, possam ter uma interferência intensa no comportamento psicológico do indivíduo, de modo a causar-lhe aflições, angústias e um desequilíbrio em seu bem estar. Do contrário, haverá uma indesejável banalização do dano moral, fazendo com que os indivíduos se tornem cada vez mais individualistas e mais desagregados do grupo social, causando situações de conflito judicial pelo mais comezinho confronto**".

Deste modo, a manutenção da r. sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000869-

08.2015.8.26.0205, da Comarca de Getulina, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado C.S.E.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30760)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DE ADOÇÃO Sentença de improcedência, reconhecida a decadência. Apela o Ministério Público sustentando a nulidade absoluta da adoção praticada com finalidade completamente diversa a filiação, em flagrante simulação. Cabimento. O próprio depoimento do réu afirma ter figurado como adotante a fim de facilitar a obtenção de documentos para trabalhar no Japão. Simulação patente, nula de pleno de direito, portanto imprescritível, sobretudo quando se trate de direito afeto à personalidade, filiação, e estado da pessoa, e também pela impossibilidade de desvirtuamento do instituto de finalidade social, adoção para acobertar vantagens individuais. Decadência afastada. Simulação e anulação reconhecidas. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de f. 561/562 que julgou improcedente a ação declaratória de escritura pública de adoção proposta por Ministério Público do Estado de São Paulo em face de C.S.E., uma vez reconhecida a decadência.

Apela o Ministério Público (f.563/571) sustentando: (i) a nulidade, e não anulabilidade, do ato praticado sob a égide do Código Civil de 1916; (ii) a escritura pública de adoção celebrada não retratou vínculo associativo fidedigno, sem perfilhação de fato, jamais exercida; (iii) a adoção tinha por finalidade ocultar uma situação real, e por isso defesa em lei.

Recurso recebido (f.572).

Parecer da D. Procuradoria de Justiça pelo provimento ao recurso (f.575).

Distribuído inicialmente à 2ª Câmara de Direito Privado ao Eminente Desembargador José Joaquim dos Santos, o recurso foi redistribuído à 31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, por força da Resolução nº 737/2016.

É o relatório.

Trata-se de ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que visa à anulação de escritura pública de adoção lavrada em 1997.

Consta dos autos que o réu à época da adoção procurou agência de viagens na intenção de trabalhar no Japão, a fim de facilitar a obtenção da documentação necessária figurou como adotante em escritura pública simulada.

É certo que a adoção simples, mediante escritura pública, era regida pelo Código Civil de 1916. Ato que era efetuado sem intervenção do Poder Judiciário, sendo que o vínculo de parentesco limitava-se ao adotante e ao adotado.

A declaração do próprio réu, acostada aos autos, prestada à Justiça Federal (f.177/178), não deixa dúvidas quanto à finalidade transversa e completamente alheia à filiação que culminou com a adoção.

Ao contrário do pontificado pela sentença, o ato jurídico fora celebrado em flagrante simulação, razão pela qual nulo de pleno de direito, e, portanto, imprescritível, até porque versa diretamente sobre estado da pessoa.

Mesmo sob a égide do Código de Civil de 1916, que previa a anulabilidade para os negócios simulados, a flagrante simulação dos objetivos com que se revestiu o ato deixa patente o simulacro que a lei pretendeu por a salvo, com o qual não se é possível coadunar, sobretudo, considerada a finalidade social que possui a adoção, completamente esvaziada, na hipótese vertente.

Assim, deve-se afastar o reconhecimento da decadência, reconhecida a nulidade por simulação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006091-79.2016.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante JEFERSON TONHI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado NOVARTIS BIOCIÊNCIAS 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: "Recurso provido, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.872)**

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

São Paulo, 10 de julho de 2018.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação monitória fundada em contrato de mútuo celebrado entre empregadora e empregado. Contrato que decorre da relação de trabalho. Competência absoluta da Justiça do Trabalho, em consonância com o art. 114, IX, da CF. Sentença anulada. Recurso provido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que rejeitou os embargos monitórios. O magistrado, Doutor Marco Aurélio Stradiotto de Moraes Ribeiro Sampaio, reconheceu a competência da Justiça Estadual, pois, apesar de ter existido relação de trabalho entre as partes, a demanda se relaciona com empréstimo de coisas fungíveis. Não conheceu da reconvenção, pois a matéria não é conexa ao pedido monitório. Anotou que o inadimplemento é incontroverso.

Apela o Embargante alegando que a competência é da Justiça do Trabalho, conforme jurisprudência do STJ, pois o mútuo visava à aquisição de veículo usado no exercício laboral e o pagamento das parcelas estava atrelado a seu salário.

Recurso tempestivo, dispensado de preparo por ser o Apelante beneficiário da gratuidade da justiça, e respondido.

É o relatório.

Em abril de 2014 Novartis Biociência S/A celebrou com seu empregado Jeferson Tonhi o "Instrumento Particular de Contrato de Mútuo com Encargo Financeiro", no valor de R$ 50.000,00, com previsão de 48 parcelas de R$ 1.062,97, que seriam descontadas diretamente de seu salário (fls. 27/28). O mútuo visava à aquisição de veículo que seria colocado à disposição da empresa para o cumprimento das tarefas do empregado, com reembolso das despesas de depreciação. Ocorre que, menos de dois meses depois, sobreveio a demissão sem justa causa (fls. 30/32), cabendo ao ex-empregado o pagamento antecipado de R$ 44.923,00, nos termos da Cláusula 12 do ajuste. Em abril de 2016 Novartis

Acesso ao Sumário

ajuizou em face de Jeferson esta ação monitória.

O Réu opôs embargos monitórios, alegando a competência absoluta da Justiça do Trabalho e a nulidade do contrato de mútuo, por violação ao princípio da intangibilidade salarial e dos artigos 462 e 477 da CLT.

De fato, a jurisprudência do STJ é pacífica a respeito da competência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de cobrança de mútuo concedido a empregado para aquisição de automóvel a ser utilizado no trabalho, nos termos do art. 114, IX, da CF:

"*Conflito negativo de competência. Justiça do Trabalho. Justiça Comum Estadual. Execução. Contrato de mútuo. Aquisição de veículo necessário à atividade laboral. Pacto acessório ao contrato de trabalho. Competência da Justiça Laboral. 1. Na hipótese dos autos, a empresa empregadora pretende cobrar de seu ex-empregado empréstimo para a aquisição de veículo automotor utilizado no exercício das atividades laborais de 'vendedor técnico jr.'. 2. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ação relativa a pacto acessório ao contrato de trabalho. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Trabalhista*" (Conflito de Competência nº 124.894/SP, rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, j. 10.04.2013).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a sentença, com determinação de remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011228-87.2015.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante MERCANTE TUBOS E AÇOS LTDA., é apelado INTEGRAL TRANSPORTES AGENCIAMENTO MARÍTIMO LTDA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.729)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente), PEDRO KODAMA e JOÃO PAZINE NETO.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA C.C. PERDAS E DANOS. Contrato de depósito. Avaria na mercadoria

depositada. Perda da carga e lucros cessantes. Sentença de improcedência. Pretensão da autora de reforma. CABIMENTO EM PARTE: Dever de guarda e conservação da coisa pelo depositário - Art. 629 CC. Falha na prestação do serviço pela ré. Avaria na mercadoria comprovada por perícia. Danos materiais demonstrados e que devem ser reparados. Lucros cessantes não demonstrados pela autora, sendo descabida a reparação neste ponto. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 853/856, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação indenizatória cumulada com perdas e danos movida por Mercante Tubos e Aços Ltda. contra EADI - Integral Transportes Agenciamento Marítimo Ltda., condenando a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

A autora apela a fls. 870/878 sustentando que firmou com a ré contrato de depósito para armazenamento de mercadorias pelo regime especial de entreposto aduaneiro com o depósito de tubos de aços no terminal da ré sem nenhum dano ou avaria, porém quando o despachante aduaneiro foi realizar o desembaraço do último lote notou que estava danificado, informando as partes para as providências necessárias. Afirma ter provado que a mercadoria ingressou no armazém da ré em perfeito estado, e se tratava de vários lotes que estavam dentro do mesmo container e somente o último lote estava avariado por omissão da depositária. Assevera que a ré recebeu a mercadoria para ser depositada como "carga solta", por longo período de tempo, porém, no decorrer do depósito, a ré mudou a mercadoria de local e protegeu apenas com um plástico amarelo (fl. 528), retirando as capas protetoras de plástico de alguns tubos (fl. 561) e sem a proteção de plástico do invólucro (fl. 567). Ressalta que a ré reconhecia sua missão porque todos os outros lotes depositados e regularmente acondicionados foram objeto de nacionalização. Alega que a senhora Marta Cezar Leal foi ouvida como informante porque a contradita foi acolhida por amizade íntima e interesse na lide, porém a r. sentença baseou-se nos seus relatos classificando-a como testemunha. Diz que não há diferença de preço em local aberto ou fechado, ou pelo menos nunca lhe foi apresentado. Aduz que o magistrado de primeira instância inverteu o ônus da prova impondo à apelante a missão de comprovar

Acesso ao Sumário

que contratou o depósito da mercadoria em local fechado, contudo esse ônus é da ré, que ficou inerte. Argui que a avaria na mercadoria ocorreu por culpa e omissão da ré que não cumpriu com rigor sua obrigação, causando prejuízos que devem ser reparados. Pleiteia o provimento do recurso para reformar a r. sentença.

A ré apresentou contrarrazões a fls. 883/904.

É o relatório.

Inconformada com a improcedência da ação a autora interpôs apelação.

O recurso merece parcial provimento.

A autora ajuizou ação de indenização buscando a reparação pelos prejuízos sofridos em razão do armazenamento inadequado de mercadorias pela ré. Afirma que importou mercadoria da China que ao chegar ao Porto de Santos foi encaminhada para a ré realizar o depósito em seu pátio em São Bernardo do Campo, em 12/06/2012. Acrescenta que em março de 2015, ao dar início ao despacho de importação da carga, foi constatada avaria na mercadoria em razão do armazenamento inadequado.

A ré, por sua vez, contestou alegando prescrição e que não havia recomendação a respeito do tipo de armazenagem da mercadoria.

Foi realizada prova pericial, tendo o laudo sido apresentado a fls. 511/596.

Inicialmente, não há que se falar em prescrição, que foi interrompida com o ajuizamento da ação de protesto interruptivo de prescrição.

Trata-se de contrato de depósito firmado entre as partes, pelo qual a ré comprometeu-se a armazenar tubos de aço importados pela autora.

O art. 629 do Código civil dispõe que:

"O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante".

Desta forma, com o devido respeito ao entendimento adotado na r. sentença, é desnecessária a comprovação pela autora da especificação do local de armazenamento da mercadoria.

Isto porque, pelo contrato de depósito era dever da ré guardar e conservar a mercadoria depositada.

Assim, tendo conhecimento de que se tratava de tubos de aço, competia à ré armazenar a mercadoria de forma adequada, mantendo suas características originais a fim de evitar a oxidação ou outros danos.

Ocorre que o laudo pericial é enfático ao concluir que "*a corrosão verificada nos tubos foi provocada pelo armazenamento inadequado por parte da empresa-requerida, tendo em vista que ficaram expostos às intempéries em*

Acesso ao Sumário

seu terminal (pátio)" (fl. 583).

Restou caracterizada a má prestação do serviço pela ré, que deve reparar os prejuízos causados à autora.

A autora alega que os danos materiais sofridos abrangem a perda da carga, avaliada em US$81,082.80, e os lucros cessantes, que devem ser fixados por arbitramento.

Pode-se observar do laudo pericial, que a mercadoria ficou totalmente deteriorada e comprometida para o fim a que se destinava, devendo a ré reembolsar a autora pelo valor total da mercadoria perdida equivalente a US$81,082.80, com a cotação do dólar do dia 22/03/2012, data da chegada da mercadoria, de acordo com a Declaração de Importação de fl. 250.

Por outro lado, sem razão a autora no que se refere aos lucros cessantes porque não há prova alguma nos autos a respeito do que a autora teria deixado de ganhar. Além disso, não especificou a autora esses lucros, de modo que não há como ser acolhido o pedido.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para julgar a ação procedente em parte para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais à autora equivalente a US$81,082.80, com a cotação do dólar do dia 22/03/2012, incidindo correção, a partir de referida data, e após a conversão em moeda nacional, pela tabela prática do Tribunal de Justiça e juros de mora a partir da citação. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas processuais e com os honorários advocatícios da parte contrária fixados em R$5.000,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0038563-32.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante FRANCISCA EDINEIDE PEREIRA LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO SABESP.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.216)**

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

São Paulo, 11 de julho de 2018.

CARLOS RUSSO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DANOS EM PRÉDIO URBANO. Diversas avarias, sobretudo rachaduras, levando à interdição e posterior demolição de imóvel. Causalidade relacionada a vazamentos de água, de rede instalada pela ré. Abordagem reparatória. Juízo de improcedência. Apelo da autora. Provido, para julgar procedente a demanda.

VOTO

RELATÓRIO

Danos em prédio urbano, abordagem reparatória, juízo de improcedência (fls. 1.885/1.889), apela a autora, batendo-se pela inversão de resultado. Alega que serviços mal conduzidos pela ré, em rede de tubulação de água, gerando vazamentos, assim fez-se comprometer a segurança do imóvel da autora, com graves avarias.

Resposta recursal, a fls. 1.974/1.997.

Parecer de ilustre Procurador de Justiça, anotando vício procedimental, à falta de necessária intervenção do Ministério Público, desde a origem, no mérito pugna pelo provimento do recurso (fls. 225/230).

Julgamento convertido em diligência (fls. 2.278/2.280), sobrevindo perícia complementar (fls. 2.422/2.492), manifestaram-se as partes (fls. 2.498/2.694).

Ilustre Procurador de Justiça opina pelo provimento do recurso (fls. 2.711/2.713).

FUNDAMENTAÇÃO

Estudo complementar presidido por perito, nomeado pelo juízo da causa, tem-se a confirmação de que vazamentos, oriundos de canalizações gerenciadas pela ré, concorreram para desestabilizar imóvel da autora, produzindo avarias (fls. 2.422/2.492).

Às expressas, consignou o senhor perito que "***As trincas e rachaduras nas edificações da Viela Roxo foram observadas e registradas somente após os vazamentos em tubulações subterrâneas da Sabesp, isso no ano de 2009. (...) Fato é que, a empresa Sabesp implantou suas tubulações subterrâneas de abastecimento de água potável sobre o aterro composto de entulho e lixo local, sem antes ter realizado estudos técnicos, sondagens geotécnicas e ensaios tecnológicos de caracterização do solo, restando comprovado através dos documentos apresentados por ela própria, cujas datas não correspondem ao período que antecede a execução das obras de sua responsabilidade.***" (fl. 2.435).

Acesso ao Sumário

Seríssimo problema, com moradores expostos em área de risco, a abalar a estrutura das respectivas casas, a que teria concorrido vazamento de água (aqui, atribuído à incúria da ré, em trabalhos de instalação de rede de tubulação), sendo a autora uma das vítimas dessa situação, há que julgar procedente a demanda, e porque o imóvel da autora, interditado pela Defesa Civil, sobreveio demolido, o *quantum debeatur*, no plano do dano material, há que apurar em etapa de liquidação.

Ainda oportuno o registro de ponderada análise de ilustre Procurador de Justiça, à consideração da prova acrescida:

"***O trabalho do senhor perito judicial veio minucioso, amplamente fundamentado e ilustrado, para aportar na conclusão incisiva de que a ré Sabesp 'agiu de forma incorreta', implantando rede de abastecimento de água na região do imóvel da autora sem a indispensável investigação técnica das características e condições do terreno;***

Como fez claro o jusperito, sobrevieram vazamentos na rede da ré, que foram decisivos e cruciais para a eclosão e aceleração do processo de degradação do imóvel da autora (e de tantos outros adjacentes), a ponto de fazer necessária a sua desocupação e subsequente demolição. Tais 'vazamentos foram fundamentais' para a produção do resultado danoso, nas palavras do experto." (fl. 2.712).

Abalo psíquico ínsito à grave exposição, a que submetida a autora, a hipótese também legitima contrapartida por dano moral, aqui arbitrada à base de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com juros de um por cento ao mês e correção monetária, ambos da data deste julgamento (artigo 407, do Código Civil).

Efeito da sucumbência, as despesas processuais serão pagas pela ré, nessa rubrica honorária de patrono da autora, fixada em vinte por cento do valor da condenação, devidamente atualizada.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso, para julgar procedente a demanda, nos limites acima explicitados**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002455-02.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, é apelado JARAGUÁ EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

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 12.289)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLÁVIO CUNHA DA SILVA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 13 de julho de 2018.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de cobrança - Serviço de energia elétrica - Pretensão ao recebimento de multa contratual - Alegação de rescisão do contrato - Impossibilidade - Transferência de titularidade que não caracteriza a rescisão - Art. 70 §6ª da Resolução 714/2016 da ANEEL - Necessidade de observância do principio da boa fé contratual e da finalidade da penalidade ajustada - Sentença mantida - Honorários recursais - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso à r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança proposta pela apelante em face da apelada, adequando o pagamento das custas e honorários para cada qual (fls. 151/154).

Recorre a parte autora em busca da reforma da sentença (fls. 164/169).

Houve renuncia por parte do patrono da apelada, com o cumprimento do que determina o art. 112 do CPC (fls. 174/180).

Recurso regularmente processado sem resposta (fls. 183).

É o relatório.

Narra a inicial que a apelante firmou contrato de fornecimento de energia elétrica com a apelada e que, cumprida a sua obrigação, houve o inadimplemento das faturas, o que deu causa a rescisão contratual.

Afirma que o apelado deve-lhe a quantia relacionada à prestação do serviço e à multa rescisória, comando a quantia de R$46.906,35.

Em contestação (fls. 90/94), a ré/apelada trouxe que está em recuperação judicial e que a cobrança da multa rescisória é indevida porque na quantia de R$31.164,16 em face de faturas inadimplidas no valor de R$1,48, R$5.897,24 e 2.890,61, o que demonstra a desproporcionalidade da penalidade imposta.

Afirma que a relação é de consumo e que não deu o contrato por rescindido porque solicitou a transferência de titularidade.

Acesso ao Sumário

Houve réplica (fls. 111/122).

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial, afastando a multa rescisória (fls. 151/154).

Recorre a parte autora alegando que a multa rescisória é legal e está baseada na Resolução 414/2010 da ANEEL. Afirma que não foi atendida a disposição de comunicação previa da rescisão de 180 dias; que as cláusulas contratuais são claras e que não houve impugnação ao cálculo.

Pois bem.

Primeiramente, observo houve cumprimento do que determina o art. 112 do CPC por parte do patrono da apelada, sem constituição de novo advogado pela parte recorrida, seguindo-se o feito ao julgamento do recurso com base entendimento firmado no Tribunal Superior:

> **"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA AO MANDATO DEVIDAMENTE NOTIFICADA PELO CAUSÍDICO. INTIMAÇÃO DA PARTE PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO ADVOGADO. DESNECESSIDADE. 1. <u>É desnecessária a intimação da parte para que constitua novo advogado se comprovada a sua notificação pelo patrono que renunciou ao mandato</u>. Nesse sentido, confiram-se: AgInt nos EAREsp 510.287/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJe 27/03/2017; AgRg no AREsp 748.947/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 06/11/2015; REsp 1.696.916/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; e EDcl no AgInt no REsp 1.558.743/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 18/12/2017. 2. Agravo interno não provido." (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.646.025 - RJ (2016/0333373-0), Relator: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, j. 03/04/2018) (g.n.)**

No mérito, o recurso não deve prosperar.

É incontroverso nos autos que as partes mantem relação jurídica referente a prestação de serviços de energia elétrica. O que, ademais, foi comprovado nos autos (fls. 42/57).

A irresignação da apelante por meio deste recurso cinge-se ao afastamento, pela r. sentença, da multa rescisória constante do instrumento trazido aos autos.

O apelante fundamenta a exigibilidade da multa rescisória em infringência da clausula 12.7 do contrato em questão nos autos (fls. 51), que dispõe:

> "**Este Contrato deverá ser rescindido de pleno direito por ação da AES ELETROPAULO quando houver pedido de fornecimento de energia elétrica formulado por novo interessado, referente à**

Acesso ao Sumário

UNIDADE CONSUMIDORA de titularidade do CONTRATANTE."

E é incontroverso nos autos que o serviço prestado na unidade da apelada foi transferido. A apelada traz tal informação em sua contestação (fls. 92) e alega que, diante desta circunstancia, não houve rescisão do contrato, mas apenas transferência de titularidade.

A transferência à terceiro ainda foi comprovada nos autos (fls. 64/75).

Contudo, não há como se admitir a sua aplicação, mantendo-se a sentença conforme proferida.

Isto porque a Resolução 714/2010 dispõe que as formas de encerramento da relação contratual entre as partes se dá por:

I - solicitação do consumidor para encerramento da relação contratual; e (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

II - ação da distribuidora, quando houver solicitação de fornecimento formulado por novo interessado referente à mesma unidade consumidora, observados os requisitos previstos no art. 27. (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

A cláusula contratual é o reflexo de tal determinação, contudo, não corresponde ao cancelamento do contrato, mas mera alteração de titularidade, situações estas que não se confundem, devendo a cláusula contratual que prevê a multa ser interpretada com base nos princípios da boa-fé e da razoabilidade, tendo em mira também a sua finalidade.

Nessa esteira, é evidente que a sanção tem lugar para ressarcir a prestadora de serviço por prejuízos sofridos pela rescisão promovida pelo tomador do serviço. E assim deve ser entendido porque não pode a multa ser absolutamente infundada, sob pena de gerar o enriquecimento sem causa do apelante.

Diante desta circunstancia, havendo a mera transferência de titularidade, com a manutenção das condições do contrato, não há que se falar em multa.

Com efeito, o art. 70, § 6º, da Resolução nº 474/2010, com a redação dada pela Resolução nº 714, diz que "o encerramento da relação contratual não se aplica às solicitações de alteração de titularidade de contratos de unidades consumidoras do grupo A, desde que sejam mantidas as mesmas condições do contrato e haja acordo entre os consumidores mediante celebração de instrumento específico a ser apresentado à distribuidora no ato da solicitação".

Ora, se é assim, embora o dispositivo citado imponha algumas condições, verifica-se que o único escopo da regra é mesmo resguardar a prestadora do serviço público de quaisquer prejuízos decorrentes da rescisão, os quais, como dito, não estão configurados na espécie.

E é nesse sentido descabimento da multa quando há mera transferência de titularidade, conforme vem decidindo este Tribunal:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA

Acesso ao Sumário

ELÉTRICA - Ação de cobrança de multa por rescisão contratual, vez que não obedecido o prazo de 180 dias para comunicação da rescisão - Mera transferência de titularidade - Ausência de prejuízo à concessionária - Cláusula de cunho compensatório inserida no contrato, e que constitui prefixação pelas perdas e danos, ausentes no caso concreto - Inaplicabilidade da multa contratual prevista no art. 63 da Resolução n.º 414 da ANEEL - Sentença mantida, recurso improvido." (TJSP - 31ª Câmara de Direito Privado, Apelação n 1017693-15.2016.8.26.0100, Relator: Carlos Nunes, j. 06/02/2018);

"Prestação de serviço - Fornecimento de energia elétrica - Obrigação pessoal - Multa rescisória. 1. A obrigação pelo pagamento de serviço de fornecimento de energia elétrica é de caráter pessoal, ou seja, estabelece-se entre a fornecedora e o consumidor beneficiado. 2. A mera transferência de titularidade da instalação de energia elétrica não representa prejuízo à concessionária, não se cogitando da cobrança de multa pela rescisão contratual com o anterior contratante. Ação improcedente. Recurso improvido." (TJSP - 21ª Câmara de Direito Privado, Apelação n 1008427-07.2016.8.26.0002 , Relator: Itamar Gaino, j. 23/01/2017).

É o caso, portanto, de se manter hígida a r. sentença.

Por fim, diante do resultado deste recurso, nos termos do que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários fixados na r. sentença em favor do apelada para 11% do valor da atualizado da multa pretendida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024430-30.2016.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante E.O.S.O.M., é apelada J.A.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 29348)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COBRANÇA - Mútuo - Contrato verbal - Valores emprestados em razão de relacionamento entre as partes - Comprovada a transferência dos valores para a conta do requerido - Verossimilhança das alegações - Prova testemunhal - Valor não devolvido - Ônus da autora cumprido - Requerido que deixou de cumprir o seu ônus de desconstituir as alegações da autora nos termos do artigo 373, II do Código de Processo Civil - Depoimento pessoal e alegações feitas na defesa que trazem versões distintas dos fatos - Sentença mantida. Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por E.O.S.O.M. (fls. 124/127) contra r. sentença de fls. 118/121, proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Santo André, Dr. Edmundo Lellis Filho, que julgou procedente o pedido de cobrança deduzido por J.A.C. para condenar a apelante no pagamento de R$ 62.800,00, devidamente atualizada e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a data da constituição em mora.

Sustenta o apelante não ter realizado qualquer empréstimo com a apelada. Afirma que os valores transferidos foram dados em razão de relacionamento amoroso mantido entre as partes. Diz que os valores serviram para o apelante trocar o seu carro e para custear saídas do casal, uma vez que a apelada tinha melhor condição financeira e tinha vergonha de pagar. Refere que os depósitos foram efetuados por liberalidade. Destaca que em conversa a apelada disse que iria declarar o valor como doação. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 133/138.

É o relatório.

Recebo o recurso em seus regulares efeitos.

Não há arguição de intempestividade.

O apelante recolheu o preparo.

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

É incontroverso que as partes se conheceram em um *site* de relacionamentos pela *internet* e que iniciaram um relacionamento e, que em razão desta relação a autora transferiu a quantia de R$ 62.800,00 para uma conta bancária de titularidade do requerido, no dia 25/05/2015.

A controvérsia reside a que título foi feita a referida transferência do valor de R$ 62.800,00.

Acesso ao Sumário

O contrato foi verbal.

Afirma a autora ter emprestado o valor ao requerido, com promessa de devolução do valor no prazo de 01 ano.

O requerido, por sua vez, assevera ter recebido o valor de presente da autora, para troca de seu veículo e para custear as saídas do casal.

Pois bem.

Do conjunto probatório vê-se que a transferência do valor de R$ 62.800,00 pela autora ao requerido ocorreu mediante a realização de três depósitos, no curto período de 03 dias, conforme os comprovantes reunidos às fls. 14/16, fato que corrobora para a alegação de empréstimo.

Da declaração de renda da apelante referente ao ano de 2015, consta declarado o empréstimo ao requerido do valor ora em questão (fls. 77).

Reuniu, ainda, a autora as faturas de seu cartão de crédito demonstrando o pagamento de hotéis, restaurantes e presentes ao requerido no período do relacionamento (fls. 70/76). Fato que comprova que, diferentemente do alegado pelo requerido, ela custeava diretamente despesas do casal.

Ademais, a testemunha E.S.M., que até então desconhecia a autora, afirmou igualmente ter conhecido o requerido em um *site* de relacionamentos, ter lhe emprestado dinheiro o qual até o momento não foi devolvido, fato que indica possível conduta reiterada do requerido.

Nestas circunstâncias, entendo verossímeis as alegações da autora, que cumpriu adequadamente o seu ônus de comprovar o empréstimo realizado ao requerido.

O requerido, por seu turno, deixou de comprovar os fatos desconstitutivos do direito da autora, nos termos do artigo 373, II do Código de Processo Civil.

Em sua contestação assevera o requerido ter recebido os valores como doação, em razão de relacionamento amoroso, para poder trocar o seu veículo, bem como, para poder custear as despesas com saídas do casal.

No entanto, não comprova a troca do veículo e tampouco tenha arcado com qualquer despesa com saídas do casal. E para tanto, bastava reunir faturas de seu cartão de crédito.

Ademais, em seu depoimento pessoal, o requerido apresenta versão distinta da defesa e assevera que os valores eram para pagamento pelos serviços prestados como '*personal trainer*' e para custear as despesas do casal.

O depósito feito de uma só vez pela autora, igualmente contraria a versão do requerido, posto que tais despesas se prolongam no tempo, sendo razoável que a autora transferisse os valores gradualmente.

Por fim, das mensagens reunidas aos autos, de nenhuma é possível extrair que os valores foram um presente ou uma doação. Vê- se agradecimento pela

Acesso ao Sumário

ajuda, o que reforça a tese de empréstimo do valor (fls. 46/61).

Assim, como registrado pelo magistrado:

"*Não se desconhece que, durante relacionamentos amorosos, seja habitual que um ou outro dos parceiros custeie gastos para o casal ou para o outro. Não obstante, não há prova nos autos de que os gastos efetuados pela autora a tenham beneficiado nem de que ela tenha renunciado ao recebimento do que emprestou.*

Nesse contexto, eventual assistência pessoal e profissional ao requerido não é suficiente a demonstrar que os depósitos foram feitos por liberalidade, com o intuito de doação, não de empréstimo. A intenção da autora de receber as quantias de volta não ficou descaracterizada, de modo que de rigor a procedência dos pleitos".

Logo, sem reparos à r. sentença.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e, em aplicação ao prescrito pelo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios para 12% (dezessete por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033950-87.2017.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.Y.S.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado P. - P.A.I.M.I. S/S LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.103)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Prestação de serviços de agenciamento matrimonial. Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução das quantias pagas, indenização por danos morais e liminar para suspensão de pagamentos. Procedência parcial, apenas para declarar rescindida a avença e inexigíveis

Acesso ao Sumário

as parcelas devidas para a manutenção do contrato vencidas a partir da citação.

Restituição das quantias pagas. Finalidade do contrato atendido. Descumprimento contratual não verificada. Restituição indevida.

Dano moral. Ausência. Descumprimento contratual, sequer verificado, que até a distribuição da ação não se mostrou duradouro e que não é apto a causar no homem médio aflições de espírito capazes de ultrapassar os contornos do mero aborrecimento.

Devolução de fotografias e documentos utilizados para a identificação do perfil da contratante. Cabimento, diante da rescisão contratual.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Contratante de serviços de agenciamento matrimonial apela da respeitável sentença de fls. 110/112, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução das quantias pagas, indenização por danos morais e liminar para suspensão de pagamentos por ela movida em face da empresa contratada.

A apelante sustenta, em síntese, que a apelada prometeu o serviço de aproximação de candidatos ao casamento mas, não obstante o curto espaço de tempo, percebeu que havia sido enganada, porque o único candidato que lhe fora apresentado, na verdade, era amigo do funcionário dela. Relata que dentre o perfil escolhido indicou homens solteiros e sem filhos que tivessem a intenção de casar, com o fim de constituir família, e o segundo candidato não estava dentro dos padrões exigidos, especialmente o interesse em se casar, sem contar o fato de ser divorciado e ter filhos. Alega que a apelada não agiu com a boa-fé esperada ao contratar, tendo em vista a impossibilidade dela cumprir o contratado desde a celebração do negócio, porque não possuía o número de candidatos prometido. Insiste na devolução dos valores pagos, bem como de todos os documentos, fotografias, questionários, e testes realizados, que se destinavam ao conhecimento de sua personalidade. Assevera ser presumido o dano moral, decorrente do engodo sofrido. Aduz que a apelada, aproveitando-se de sua fragilidade, induziu-a a contratar um serviço que não tinha condições de entregar. Pugna pelo acolhimento integral dos pedidos deduzidos na inicial,

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

Reclama a promovente a rescisão do contrato de prestação de serviços

Acesso ao Sumário

de agenciamento matrimonial, a restituição dos valores pagos, de todos os documentos existentes na agência relacionados à sua pessoa, bem como a condenação da ré no pagamento de indenização pelos danos morais sofridos, tendo em vista o não cumprimento do pactuado e a total impossibilidade de entrega dos serviços prometidos pela ré.

A ré, por sua vez, afirma o adimplemento contratual, sem infração de nenhuma norma prevista no Código de Defesa do Consumidor, pugnando pela improcedência da demanda.

Inicialmente, imperioso observar que a relação jurídica havida entre as partes é de consumo, sujeitando-se, portanto, às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O contrato celebrado pelas litigantes previu expressamente que:

"6.1 O preço dos serviços ora ajustado é de R$ 3.700,00 (TRES MIL E SETECENTOS REAIS) QUE SERÃO PAGOS DA SEGUINTE FORMA:

À vista

...

6.2 - A quantia constante da cláusula 6.1 refere-se apenas aos gastos que a CONTRATADA terá para realização de cadastros, entrevistas, testes, despesas administrativas de inclusão de dados, etc.

6.3 - Para manutenção do contrato, o qual incluíra envio de correspondências, telefonemas, telegramas e outras despesas necessárias para o cumprimento do contrato, o (a) CONTRATANTE deverá efetuar o pagamento da mensalidade, no importe de R$ 270,00 (DUZENTOS E SETENTA REAIS), os quais serão corrigidos ..." (fls. 18).

Analisando a avença, ainda que à luz dos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor, não se identifica abusividade que importasse em nulidade do compromisso financeiro assumido pela consumidora, o que sequer foi requerido, e que pudesse justificar o afastamento do princípio do *pacta sunt servanda*.

A ré afirma ter prestado esses serviços iniciais de realização de cadastro, de entrevistas e testes, o que não é negado pela autora.

Ademais, como restou assentado na r. sentença recorrida:

"... consoante se verifica dos próprios e-mails acostados à inicial (fls. 34/45), foi-lhe indicado mais de um candidato, os quais foram em sua maioria recusados pela autora. Ou seja, pela prova produzida nos autos, verifica-se que de fato houve a apresentação de pretendentes pela ré, não havendo, por esse fato, a alegada falha na prestação do serviço.

Também não se verifica o descumprimento contratual pela ré quanto ao único candidato no qual a autora manifestou interesse de conhecer. Com efeito, o fato do candidato não ter interesse em casamento ou em ter filhos não caracteriza o descumprimento do contrato pela ré, até porque

Acesso ao Sumário

impossível obrigação nesse sentido. De toda forma, a ré apresentou candidato que também manifestou interesse na autora, atendendo, assim, a finalidade do contrato" (fls. 111).

Pelas razões acima expostas, não há como acolher o pleito relativo à devolução de todas as quantias pagas, restando mantida a r. sentença quanto à declaração de inexigibilidade tão somente das parcelas devidas para a manutenção do contrato e vencidas após a citação.

Vale lembrar que a boa-fé é presumida, competindo à parte que alega má-fé produzir prova de sua alegação. E, diante da presunção de boa-fé, não há que se falar em inversão do ônus da prova para atribuir à ré a incumbência de provar que não agiu de má-fé.

No que tange ao pleito indenizatório, a r. sentença recorrida não comporta qualquer reparo, pois não se vislumbra no caso concreto o emprego de meio vexatório ou qualquer outra atitude da demandada apta a causar à demandante aflição de espírito passível de reparação.

Como bem assinalou a r. sentença, embora a recorrente sustente ter sido vítima engodo e que a contratada não teria como cumprir com o acordado, **"tais interesses (casar e ter filhos) não são puramente objetivos, decerto dependem da pessoa com a qual se está se relacionando, se há ou não vontade de, com aquela pessoa, constituir família, não se podendo afirmar, da prova colhida nos autos, que o aludido pretendente não manifestou tais interesses com relação à autora ou se, de fato, não tinha qualquer interesse em tais projetos de vida, projetos esses que podem surgir ou não no decorrer de qualquer relacionamento. Pessoas mudam de ideia, sonhos mudam de acordo com o momento da vida.**

No presente caso, verifica-se que o objeto do contrato celebrado entre as partes era o de aproximar pessoas com perfis e interesses compatíveis e não de garantir a concretização de matrimônio, filhos, objeto que foi cumprido, visto que a ré enviou possíveis candidatos, os quais foram rejeitados pela autora porque não declaravam de plano intenção de casamento e filhos, o que não se mostra razoável exigir, destacando-se que não há qualquer cláusula nesse sentido" (fls. 111).

Acesso ao Sumário

Sem contar o fato de o contrato ter sido celebrado em 3 de outubro de 2017 e a presente demanda ter sido ajuizada em 8 de novembro, ou seja, passados pouco mais de 30 dias apenas da assinatura da avença.

Ressalta-se que eventual inadimplemento contratual, o que não se verifica no caso concreto, tampouco teriam o condão de desencadear tormentos psicológicos em um indivíduo cuja sensibilidade enquadra-se no padrão do homem médio, acarretando apenas dissabor comum aos dias cotidianos, incapaz de desencadear obrigação de indenizar.

Não obstante, diante da rescisão do contrato e do pedido expressamente

formulado pela autora, a devolução de fotografias, questionários, testes e demais documentos que se destinavam ao conhecimento da personalidade da apelante impõe-se como medida de rigor.

Conclusivamente, a parcial reforma da sentença impõe-se, apenas para acrescentar a obrigação de devolução dos documentos relativos à autora que ainda estão em poder da ré, ficando mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para os fins acima indicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005350-79.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante MARCELO DE SOUZA CASTILHO, é apelada ROSELI CARDOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7001)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 23 de julho de 2018.

TERCIO PIRES, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Corretagem. Aproximação e alcance de resultado útil evidenciados. Arrependimento posterior a não comprometer a remuneração da profissional - artigo 725 do Código Civil. Culpa da corretora não demonstrada. Restituição indevida. Sentença preservada. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Insurreição apresentada por Marcelo de Souza Castilho em recurso de apelação extraído destes autos de ação indenizatória por danos materiais e morais que move em face de Roseli Cardoso; observa reclamar reforma a respeitável sentença em folhas 95/97 - que assentou a improcedência da inaugural - por indevida a comissão de corretagem, e isso à conta do cancelamento do contrato de

Acesso ao Sumário

compra-e-venda; acresce incabível a comissão, ainda, porque não concretizado o negócio à conta da desistência do comprador.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 106/107), registrada a oferta de contrarrazões (fls. 110/117).

É, em síntese, o necessário.

Cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais; diz o autor que a compra-e-venda do imóvel de sua propriedade fora simulada pela corretora para o fim de receber comissão; destaca que o comprador não contava condições financeiras para a compra da coisa, razão pela qual o negócio não restou consumado; pede, na esteira, a restituição da comissão desembolsada, além de indenização por danos morais.

A respeitável sentença guerreada trouxe assentada a improcedência da inaugural nos seguintes termos: "*[...] Na hipótese, o distrato posterior não afeta o direito à corretagem, porque já havia sido realizado o negócio (resultado útil). Assim, a prestação dos serviços de corretagem se aperfeiçoou com a conclusão da transação imobiliária, sendo irrelevante posterior distrato pelas razões expostas pelo autor, uma vez que a efetivação dos serviços de corretagem já estava realizada antes de eventual desfazimento do contrato. É isso que se extrai do aludido art. 725, do Código Civil, acima transcrito. [...] Por fim, não foi comprovada a alegada simulação do compromisso de venda e compra do imóvel, uma vez que o comprador, Sr. Robson, foi ouvido em audiência e declarou que tinha intenção de comprar o terreno e pediu mais 20 dias para dar a entrada; segundo a testemunha, como o autor não concordou com esse prazo, o negócio não deu certo (fls. 86). A testemunha também esclareceu porque não foi encontrada pelo autor, pois, dois ou três meses após a assinatura do contrato, se mudou (fls. 87). Assim, a prova oral demonstrou que a desistência do negócio ocorreu por causa estranha à atividade do corretor, não tendo sido comprovada qualquer conduta ilícita por parte da requerida. Destarte, de rigor a improcedência do pedido do autor. Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE a ação. Arcará o autor com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.*" (fls. 95/96).

A irresignação não comporta abrigo; as razões recursais não carrearam qualquer fato novo; enxergo acertado o desfecho de improcedência emprestado.

Cabe lembrar que a função do corretor é a de aproximar as partes e intermediar a concretização do negócio; alcançado o objetivo e em havendo prova de que o sucesso da negociação se deu em razão de sua atuação, devida a respectiva comissão, ainda que posteriormente não se efetive por arrependimento das partes - art. 725 do Código Civil.

Os contratantes, "in casu", assinaram "*instrumento particular de*

Acesso ao Sumário

compromisso de venda e compra de imóvel residencial urbano" (fls. 19/24); nele restou pactuado que o vendedor/requerente pagaria à suplicada comissão no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais); o negócio, portanto, acabou aperfeiçoado, ainda que ao depois rescindido pelas partes.

Malgrado agite o autor simulação voltada ao alcance de remuneração indevida, de se ver que não fizera prova bastante, como lhe cumpria, da apontada conduta, tampouco de que tenha sido induzido a erro na celebração do negócio, de modo que outra conclusão não calha senão a de que devida, deveras, a comissão, posto que o arrependimento posterior, alheio à atividade da corretora, não a compromete - artigo 725 do Código Civil.

Veja-se, nesse sentido, "mutatis mutandis": "*CORRETAGEM - Ação de cobrança - Compromisso de compra e venda de imóvel - Comprovada a aproximação entre as partes - Irrelevante a ocorrência de distrato - Art. 725 do Código Civil - Corretagem devida - Valor ajustado em contrato. Recurso provido. [...] Arrependimento, que difere da desistência, quando o negócio ainda não foi formalizado, podendo as partes desistirem até mesmo momentos antes da assinatura do contrato, posto que não foi atingido o resultado útil. Contudo, no caso o contrato foi formalizado, tendo sido atingido o resultado útil, com posterior arrependimento. Ademais não há no contrato qualquer menção à existência de eventual condição resolutiva ou suspensiva para o aperfeiçoamento do negócio jurídico, não tendo os réus se desincumbido de comprovar a sua existência, como lhes cabia.*" (Apelação n. 1005347-60.2015.8.26.0005, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira, j. 06.03.2017).

E ainda: "*APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - CORRETAGEM - CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL - Cláusula prevendo que em caso de arrependimento arcaria com a remuneração pela corretagem a parte que desse causa ao desfazimento do negócio - ARREPENDIMENTO - PROVA DE EFETIVA ATUAÇÃO DA AUTORA, QUE POSSIBILITOU A APROXIMAÇÃO ÚTIL DAS PARTES - DIREITO À COMISSÃO PRESENTE - Os elementos dos autos permitem alcançar a convicção de que a autora promoveu a aproximação das partes e que de sua atuação resultou a realização do negócio, daí advém o reconhecimento de seu direito ao recebimento da comissão respectiva - ÔNUS DA PROVA - A ré não logrou comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, ônus que lhe incumbia - Insubsistência da alegação de vício de consentimento e fraude do termo de compromisso - Recurso provido.*"

(Apelação nº 0050164-04.2010.8.26.0071, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 11/09/2014).

Impõe-se, em derradeiro, por preservado o resultado chancelado na

Acesso ao Sumário

origem, a majoração dos honorários sucumbenciais de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §11º, do CPC/15.

É tudo.

Nega-se, pois, nesses termos, pelo meu voto, provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024824-37.2016.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante HOSPITAL VETERINÁRIO DR. HATO LTDA., são apelados EDMILSON GALES (JUSTIÇA GRATUITA) e ELISABETE MIRANDA GARCIA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.004)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), MARIO A. SILVEIRA e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AÇÃO E PEDIDO RECONVENCIONAL PARCIALMENTE PROCEDENTES - IMPEDIMENTO DE LIBERAÇÃO DO ANIMAL INTERNADO EM HOSPITAL VETERINÁRIO EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO - RETENÇÃO DO ANIMAL POR FALTA DE PAGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - DANO MORAL CONFIGURADO - VALOR INDENIZATÓRIO REDUZIDO - SENTENÇA MODIFICADA - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de dar cumulada com pedido de indenização

por danos morais, acolhida em parte pela r. sentença de fls. 255/259, para reconhecer que a dívida dos autores com o réu abrange tão somente o período de 08 a 12.10.2016, excluindo-se do relatório de fls. 117 os gastos dos demais dias e condenar o réu ao pagamento ao autor o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), a título de indenização por danos morais, acolhida em parte a reconvenção para condenar os autores a pagar ao réu a quantia devida pelo atendimento veterinário realizado no período de 08 a 12.10.2016, que será apurado em liquidação de sentença, cujo relatório fica aqui incorporado.

Inconformada com a solução adotada recorre a ré ***Hospital Veterinário*** (fls. 262/273).

Alega, em suma, ausência de prova de retenção ou qualquer resistência quanto à transferência do animal. Afirma, ainda, que a obrigação do médico veterinário é de meio e que não tem cabimento a indenização imposta. Subsidiariamente, pugna pela redução da condenação e reconhecimento da litigância de má-fé.

Recurso regularmente processado, com contrariedade a fls. 278/287.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Pelos fatos narrados nos autos, os Apelados levaram seu cão, já com idade avançada, ao hospital veterinário requerido, local em que foi internado, o qual não foi liberado em razão da impossibilidade de quitação do débito hospitalar.

Consta da autorização de internação (fls. 86/87) na cláusula VI: "***O responsável arcará com todos os custos decorrentes na internação (diária, exames laboratoriais e de imagem, transfusão sanguínea, procedimentos cirúrgicos e diagnósticos, consultas de especialistas, entre outros). O animal somente será liberado mediante o pagamento de todas as despesas, as quais deverão ser quitadas em espécie ou cartão de débito ou crédito. NÃO ACEITAMOS CHEQUES.***"

Sendo assim, como bem asseverou o juízo, em que pese as demais provas, de fato a cachorra foi retida por falta de pagamento, o que é inadmissível, uma vez que eventuais débitos poderiam ter sido questionados pelos meios legais cabíveis, dentre os quais não se insere a retenção do animal.

Por outro lado, durante a internação o animal veio a óbito, contudo não restou demonstrada a responsabilidade da ré, resultante de qualquer conduta eivada de imperícia ou da realização de algum procedimento sem a devida cautela, capaz de acarretar a morte do animal.

No mais, quanto ao questionamento acerca da existência do dano moral, no caso em debate, não subsiste dúvida de que os mesmos restam caracterizados em razão das consequências evidentes e a abrupta alteração da rotina de vida dos demandantes, representando a reparação do dano uma forma de, no mínimo,

Acesso ao Sumário

mitigar tal sofrimento.

Não se pode considerar os fatos narrados pelos Autores como meros aborrecimentos ou dissabores, restando patente o prejuízo de natureza extrapatrimonial consistente no evidente abalo psicológico suportado pela privação da companhia do animal nos seus últimos dias de vida diante do inadimplemento.

Dessa forma, reconhecido o dano moral, cabe ao magistrado a fixação do *quantum* indenizável dentro dos limites da razoabilidade e atendendo as circunstâncias do caso concreto, bem como considerando as condições econômicas das partes.

O valor de indenização possui finalidade reparatória, mas não pode, em razão de seu excessivo valor, configurar enriquecimento ilícito capaz de tornar o evento danoso em um acontecimento lucrativo.

Ademais, o valor arbitrado deve servir como desestímulo à conduta negligente e imprudente do responsável pelo dano.

Por fim, na fixação do valor da indenização por danos morais, devem ser consideradas as circunstâncias da causa, o grau de culpa, bem como as condições socioeconômicas do ofendido.

Diante de tais considerações, com fundamento na razoabilidade e de acordo com as decisões recentes acerca do assunto, entendo que o valor de indenização deve ser reduzido ao patamar de R$5.000,00 (cinco mil reais), pois se mostra condizente com o dano experimentado.

Dessa forma, dou parcial provimento à apelação, somente para reduzir o valor indenizatório para R$5.000,000 (cinco mil reais), mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e judiciosos fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009063-41.2016.8.26.0529, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é apelante ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A, é apelado PEDRO GARAUDE NETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 09.491)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), RUY COPPOLA e KIOITSI

CHICUTA.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: SEGURO DE AUTOMÓVEL - Acidente de trânsito - Ação indenizatória acolhida - Indenização securitária negada administrativamente, em virtude do motorista do veículo segurado dirigir, na ocasião do evento, sob efeito de álcool - Recusa ao teste do etilômetro - Nexo causal entre o evento e a ingestão de bebida alcoólica - Perda de direção e colisão com muro e capotamento - Imprudência caracterizada e risco agravado - Incidência de cláusula de exclusão de cobertura, respaldada no art. 768 do Código Civil - Sentença reformada - Improcedência decretada - Recurso provido.

VOTO

Sentença de fl. 349/54 acolheu ação indenizatória proposta para recebimento de valor de seguro de automóvel, em razão de danos havidos em acidente de trânsito e condenou a ré ao pagamento de R$ 77.653,00, atualizada desde agosto de 2016, com juros a contar da citação, abatido o valor de R$ 28.000,00, relativo ao apurado com a venda dos salvados, despesas processuais e honorários de advogado de 10% sobre o valor da condenação.

Na apelação apresentada, pretende-se a inversão do resultado, ao fundamento de que, com a recusa de se submeter ao exame de alcoolemia, o condutor do veículo segurado foi autuado por dirigir sob efeito de álcool, diante do odor que exalava de seu hálito. Argumenta que na apólice contratada consta exclusão expressa de cobertura para o caso do condutor do veículo segurado estar sob efeito de álcool. O veículo estava sendo dirigido com excessiva velocidade, tudo a demonstrar o agravamento do risco e consequente perda de direito à indenização, causas determinantes do acidente sofrido. Subsidiariamente, pretende que a indenização seja limitada ao valor praticado pela tabela FIPE à época do acidente, com atualização monetária a contar do ajuizamento da ação, com devolução dos salvados.

Recurso tempestivo, preparado e contrariado.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

O apelo comporta provimento.

O pedido indenizatório tem origem em um acidente de trânsito, ocorrido

Acesso ao Sumário

na av. Castelo Branco, altura do cruzamento com a rua dos Italianos, nesta Capital, em 20.8.2016, às 22:00 horas, ocasião em que o veículo segurado pela Ré, conduzido por Vinicius Soares de Alencar, sem motivo aparente provado, mas com alegação de que o que o precedia parou bruscamente, forçando-o a também frear, quando em razão do estado da pista perdera o controle de direção e, após colidir contra um muro de proteção, veio a capotar.

A seguradora negou cobertura ao evento (fl. 61), invocando a cláusula 5.6, das Condições Gerais do Contrato de Seguro, que restringem o direito do segurado se "o veículo estava sendo dirigido, utilizado e/ou manobrado por pessoa que esteja sob efeito de álcool, drogas, entorpecentes, medicamentos que restrinjam a condução de veículos, quando da ocorrência do sinistro, desde que caracterizado o nexo causal. Essa hipótese se aplica a qualquer pessoa que estiver conduzindo o veículo, com ou sem consentimento do segurado".

No boletim de ocorrência (fl. 41/3), consta que:

> "Condutor/vítima Vinícius, não portava a CNH e recusou-se a submeter teste de etilometro, foi autuado nos Ais 0561202 - cond. Veíc. s/ porte obrigatório 'CNH' e 0561205 - Recusar-se a se submeter a qualquer Proc. Prev. No Cap. Do art. 277 do CTB".

Na petição inicial o autor afirmou que Vinícius, condutor do veículo, não se negou a realizar o teste etilômetro, porque estava em estado de choque e "solicitou ao Policial Militar que aguardasse o mesmo se reestabelecer do choque e estado emocional que se encontrava, porém, o Policial Militar, sem qualquer comunicado de concordância ou não com a solicitação, mencionou de forma equivocada e ilícita, que o condutor do veículo segurado havia se recusado a realização do mencionado exame, encerrando a ocorrência e deixando o local dos fatos, antes mesmo dos envolvidos no sinistro" (fl. 9).

Mas esta alegação não encontra respaldo algum na prova produzida.

Na ocorrência policial, por ser documento público, tem presunção de veracidade constou que, por estar conduzindo o veículo sob efeito de álcool, o condutor foi autuado no art. 277, **§ 3º**, do CTB, regra segundo a qual:

> Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.
>
> **§ 3º.** Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Não bastasse, a negativa da realização do exame do etilômetro não

Acesso ao Sumário

pode aproveitar a quem dela se beneficia (art. 231 do Código Civil) e induz à presunção de embriaguez, como tem consoante entendido o STJ, no julgamento do AREsp 835.689, em 20.9.2016, o Min. Marco Buzzii, ao mencionar: "o apelante se recusou a fornecer sangue para exame de dosagem alcoólica e a realizar o teste de bafômetro, restando presumida a sua embriaguez. Ora foi o próprio autor quem deixou de produzir prova hábil a refutar a presunção de veracidade que milita em favor do boletim policial [...] a embriaguez representa fator preponderante de agravamento do risco de acidente, pois os reflexos do motorista ficam comprometidos, tanto assim que a conduta foi tipificada como crime pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro".

E, deste entendimento, esta Corte não diverge:

EMENTA: Seguro de veículo - Ingestão de bebida alcoólica pelo condutor do automóvel segurado constatada por boletim policial - Negativa à submissão a teste de bafômetro e exame hematológico - Presunção de embriaguez não refutada - Descumprimento de cláusula contratual e norma legal - Agravamento intencional do risco configurado - Indenização indevida - Apelo improvido.

(TJSP, Apel. nº 0001709-37.2013.8.26.0383, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vianna Cotrim, j. 31.3.2016)

De igual modo, nada comprovou o autor quanto ao suposto veículo que teria freado repentinamente à frente do veículo, causando a perda do controle de embate contra um muro e posterior capotamento. A apreciação das provas produzidas nos autos conduz à conclusão de que a embriaguez do condutor do veículo segurado foi fator preponderante para a ocorrência do acidente. Nada indica o contrário.

E vamos convir que não é comum, na condução de veículo automotor, o seu motorista acabar por projetá-lo contra um muro. O nexo entre o estado da embriaguez e o dano está evidenciado.

Houve, portanto, infração à cláusula contratual que exclui de cobertura acidente sofrido sobre efeito do álcool, o que dá respaldo à aplicação do disposto no art. 768 do Código Civil, evidenciado o agravamento de risco.

Neste Tribunal tem sido este, também, o entendimento sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou improcedente ação de cobrança. Seguro de veículo. Condutor que apresentava estado de embriaguez no momento da ocorrência do sinistro. Agravamento intencional do risco. Indenização indevida. Aplicação do artigo 768 do Código Civil. Sentença mantida.

(TJSP, Apel. nº 0029399-69.2012.8.26.0482, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mario A. Silveira, j. 23.5.2016)

Também neste sentido o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). EMBARGOS À EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. **SEGURO**. **ACIDENTE** DE **TRÂNSITO**. **EMBRIAGUEZ** DO SEGURADO. CONDIÇÃO DETERMINANTE DO SINISTRO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. ORIENTAÇÃO PRETORIANA SEDIMENTADA. SÚMULA 83/STJ. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E CONTRATUAL DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp nº 638641-SP, 3ª. Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverіano, j. 3.5.2016).

Por estas razões, meu voto dá provimento ao recurso, para reformar a r. sentença, julgando improcedente a ação, condenado o apelado nas despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 12% do valor corrigido dado à causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012553-97.2016.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante STUDIO FORD VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., são apelados OSCAR VIEIRA e FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSOS PROVIDOS V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.923)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), FLAVIO ABRAMOVICI e AZUMA NISHI.

São Paulo, 27 de julho de 2018.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Compra de veículo automotor zero quilômetro da marca Ford, modelo EDGE, no dia 31 de dezembro de 2013, pelo preço

de R$ 146.200,00. Consumidor demandante que alega prejuízo material e moral decorrente de má prestação de serviços por parte das demandadas durante o período de quatro (4) meses, quando o veículo apresentou defeitos e foi submetido a reparos, com idas e vindas à Oficinas Autorizadas da Concessionária entre 08 de janeiro a 08 de abril de 2016. Fabricante e Concessionária demandadas que contestam a pretensão argumentando que o consumidor não suportou qualquer prejuízo material ou moral, inclusive porque foi fornecido a ele veículo reserva nos períodos de paralisação. SENTENÇA de parcial procedência para condenar as rés a pagar para o autor indenização moral de R$ 10.000,00, com correção monetária desde o sentenciamento pelos índices adotados pela Tabela Prática mais juros de mora a contar do trânsito em julgado pela taxa de um por cento (1%) ao mês, arcando as rés com as custas processuais e os honorários advocatícios, que foram arbitrados em quinze por cento (15%) do valor da condenação. APELAÇÃO da corré Ford Motor, que insiste na improcedência sob a argumentação de que houve a necessidade de importação de peças de "*baixo giro*", invocando o artigo 18, §2º, do CDC e ressaltando o fornecimento de veículo reserva durante as paralisações para reparo sem qualquer custo, pugnando subsidiariamente pela redução do valor arbitrado. APELAÇÃO da corré Studio Ford, que insiste na preliminar de ilegitimidade passiva, pugnando quanto ao mérito pela total improcedência ante a regular prestação do serviço com o fornecimento de veículo reserva ao consumidor no período, com pedido subsidiário de redução do valor arbitrado. EXAME DOS RECURSOS: Preliminar de ilegitimidade passiva corretamente rejeitada, porque ambas as rés integram a cadeia de fornecedores do veículo ao consumidor demandante, "*ex vi*" do artigo 18, "*caput*", do Código de Defesa do Consumidor. Veículo que apresenta defeitos após dois (2) anos de utilização pelo consumidor, que deixa o veículo na Oficina autorizada das Fornecedoras no

Acesso ao Sumário

dia 08 de janeiro de 2016, fazendo a retirada no dia 12 de fevereiro seguinte, mas que volta à Concessionária dois (2) dias depois ante o ressurgimento do defeito, onde o veículo permanece até o dia 04 de março, retornando ainda para a Oficina no dia 07 seguinte dada a apresentação de vazamento de óleo, sendo que quando da retirada no dia 11 do mesmo mês de março, o veículo passou a apresentar barulho na roda dianteira esquerda e foi outra vez levado à Oficina autorizada das rés no dia 21 de março, onde permaneceu até o dia 08 de abril de 2016, quando finalmente foi retirado com o conserto eficiente. Falha na prestação dos serviços durante o período dos reparos no veículo do autor, atribuída às rés, não configurada. Consumidor que foi regularmente atendido com a reparação eficaz dos vícios apresentados no veículo sem qualquer custo por parte das Fornecedoras. Substituição de peças de "*baixo giro*", que exigiu importação na fase de reparos, com a disponibilização de veículo reserva ao consumidor durante o período de paralisação do veículo adquirido das rés. Pretensão de reembolso proporcional ao período de paralisação do veículo, em relação ao desembolso com IPVA e DPVAT além do valor do Seguro, que se mostra descabida, mormente porque o consumidor não fez qualquer desembolso para o conserto do veículo adquirido das rés e a ele foi disponibilizado um veículo reserva durante o conserto. Padecimento moral indenizável não configurado. Dissabor que não passou da esfera do mero aborrecimento, transtorno ou percalço do cotidiano, sem abalo à personalidade ou à honra do consumidor demandante. Verbas sucumbenciais que devem ser arcadas pelo autor, arbitrada a honorária devida aos Patronos das rés na quantia correspondente a dez por cento (10%) do valor atualizado da causa, "*ex vi*" do artigo 85, §2º, do CPC de 2015. Sentença reformada. RECURSOS PROVIDOS.

VOTO

Vistos.

A MM. Juíza "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*":

"*... Julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar as rés ao pagamento de R$10.000,00, monetariamente corrigida desde a publicação da presente sentença, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, incidindo-se juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado. Tendo o autor decaído minimamente de sua pretensão, os réus arcarão com a totalidade das custas e com honorários advocatícios, que arbitro em 15% da condenação.*" ("*sic*", fls. 133/135).

A sentença foi proferida no dia 07 de novembro de 2016, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

Ambas as rés apelam.

A Fabricante insiste na improcedência sob a argumentação de que foi necessária a importação de peças de "*baixo giro*", invocando o artigo 18, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, ressaltando o fornecimento de veículo reserva ao consumidor durante as paralisações para reparo sem qualquer custo, pugnando subsidiariamente pela redução do valor arbitrado (fls.138/155).

A Concessionária Studio Ford insiste na preliminar de ilegitimidade passiva, pugnando quanto ao mérito pela total improcedência ante a regular prestação do serviço com o fornecimento de veículo reserva ao consumidor no período, com pedido subsidiário de redução do valor arbitrado (fls. 159/167).

Anotados os Recursos (fl. 158 e 169), o autor e a corré Ford apresentaram contrarrazões (fls.172/178 e 179/186). Após, os autos subiram para o reexame (fl. 188).

É o **relatório**, adotado o de fls. 133/134.

Conforme já relatado, a MM. Juíza "*a quo*" julgou procedente a Ação, decidindo "*in verbis*": *Julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar as rés ao pagamento de R$10.000,00, monetariamente corrigida desde a publicação da presente sentença, de acordo com a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, incidindo-se juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado. Tendo o autor decaído minimamente de sua pretensão, os réus arcarão com a totalidade das custas e com honorários advocatícios, que arbitro em 15% da condenação.* (fls. 133/135).

As Apelações foram apresentadas e processadas sob a égide do Código de Processo Civil de 2015 e comportam conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade no tocante (v. artigo 1.011, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015).

Ao que se colhe dos autos, o autor, ora apelado, adquiriu da Loja de Revenda Studio Ford, o veículo automotor zero quilômetro da marca Ford, modelo EDGE, no dia **31 de dezembro de 2013**, pelo preço de R$ 146.200,00. Consta que o autor utilizou regularmente o veículo observando as revisões recomendadas, mas após dois (2) anos de uso, o veículo passou a apresentar

Acesso ao Sumário

defeitos, tendo sido levado à Oficina autorizada da ré para o conserto no dia 08 de janeiro de 2016, com retirada no dia 12 de fevereiro seguinte. Consta ainda que o autor foi compelido a voltar à Oficina autorizada das rés dois (2) dias depois ante o ressurgimento do defeito, onde o veículo permaneceu até o dia 04 de março seguinte, retornando ainda à Oficina no dia 07 seguinte em razão de vazamento de óleo, sendo que quando da retirada no dia 11 do mesmo mês de março, o veículo passou a apresentar barulho na roda dianteira esquerda e foi outra vez levado à Oficina autorizada das rés no dia 21 de março, onde permaneceu até o dia 08 de abril de 2016, quando finalmente foi retirado com o conserto eficiente. Consta outrossim que quando do segundo retorno à Oficina das rés, o autor providenciou a lavratura de um Boletim de Ocorrência, relatando que o veículo somente seria liberado no prazo de trinta (30) dias, mas na verdade a devolução ocorreu no dia 04 de março de 2016 (v. fls. 20/42).

Malgrado o r. entendimento da MM. Juíza "*a quo*", os Recursos devem prosperar.

Impõe-se observar de início que a relação contratual em causa tem natureza de consumo e, por isso mesmo, está sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor para a facilitação da defesa, determinando a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável a essa parte hipossuficiente e coibindo aquelas que estabeleçam desvantagem exagerada em benefício do Fornecedor (v. artigos 6º, inciso VIII, 47 e 51 da Lei nº 8.078/90).

A preliminar de ilegitimidade passiva não havia mesmo de ser acolhida, porque ambas as rés integram a cadeia de fornecedores do veículo ao consumidor demandante, "*ex vi*" do artigo 18, "*caput*", do Código de Defesa do Consumidor ("*Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas*").

No que tange ao mérito, a prova documental que instrui os autos é suficiente e convincente na revelação de que o autor, ora apelado, adquiriu efetivamente da Concessionária ré, o veículo marca Ford, modelo EDGE, no dia **31 de dezembro de 2013**, pelo preço de R$ 146.200,00 (v. fl. 20), bem ainda de que dois (2) anos após o regular uso com observância das revisões recomendadas, o veículo passou a apresentar defeitos, exigindo ao longo do período, que foi de 08 de janeiro a 08 de abril de 2016, cinco (5) idas e vindas à Oficina autorizada das rés para o conserto, que restou eficaz após a última retirada por parte do autor (fls. 20/42). Essa prova revela ainda que as rés, na

Acesso ao Sumário

condição de Fornecedoras, sempre disponibilizaram um veículo reserva ao autor durante os dias de retenção do veículo dele na Oficina para o conserto solicitado (v. fls. 31 e 36).

É mesmo possível inferir da prova documental, no seu conjunto, que não houve falha das rés na prestação dos serviços em causa ao autor durante o período dos reparos no veículo por ele adquirido no dia **31 de dezembro de 2013**, que apresentou os alegados vícios após dois (2) anos de uso. A relativa demora foi sempre justificada, mormente considerando que o consumidor não fez qualquer desembolso para o conserto do veículo adquirido das rés, além da disponibilização de veículo reserva durante as paralisações para o conserto dos defeitos surgidos durante o período de 08 de janeiro a 08 de abril de 2016.

Demais, a prova revela também que houve necessidade de substituição de peças de "*baixo giro*", que exigiu importação na fase de reparos, não se vislumbrando nessa circunstância afronta à previsão contida no artigo 32, "*caput*", do Código de Defesa do Consumidor ("*Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto*").

Também não se vislumbra cabível a pretensão de indenização material em relação ao desembolso com IPVA e DPVAT além do valor do Seguro, proporcionalmente ao período abrangente das paralisações do veículo na Oficina para os consertos solicitados. Conforme já adiantado, o autor não fez qualquer desembolso para o conserto do veículo adquirido das rés e a ele foi disponibilizado um veículo reserva durante essas paralisações dentro do período que foi de 08 de janeiro a 08 de abril de 2016.

Tampouco se mostra cabível no caso vertente a pretensão de indenização por dano moral deduzida pelo autor na petição inicial. E isso porque não se pode elevar à categoria de dano moral indenizável o mero aborrecimento, transtorno ou percalço do cotidiano, sem abalo à personalidade ou à honra do consumidor demandante. Já se viu, ele foi regularmente atendido pelas rés na Oficina autorizada, com a reparação eficiente dos defeitos apresentados pelo veículo Ford delas adquirido após dois (2) anos da aquisição. Não há, no caso dos autos, elementos seguros de convicção para autorizar essa indenização, sob pena de prestígio ao enriquecimento sem causa.

Assim, os Recursos devem mesmo prosperar, respondendo o autor pelas verbas sucumbenciais.

A propósito, eis a Jurisprudência:

4006225-71.2013.8.26.0079

Classe/Assunto: Apelação/Evicção ou Vicio Redibitório

Relator(a): Mourão Neto

Comarca: Botucatu

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 20/09/2016

Data de publicação: 27/09/2016

Data de registro: 27/09/2016

Ementa: Civil. Bem móvel. Compra e venda de veículo. Ação de reparação de danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Pretensão à reforma manifestada pelo autor. Agravo retido interposto pela vendedora não reiterado nos termos do artigo 523, caput e § 1º, do CPC. Alegação de vício que torna o bem impróprio às suas finalidades. Veículo adquirido na qualidade de "zero quilômetro", tendo sido encaminhado por duas vezes à concessionária para conserto, porquanto apresentou problemas de funcionamento. Prova pericial técnica que não evidencia o propalado vício. Verificação, por outro lado, de que, embora esgotado o prazo de trinta dias previsto no § 1º do artigo 18 do CDC, foi fornecido ao consumidor um veículo reserva. Improcedência do pedido de substituição do produto, ou então, de devolução do valor pago pelo consumidor. Demais danos materiais não comprovados. Entendimento de que o mero aborrecimento gerado pelo descumprimento contratual não implica, ordinariamente, dano moral. Do exame da causa de pedir, in casu, não se extrai nenhuma ofensa a direito de personalidade. Sucumbência mantida, a teor do disposto nos artigos 85 e 98, §§ 2º e 3º, do novo Código de Processo Civil. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO E APELAÇÃO DESPROVIDA.

0014089-92.2013.8.26.0577

Classe/Assunto: Apelação/Compra e Venda

Relator(a): Walter Cesar Exner

Comarca: São José dos Campos

Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 10/11/2016

Data de publicação: 10/11/2016

Data de registro: 10/11/2016

Ementa: Compra e venda. Ação de abatimento de preço e indenização. Atraso na entrega de veículo reserva, bem como na devolução do veículo adquirido com vício sanado. Danos materiais não comprovados. Honorários advocatícios contratuais. Não cabimento. Dano moral. Inocorrência. Meros dissabores inerentes à vida cotidiana. Sentença mantida. Recurso improvido.

0113388-91.2008.8.26.0100

Classe/Assunto: Apelação/Indenização por Dano Moral

Relator(a): Silvério da Silva

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 17/09/2014

Data de publicação: 22/09/2014

Data de registro: 22/09/2014

Ementa: Apelação. Resolução de Negócio Jurídico c.c. Restituição de Valores Pagos e Indenização por danos Materiais e Morais. Aquisição de veículo novo com vício, sem solução dos problemas mecânicos apresentados. Impossibilidade de utilização do veículo nos períodos em que ficava na concessionária na busca de reparo aos problemas. Procedência em parte. Apelo da autora para fixação de danos morais. O mero inadimplemento contratual não dá ensejo a reparação por danos morais, pois se trata de dissabor que não atinge a personalidade ou a honra da autora. Além disso, o veículo se prestou aos fins a que se destinava, ou seja, a locomoção da autora, ainda que com o barulho incômodo, e no período em que ficou mais tempo sem o veículo, foi-lhe fornecido veículo reserva. Quanto ao recurso da ré, o valor de reparação por danos materiais no importe de 10% do valor do veículo foi fixado de acordo com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade e atentando-se ao defeito no veículo, e não fica adstrito ao laudo pericial. Sentença mantida. Recursos improvidos.

Impõe-se, pois, o acolhimento dos Recursos para julgar-se improcedente a Ação, arcando o autor com o pagamento das custas e despesas processuais, além da verba honorária que é arbitrada em quantia correspondente a dez por cento (10%) do valor atualizado da causa, "*ex vi*" do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Diante do exposto, dá-se provimento aos Recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001365-58.2016.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que são apelantes COMERCIAL SÃO JORGE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO e ECOSTART IND. E COM. E IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE BICILETAS LTDA. EPP, é apelado FRANCISCO DE ASSIS RODRIGUES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.740)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de agosto de 2018.
GILBERTO LEME, Relator

Ementa: DIREITO CIVIL. BEM MÓVEL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BICICLETA ELÉTRICA. ALEGAÇÃO DE VÍCIO REDIBITÓRIO. PRAZO DECADENCIAL PARA RECLAMAÇÃO DE VÍCIO OCULTO. ART. 26, INC II E § 3.º DO CDC. INEXISTÊNCIA DE DECURSO DO PRAZO. MÉRITO. DEFEITO EM BATERIA. ELEMENTO ESSENCIAL PARA FUNCIONAMENTO DO PRODUTO. RESCISÃO DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. Em caso de existência de vícios ocultos em bem durável, o prazo decadencial é de noventa dias contados do momento em que ficam evidenciados ou do término da execução dos serviços, ficando a decadência obstada pela reclamação comprovada do consumidor junto ao fornecedor (CDC, art. 26, inc. II, §§ 2.º e 3.º). O simples inadimplemento contratual ou prejuízo econômico não configuram dano moral porque não agridem a dignidade humana. Reparação moral afastada. Recursos parcialmente providos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença de fls. 259/263, que julgou parcialmente os pedidos formulados pelo autor em ação declaratória de nulidade c.c. indenização por danos morais para declarar rescindido o contrato de compra e venda de bem móvel (bicicleta elétrica), condenando as requeridas, solidariamente, a ressarcirem ao autor o valor de R$ 1.800,00, devidamente corrigidos desde a data da compra e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação, além de indenização por danos morais estimadas em R$ 1.500,00 a ser atualizada desde o arbitramento e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Em razão da sucumbência recíproca as partes foram condenadas a pagar metade das custas e despesas processuais, além de honorários de R$ 1.000,00 para cada patrono da parte adversa, observada a gratuidade processual que beneficia o autor.

Acesso ao Sumário

A corré Comercial São Jorge recorre alegando que deve ser reconhecida a prescrição porquanto no manual do produto consta a garantia de 90 dias a contar da nota fiscal de compra, tendo sido ultrapassado referido lapso quando do ajuizamento da demanda. Argumenta, ainda, que houve a decadência do direito, porquanto a resposta à reclamação formulada na via administrativa pelo autor foi dada pela empresa em 23 de dezembro de 2012, iniciando-se a partir de então o prazo decadencial indicado no artigo 26, II e § 2º, I do CDC a partir de então, de forma que a ação deveria ter sido proposta em março de 2016 e não em junho do mesmo ano. Quanto às demais questões de mérito, afirma que o autor não deixou a bicicleta em loja autorizada para conserto, mas a abandonou em uma "bicicletaria", fez a reclamação junto à apelante após decorrido o prazo de garantia, de forma que foi orientado a procurar a fabricante, retirou componente do produto por sua conta e risco, não havendo como afirmar se esta atitude não prejudicou outros componentes interligados, o que é possível por ser a bicicleta elétrica, além do que não há prova de que o autor realizou as cargas necessárias dentro do que está especificado no manual de instruções. Assim, impugna a rescisão do contrato e devolução do valor pago pelo consumidor. Entende, outrossim, que não há dano moral a ser indenizado, requerendo, alternativamente, a redução no valor arbitrado.

A outra ré, por sua vez, também entende que foi ultrapassado o prazo de garantia, de forma que não há dever de ressarcimento, que o autor deixou a bicicleta para conserto em local sem qualificação técnica para o conserto e que não se há de falar em rescisão do contrato quando bastava a troca do componente com defeito para a solução do problema. Pugna, ainda, que seja afastada a indenização por danos morais, não comprovados nos autos.

Recursos tempestivos, preparados e respondidos.

É o relatório.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 26, que "o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis; II - 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis. § 3.º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito."

Caduca, pois, o direito de reclamar pelos vícios ocultos de produtos duráveis em noventa dias, contados do momento em que ficarem evidenciados. "A regra, lida apressadamente, - explica ANTÔNIO HERMEN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN - não oferece dificuldade: uma vez que se manifeste o vício oculto, a partir daí flui o prazo fatal do consumidor para manifestar sua insatisfação. Tudo visto desta forma parece simples. Mas não é." (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, págs. 133/134, Saraiva, 1991)

Acesso ao Sumário

De fato, preferiu o legislador deixar que o prazo de garantia padrão, de trinta ou noventa dias, conforme se trate de produtos não-duráveis ou duráveis, passe a correr do momento em que o vício se manifeste. Mas a manifestação há de dar-se dentro de determinado período, variável de acordo com o produto, pois, quanto mais próximo se ache ele do término da sua vida útil, mais difícil será para o consumidor demonstrar que o vício é de origem e não decorre do desgaste normal pelo uso. Daí utilizar-se o juiz de dois critérios: o primeiro diz com a comprovação de que o vício seja anterior ao fornecimento; o segundo, com a vida útil do produto, prestando-se a estabelecer uma presunção de anterioridade do vício quando ele se manifestar em produtos novos ou ainda na primeira metade da sua vida útil (cf. ANTÔNIO HERMEN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, obra cit., págs. 134/136).

Ou então deve o prazo decadencial ser contado a partir do momento da revelação dos defeitos dentro do prazo contratual de garantia do produto, determinado pelo fornecedor (cf. ZELMO DENARI, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, pág. 187, Forense Univ., 1.997).

Consigna-se que o adquirente de coisa viciada tem dois caminhos processuais para reclamar sobre a coisa adquirida com defeito: a ação redibitória, pela qual é rejeitada a coisa, com a rescisão do contrato e a devolução do preço pago; e a estimatória, ou *quanti minores*, em que se pretende tão somente a redução ou abatimento do preço, mantendo-se a propriedade do bem (art. 442 do CC/02).

Entretanto, uma terceira via é permitida, ou seja, em vez de qualquer uma das mencionadas demandas, é admitido pedido alternativo em que o adquirente exige a simples reparação. Nesse tipo de ação indenizatória incide o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3.º, inc. V, do CC, que é de três anos.

Pois bem. No caso em tela, segundo se infere das provas colacionadas aos autos, o autor adquiriu perante a primeira ré (Comercial São Jorge) uma bicicleta elétrica no valor de R$ 1.800,00, sendo que, nos primeiros meses de uso, o produto parou por falha na bateria elétrica, que estava sob a garantia do fabricante, tendo o consumidor efetivado reclamação na loja sem a devida solução do problema. Em razão do fato de que ficou impossibilitado de usar produto adquirido para transporte de sua casa ao trabalho, por vício oculto não solucionado, o que fez o consumidor perder seu interesse em permanecer com o bem, ajuizou a presente ação em face da loja e da fabricante do produto com o objetivo de rescindir a compra e venda, receber a devolução em dobro do preço pago e indenização por danos morais equivalente a dez salários mínimos.

Acesso ao Sumário

Assim, tratando-se de ação redibitória, não se há de falar em prescrição, mas em decadência, como já foi explanado acima, e, quanto a ter ou não decorrido o prazo decadencial indicado no artigo 26, § 3º do nCPC, qual seja,

90 dias a contar da ciência do vício, a filha do autor, ainda que ouvida como mera informante, atestou que a bicicleta deixou de funcionar um ou dois meses após o uso.

Há prova documental, ainda, no sentido de que a loja teria recebido uma reclamação, na medida em que enviou uma resposta ao consumidor registrando "ainda não tenho retorno do seu caso", não havendo menção de que já tivesse sido ultrapassado o prazo de noventa dias a partir da aquisição do produto (prazo de garantia da fabricante), não bastasse o fato de que o prazo decadencial foi interrompido a contar da reclamação e não se iniciou novamente a contar do referido e-mail, como sustentam as rés, uma vez que tal documento não indica recusa na solução do problema, mas expectativa de que seria solucionado no futuro, permanecendo o prazo decadencial interrompido.

Quanto às demais questões de mérito, a bicicleta não foi deixada pelo autor em uma bicicletaria para conserto, mas para estacionamento em razão de não estar funcionando, sendo que se verifica do letreiro da loja (fotografia de fls. 208) que presta o referido serviço e tal fato foi comprovado pelo testemunho do dono do estabelecimento.

O fato de ter sido retirado o banco também não indica relação com o não funcionamento da bateria elétrica, além de ter ocorrido após ela ter parado de funcionar.

Quanto à alegação de que o produto não foi levado a uma assistência técnica credenciada para conserto, a bateria em uma bicicleta elétrica é essencial ao seu funcionamento, de forma que o consumidor pode optar pelo imediato desfazimento do negócio, nos termos do § 3º do artigo 18 do CDC, como fez.

Assim, adquirido bem com defeito poderia, como fez o autor, manifestar sua intenção em rescindir o contrato e receber o dinheiro de volta, o que foi deferido pela r. sentença, ainda que não em dobro, como pretendido pelo demandante.

Têm razão as rés, contudo, quando impugnam a reparação por danos morais.

Quanto ao pedido de indenização a título de dano moral, estabelece a Constituição Federal como um dos fundamentos da República, que se constitui em Estado Democrático de Direito, "a dignidade da pessoa humana" (artigo 1.º, inciso III).

Com isso, "temos hoje - anota SÉRGIO CAVALIERI FILHO - o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade -

Acesso ao Sumário

todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Pois bem, dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu art. 5, inc. V e X, a plena reparação do dano moral." (Visão Constitucional do Dano Moral apud Cidadania e Justiça vol. 6, pág. 206, publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB)

No entanto, "se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo - prossegue o magistrado fluminense - qualquer contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento, sob pena de ensejar a sua banalização. Só pode ser considerada como tal - conclui - a agressão que atinja o sentimento pessoal de dignidade, que, fugindo à normalidade, cause sofrimento, vexame e humilhação intensos, alteração do equilíbrio psicológico do indivíduo, duradoura perturbação emocional, tendo-se por paradigma não o homem frio e insensível, tampouco o de extrema sensibilidade, mas sim a sensibilidade ético-social comum." (*ibidem*)

"Com efeito - assentou este Tribunal de Justiça -, não cabem no rótulo de 'dano moral' os transtornos, aborrecimentos ou contratempos que sofre o homem no seu dia-a-dia, absolutamente normais na vida de qualquer um." (RT 711/107)

Na hipótese dos autos, o transtorno causado ao autor cuida-se de dissabor do cotidiano, indevidamente experimentado, é correto, mas sem a magnitude emprestada por ele.

Nessa linha de raciocínio já se manifestou esta Egr. Corte por intermédio do Eminente Desembargador Ruy Coppola no voto n.º 6.815, proferido no julgamento da Apelação com Revisão n.º 742.620-0/1, *in verbis*:

"Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.

Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.

Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.

Ou seja, não basta, *ad exemplum*, um passageiro alegar ter sido ofendido moralmente, em razão do extravio de sua bagagem, ou do atraso no vôo, em viagem de férias que fazia, se todas as circunstâncias demonstram que tais fatos não o molestaram nem foram suficientes para atingir um daqueles sentimentos

Acesso ao Sumário

d'alma.

A só devolução de um cheque pela instituição financeira ou o protesto de um título de crédito já pago nem sempre tem força suficiente para denegrir a imagem de uma empresa ou para ofender sua honra objetiva, enodoando seu prestígio perante o público."

Remata-se com a consideração de que o simples inadimplemento contratual ou prejuízo econômico não configuram dano moral porque não agridem a dignidade humana, como assentou o Egr. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela voz do Desembargador Décio Antônio Erpen: "A prevalecer a tese de que sempre que houver mora ou qualquer contratempo num contrato, haveria o dano moral respectivo, estaríamos gerando uma verdadeira indústria dessas ações. Em breve teríamos um tribunal para decidir causas, e um tribunal especializado, talvez denominado 'tribunal do dano moral'. A vida vai ser insuportável. O direito existe para viabilizar a vida, e a vingar a tese generosa do dano moral sempre que houver contratempo, vai culminar em truncá-la, mercê de uma criação artificiosa. Num acidente de trânsito haverá dano material, sempre seguido do moral. No atraso do vôo haverá a tarifa, mas o dano moral será maior. Nessa nave do dano moral em praticamente todas as relações humanas, não pretendo embarcar. Vamos atingir os namoros desfeitos, as separações, os atrasos nos pagamentos. Ou seja, a vida a serviço dos profissionais do direito. Se a segurança jurídica também é valor supremo do direito, devemos pôr em prática mecanismo tal que simplifique a vida, sem se estar gerando um estado generalizado de neurose do suspense." (*apud* SÉRGIO CALIELI FILHO, artigo mencionado)

Assim, pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos não configuram dano moral.

Pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos apenas para afastar a indenização por danos morais, mantida, no mais, a r. sentença. Por força do disposto no artigo 85, § 11 do NCPC, elevo nesta sede recursal o valor devido pelo autor ao patrono de cada ré para mais R$ 500,00, com correção monetária a partir desta decisão pelos índices da tabela prática deste Egr. Tribunal e juros de mora de 1% ao mês, contados do trânsito em julgado, sem prejuízo do pagamento dos honorários advocatícios de R$ 1.000,00 para cada, já fixados em primeiro grau, estes atualizados pelos mesmos índices desde a data da sentença (art. 85, §§ 11 e 16, NCPC). No entanto, quanto a este tópico, a maioria dos integrantes desta Câmara considera que os honorários advocatícios de ambos os patronos, agora montando R$ 1.500,00, devem ser atualizados a partir desta data, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês do trânsito em julgado. Passo então a assim votar, ressalvado o meu entendimento. O patrono da autora também fará jus a mais R$ 500,00, com as ressalvas acima no que diz respeito aos critérios de atualização.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000510-81.2018.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante MELISSA ZANARDO LOUZADA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado IRMÃOS FREDI LTDA.

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 18909)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLÁVIO CUNHA DA SILVA (Presidente) e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 27 de julho de 2018.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - Nota promissória - Ausência de outorga uxória - Título cambial autônomo, abstrato e literal, regido por leis especiais - Prevalência das normas relativas ao aval, estabelecidas no Decreto n. 2.044/1908 e na LUG - Expressa disposição do art. 903 do Código Civil - Incidência da norma do art. 1.647, III, do Código Civil limitada aos avais prestados em títulos inominados regrados pelo diploma civilista, excluídos os títulos nominados regulados por leis especiais - Incabível a anulação do aval, sendo somente necessário que se proteja a meação do cônjuge em relação aos bens comuns, já que são casados sob o regime da comunhão parcial de bens - Sentença mantida - Honorários advocatícios sucumbenciais majorados para 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §11 do CPC, observadas as normas relativas à justiça gratuita - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 64/71, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 25.04.2018, que, em ação anulatória de aval com pedido de tutela de evidência, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a parte autora ao pagamento das

Acesso ao Sumário

custas, despesas processuais e verba honorária, esta fixada em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §2º do Código de Processo Civil, sem prejuízo das regras de isenções previstas no art. 98 do Código de Processo Civil.

Apelou a autora às fls. 74/92, requerendo a modificação do julgado, ao fundamento, em síntese, de que o Juízo *a quo* decidiu *contra legem*, pois, nos termos do art. 1.647, III, do Código Civil, é necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada, exceto sob o regime de separação absoluta de bens. Afirma que o Código Civil dispõe que nenhum dos cônjuges pode prestar fiança ou aval sem o consentimento expresso do outro, sendo anulável o ato praticado sem a devida autorização, e inequívoca a vontade do legislador de proteger o patrimônio comum e preservar sua solidez em prol da segurança da entidade familiar. Assevera que não há, nem mesmo na Lei Uniforme de Genebra, previsão legal expressa para a dispensa da outorga conjugal. Aduz que a regra do Código Civil deve prevalecer, diante da igualdade hierárquica com tratado internacional, sendo capaz de revogar o tratado anterior. Alega que não recebeu a nota promissória como uma operação de crédito, mas sim de risco, pois foi emitida em garantia e não circulou, o que retira sua autonomia e, consequentemente, sua natureza cambial.

Recurso tempestivo, sem preparo em razão da concessão da justiça gratuita e respondido (fls. 96/106).

É o relatório.

2.- Cuida-se de ação anulatória de aval, por meio da qual a autora pretende a anulação do aval prestado por Nivaldo Pedro da Silva na nota promissória subscrita por Maria Ferreira da Silva ME, no valor de R$46.205,00 (quarenta e seis mil, duzentos e cinco reais), ao fundamento de ausência de outorga uxória, excluindo-se o nome do avalista Nivaldo do polo passivo do processo de execução nº 0012509-63.2009.826.0481 e, por consequência, reconhecendo a extinção da respectiva execução de honorários sucumbenciais proposta nos próprios autos.

A r. sentença foi proferida nos seguintes termos:

"(...)

Julgo o processo no estado em que se encontra, não havendo necessidade de dilação probatória (art. 355, inc. I, do Código de Processo Civil).

Acrescento que 'a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado' (STF - RE 101.171-8-SP).

Passo a análise da preliminar.

Conforme dispõe o artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, o processo será extinto, sem a resolução do mérito, quando não concorrer

quaisquer das condições da ação, como a *legitimidade das partes e o interesse processual*.

Por sua vez, o *interesse de agir* pode ser definido como a *necessidade* do autor em ingressar em juízo para ver sua pretensão resistida satisfeita, utilizando para tanto a via *adequada* para a tutela jurisdicional por meio do Poder Judiciário.

Sobre o assunto, Humberto Theodoro Junior, citando Alfredo Buzaid, considera: '*o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto*'.

Acrescenta: 'Essa **necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão** (o direito de que nos afirmamos titulares) (citando José Arruda Alvim Netto, CPC Comentado, v. I, p.318)'.

Neste contexto, insta consignar que a requerente é casada com o avalista do título de crédito sob o regime de comunhão parcial de bens, regime este que possui influência direta nos bens adquiridos na constância do casamento, o que, em decorrência da cobrança da dívida avalizada pode incorrer em diminuição de seu patrimônio.

Por tal motivo, **REJEITO** a preliminar.

No mérito, o pedido é **IMPROCEDENTE**.

No Direito Brasileiro, o instituto cambiário vem regulado, juntamente com o Código Civil, no Decreto nº 2.044/1908; Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/1966); 29 a 31, da Lei nº 7.357/1985 (Lei do Cheque); e 12, da Lei nº 5.474/68 (Lei de Duplicatas), lembrando que se aplicam aos demais títulos de crédito existentes os dispositivos sobre emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio.

O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

De maneira geral, denominam-se títulos de crédito os papéis representativos de uma obrigação e emitidos de conformidade com a legislação específica de cada tipo ou espécie.

A definição mais corrente para título de crédito, é a de que se trata de documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado.

(...)

Com relação ao aval, trata-se de um negócio jurídico unilateral, não se tratando então de contrato, formal e simples; por meio do qual o avalista assume a posição de garante do pagamento de um título de crédito, equiparando sua responsabilidade a de um dos coobrigados existentes.

Desta forma, cabe salientar que a obrigação do pagamento é objetiva, ou

seja, o avalista não está garantindo que o devedor vai pagar e sim que o título será pago, haja o que houver.

Ainda acerca do aval, este por se tratar de meio de garantia do pagamento de dívida, nos casos em que é prestado por pessoa casada, exige-se a autorização expressa do cônjuge para a sua realização, sob pena de insurgir em nulidade da garantia dada. Trata-se de regra expressamente prevista no art. 1.647, III do Código Civil.

Assim, em regra, nenhum dos cônjuges, salvo se casados no regime da separação absoluta dos bens, pode prestar fiança ou aval sem a outorga uxória ou autorização marital.

In tela, a requerente demonstra que seu marido prestou aval em título de crédito que possui como credor o requerido. Tal título de crédito refere-se à nota promissória no valor de R$ 46.205,00 (quarenta e seis mil, duzentos e cinco reais) com vencimento em 20/8/2009, sendo ela ainda objeto de ação de execução nos autos do processo nº. 0012509-63.2009.8.26.0481 que tramita perante este vara.

(...)

Ocorre que o tema tratado nos autos refere-se a título de crédito que possui legislação própria e como é sabido, o Código Civil é somente utilizado como norteador das regras referente a títulos de crédito subsidiariamente, ou seja, somente nos casos de omissão na lei que rege o título. De modo sumário, *é norma de aplicação supletiva, que se destinam a suprir lacunas em regramentos jurídicos específicos*.

No caso em comento, verificado que o título de crédito avalizado possui legislação própria, qual seja, Decreto nº. 2.044/1908. Desta forma, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou e assentou que é válido o aval dado como garantia em título de crédito sem que haja a outorga uxória (RESP 1526560/MG).

Tal conclusão relativiza a regra trazida no artigo 1.647, III, do Código Civil, que estabelece que '*nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança ou aval*'.

De acordo com o ministro Paulo Tarso Sanseverino a continuidade de submissão da validade do aval à outorga do cônjuge comprometeria a capacidade de circulação garantida aos títulos de crédito e afetaria, por extensão, a sua aceitação no mercado, ressaltando que 'acaso mantida a orientação de que a ausência de outorga marital ou uxória do cônjuge do avalista anula, integralmente, o aval, os títulos circulando e aqueles porventura a serem ainda emitidos terão indisfarçável decesso de segurança e de atratividade, pois poderá vir a ser reduzida a garantia expressa na cártula e consubstanciada nos avais concedidos aos devedores principais, com a sua eventual declaração de nulidade.'

(...)

Desta forma, a aplicação da regra do artigo 1.647 do Código Civil mais

Acesso ao Sumário

se adequa às características do aval como instituto cambiário com aplicação restrita aos avais prestados nos títulos regidos pelo próprio Código Civil, que são títulos atípicos; não alcançando assim os títulos de créditos nominados, que são regidos por leis especiais que não preveem a necessidade de outorga uxória ou marital.

Assim, incabível a anulação do aval, sendo somente necessário que se proteja a meação do cônjuge em relação aos bens comuns, já que são casados sob o regime da comunhão parcial de bens.

(...)"

De fato, o art. 903 do Código Civil é expresso em reconhecer a aplicação subsidiária das normas do diploma civil aos títulos de crédito regulados por leis especiais:

Art. 903. Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.

Também de acordo com o art. 31 da LUG, o aval considera-se como resultante da simples assinatura do avalista aposta na face anterior da letra, de modo que condicionar sua eficácia a evento futuro e incerto resultaria em impor entraves à circulação do título de crédito, que é sua função original.

A propósito, o C. Superior Tribunal de justiça já se manifestou no sentido de que:

"(...)

Assim, a interpretação do art. 1647, inciso III, do CCB que mais se concilia com o instituto cambiário do aval e, pois, às peculiaridades dos títulos de crédito é aquela em que as disposições contidas no referido dispositivo hão de se aplicar aos avais prestados nos títulos de crédito regidos pelo próprio Código Civil (atípicos), não se aplicando aos títulos de crédito nominados (típicos) regrados pelas leis especiais, que, atentas às características do direito cambiário, não prevêem semelhante disposição, pelo contrário, estabelecem a sua independência e autonomia em relação aos negócios subjacentes.

O Decreto-Lei 2.044/08, ao dispor acerca dos requisitos do aval, assevera, no art. 14, que para a sua validade: 'é suficiente a simples assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, no verso ou no anverso da letra.'

Este o teor do dispositivo:

Art. 14. O pagamento de uma letra de câmbio, independente do aceite e do endosso, pode ser garantido por aval. Para a validade do aval, é suficiente a simples assinatura do próprio punho do avalista ou do mandatário especial, no verso ou no anverso da letra.

A mesma disciplina teve o cheque, mediante a lei 7.357/85, nos arts. 30 e 31:

Art. 30 O aval é lançado no cheque ou na folha de alongamento. Exprime-

Acesso ao Sumário

se pelas palavras 'por aval', ou fórmula equivalente, com a assinatura do avalista. Considera-se como resultante da simples assinatura do avalista, aposta no anverso do cheque, salvo quando se tratar da assinatura do emitente.

Art. 31 O avalista se obriga da mesma maneira que o avalizado. Subsiste sua obrigação, ainda que nula a por ele garantida, salvo se a nulidade resultar de vício de forma. Assim, merece ser mantido o acórdão recorrido, que, na espécie, afastou o pedido de declaração de nulidade do aval, protegendo, apenas, a meação do cônjuge em relação aos bens comuns, já que casados sob regime da comunhão parcial.

Inexiste, com efeito, afronta às disposições normativas dos arts. 1647, III, e 1649 do CCB.

(...)"[1]

Também este E. Tribunal de Justiça, em voto de relatoria do E. Desembargador Walter Fonseca, no julgamento do recurso de Apelação nº 1020148-39.2015.8.26.0309, bem elucida a questão:

"(...)

Além disso, a outorga uxória prevista no Código Civil constitui norma geral de eficácia limitada, sendo destinada aos títulos cambiais não previstos em legislação específica, na forma do art. 903 do Código Civil.

No caso presente, a legislação aplicável é a Lei Uniforme da Convenção de Genebra em matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 57.663/66, ainda em vigor, e aplicável às notas promissórias por força de seu art. 77, que não exige a outorga uxória na prestação do aval."[2]

Portanto, merece ser mantida a r. sentença de improcedência do pedido inicial, por seus próprios fundamentos, posto que lançada com correção.

Diante do disposto no art. 85, parágrafo 11 do CPC, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais para 15% sobre o valor da causa, observados os parâmetros do parágrafo 2º do mesmo dispositivo, bem como as normas concernentes à gratuidade de justiça.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002646-67.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MAPFRE

1 REsp 1526560/MG, Órgão julgador T3 - TERCEIRA TURMA, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. em 16.03.2017, Dje 16.05.2017.

2 11ª Câmara de Direito Privado, v.u., j. em 24 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

VERA CRUZ SEGURADORA S/A e BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS, é apelado GT REPARAÇÃO AUTOMOBILISTICA LTDA.

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 22051)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), BONILHA FILHO e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 7 de agosto de 2018.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E BEM MÓVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - NOTAS FISCAIS EMITIDAS COM REAJUSTE DE PEÇAS - "SURRECTIO" - Caracterização - RESSARCIMENTO DE PERÍODO DE GUARDA DE VEÍCULO COM PERDA TOTAL - Necessidade - SENTENÇA MANTIDA - Art. 252 do RITJSP - Aplicabilidade. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A sentença, de fls. 295/299, pôs fim **à ação de cobrança** que **GT Reparação Automobilística Ltda**. aforou contra **Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A** e **Brasil Veículos Companhia de Seguros**, com o seguinte ***decisum***:

> Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação promovida por GT REPARAÇÃO AUTOMOBILÍSTICA LTDA. em face de MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A e BRASIL VEÍCULOS COMPANHIA DE SEGUROS, para condenar as rés solidariamente nos seguintes termos:
>
> (i) pagamento das diferenças apontadas na inicial e na réplica (letras "a" a "j", fls. 04/05). O valor de cada diferença será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da última citação, 17.2.2017) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir da emissão de cada nota fiscal ou orçamento sem quitação integral). A AUTORA DEVERÁ APRESENTAR CÁLCULOS DETALHADOS NA FASE DE EXECUÇÃO.
>
> (ii) pagamento da indenização por estadia dos três veículos indicados na inicial, fixada num total de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da última citação, 17.2.2017) e de correção monetária

Acesso ao Sumário

(calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir do ajuizamento, 23.1.2017).

Considerando-se a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade da taxa judiciária, não havendo imposição de honorários advocatícios. Na fase de execução, se não houver cumprimento voluntário da sentença condenatória, serão fixados honorários para o advogado da credora.

Inconformada, **Brasil Veículos Companhia de Seguros** interpôs recurso de apelação a fls. 301/310, sustentado que não há diferença algum a ser paga à demandante pelos serviços prestados e objeto de cobrança, pois não contratou por escrito qualquer alteração do preço do ajuste inicial, de modo que as notas fiscais devem ser retificadas, conforme os orçamentos aprovados pela seguradora, para serem adimplidas. Asseverou, ainda, que não são indenizáveis os dias que os veículos permaneceram no pátio da acionante, uma vez que não cumpridas as exigências de documentação e comunicação par retirada dos automóveis e não há prova do dano material.

Contrarrazões a fls. 314/320.

É o relatório.

Cuidam os autos de **ação de cobrança**, ajuizada por **GT Reparação Automobilística Ltda**. contra **Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A** e **Brasil Veículos Companhia de Seguros**, postulando o recebimento de R$ 154.417,94. Para tanto, narra a autora que as partes celebraram contrato de prestação de serviços de automotivos para veículos envolvidos em sinistros, em 24/05/2011, ocorrendo o pagamento após a aprovação da seguradora, sendo que em 02/10/2014 o perito, agindo em nome das demandadas, autorizou verbalmente o reajuste do preço das peças utilizadas nos consertos em 25%, que foram, doravante, acrescidos às notas fiscais. Contudo, as demandadas cessaram o pagamento do aumento das peças, sem qualquer aviso prévio. Acrescentou, ainda, que 3 veículos foram avaliados com perda total, mas embora tenha notificado a seguradora acerca da necessidade de retirada em 12/09/2014, sob pena de pagamento de estadia/aluguel de pátio próprio ou de terceiro, nada foi feito no prazo de 373 dias. Desse modo, pretende além do recebimento do valor das notas fiscais descritas na inicial, o ressarcimento do aluguel diário dos três veículo e indenização referente à contratação de advogados para solução da lide.

A sentença não comporta qualquer alteração.

O autor comprovou que emitiu diversas notas fiscais com a anotação de alteração do preço das peças utilizadas no reparo dos veículos sinistrados atendidos por sua oficina, algumas das quais consta inclusive reajuste de 30% (fls. 37, 39, 55, 56, 58, 59, 60, 62, 113, 118, 123).

Embora a apelante se paute no princípio do ***pacta sunt servanda***, enaltecendo que qualquer alteração contratual deveria apenas ocorrer de forma

Acesso ao Sumário

escrita, jamais verbal, é fato que não trouxe aos autos o contrato celebrado entre as partes, descumprindo assim o ônus do art. 373, II, do CPC, e comprovou apenas a devolução de 3 (três) notas ficais (fls. 73 e 76), nada ressaltando quanto as demais.

Importante ressaltar que se vislumbra no caso concreto, o instituto da ***surrectio***, que nada mais é que a aceitação da prática de um ato que não foi expressamente convencionado, passando a parte a ter um direito que inicialmente não existia.

Com efeito, ao receber as notas fiscais com a anotação de reajuste das peças, sem a imediata devolução, nasceu para a autora o direito subjetivo de assim agir em todas as faturas subsequentes, ficando proibida de, abruptamente, alterar sua conduta, sob pena de violação ao princípio da boa-fé consubstanciado no brocardo ***venire contra factum proprium***.

No que tange aos valores relacionados à estadia dos veículos, a apelante foi alertada acerca da necessidade de retirada dos automóveis sinistrados da oficina e transferência deles a outro local, além dos valores das diárias de permanência, sendo que não foi comprovado qualquer contrato de depósito entre as partes a título gratuito (fls. 94, 95, 106, 107, 109), o que a torna devedora dos valores referentes à estadia dos bens, cuja remoção somente foi providenciada após um ano do pedido realizado pela oficina.

Desse modo, nos termos do art. 252 do RITJSP,[3] verifica-se que o provimento singular deu adequada solução à lide.

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso, deixando de se aplicar o disposto no art. 85, § 11, do CPC, pois a sentença não arbitrou honorários advocatícios e não houve recurso das partes a respeito.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008293-65.2016.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes M.B. e L.A.M.B., é apelado P.H.C.I.M.D.L.M.

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 35316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL

3 *Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento.*

GÓES DOS ANJOS (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 14 de agosto de 2018.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: APELAÇÃO - INDENIZATÓRIA - DANOS MORAIS - SERVIÇO DE HOME CARE - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Argumentos dos apelantes que não convencem - Provas coligidas aos autos que permitem concluir não ter havido descumprimento, por parte da ré, de suas obrigações para com o cuidado da filha dos autores - O tão só fato de a requerida ter manejado ação perante a Vara da Infância e Juventude, requerendo a internação compulsória da criança não é suficiente para sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais aos genitores. SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de ação de conhecimento movida por **M.B.** e **L.A.M.B.** em face de **P.H.C.I.M.D.L.**, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de deficiência na prestação de serviços de "*home care*" à filha de ambos.

Após regular processamento em primeiro grau de jurisdição sobreveio sentença de improcedência (fls. 1340/1343), cujo relatório ora é adotado em complemento.

Os autores manejaram embargos de declaração (fls. 1348/1349), que foram rejeitados (fl. 1355) e, ainda inconformados, apelam.

Em síntese, sustentam os recorrentes que: (a) o sentenciante não entendeu que "*a origem da presente demanda foi o ingresso de pedido judicial com a finalidade de RETIRAR-LHES o PÁTRIO PODER e colocar sua filha especial, sob a responsabilidade 'ad eternum' do ESTADO, resultando-lhes, além de perdas patrimoniais, em sentimentos negativos que ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, de acontecimentos do cotidiano, de situações de somenos importância*"; (b) os serviços à sua filha, menor, sempre foram prestados de forma defeituosa pela ré, pois, durante 03 (três) anos a criança ficou sem a assistência de um médico neurologista, custeado pela ré, tendo sido necessário que eles, autores, contratassem um particular e, ademais, não lhe foi fornecido o necessário atendimento de enfermagem de forma ininterrupta; (c) dizem que a ré, por diversas vezes, deixou de encaminhar técnico de enfermagem para o

Acesso ao Sumário

período noturno, "*brigando o pessoal do período da tarde a dobrar o plantão para não deixar a menor sem assistência*", sendo que a coautora tinha de entrar em contato para solicitar providências, só havendo atendimento a tal demanda após muita insistência; (d) por diversas vezes a ré encaminhou técnico de enfermagem sem o preparo necessário ao atendimento da criança, sendo que um deles inclusive, deixou a menina "*molhada de urina e fezes, demonstrando falta de preparo, de qualificação e de humanidade para com a criança*"; (e) notificaram a requerida para tomada de providências a fim de regularizar a prestação dos serviços e esta, em 21 de maio de 2015, sob a alegação de que não tinham profissional para cobrir o turno da noite, encaminhou uma ambulância para remover a menor a um Hospital, sem que houvesse qualquer intercorrência que justificasse sua internação, "*ou seja, o intuito era de resolver a falta de mão de obra e, com isso, expor a infante a riscos desnecessários de contaminação hospitalar*", acrescentando que a própria equipe médica que compareceu ao local examinou o estado clínico da menor e se retiraram do local, deixando-a em casa, por não encontrarem motivo para sua remoção a um hospital, tendo sido necessário que a enfermeira da tarde dobrasse seu plantão, para dar os cuidados necessários à criança; (f) como represália, a requerida ingressou com ação de obrigação de fazer junto à Vara da Infância e Juventude, argumentando que eles, apelantes, estavam colocando em risco a vida da criança, requerendo sua internação compulsória, tendo sido tal demanda julgada improcedente; (g) sofreram danos morais com a conduta da contraparte, pois temeram perder seu poder familiar e de serem afastados de sua filha, pelas inverdades lançadas pela apelada; (h) nunca pediram à apelada ou ao convênio médico uma "maior cobertura" no tratamento da filha ou na prestação dos serviços, mas sim que a requerida cumpra com suas obrigações contratuais, notadamente o oferecimento de disponibilização de profissionais em plantão de 24 horas; (i) a apelada, por falta de mão de obra "*para cobrir o técnico/auxiliar de enfermagem naquele dia, optou pela internação da criança para a solução daquele impasse e, não por ordens médicas originadas por alguma intercorrência, isto é, agravamento do estado de doença da menor que exigisse sua remoção a hospital*"; (j) o próprio juízo de primeiro grau, na sentença, deixou "*transparecer, claramente, sua dúvida quanto aos fatos narrados nos autos*" ao dizer que apenas "ao que parece" não houve negativa de atendimento e que a assistência domiciliar "parecia" não atender às necessidades da menor; (k) a apelada se comprometeu a "*fornecer plantão 24 hs e não cumpriu*" e "*no afã de se isentar de qualquer problema, dando tiros a esmos, resolveu processar os apelantes, gerando toda a celeuma noticiada nos autos, que não podem ser tidas como situações do cotidiano ou mero aborrecimento*"; (l) se o juízo de primeiro grau estava em dúvida sobre o que ocorreu, deveria ter designado audiência de instrução; (m) o "*objeto* princ*ipal do presente processo, não está na deficiência da prestação de*

serviços, mas no abuso de direito praticado pela apelada, que em seu entender denegrindo a moral dos apelantes, com a finalidade de rescindir unilateralmente o contrato de prestação de serviços, internando a menor, sem qualquer situação clínica que a obrigasse, ingressou em juízo para que os recorrentes perdessem o poder familiar e , deixar a menor, ad eternum, aos cuidados do Estado, ainda, de proibi-los de ter conhecimento e optarem quanto ao tratamento, se adequando ou não, de sua filha"; (n) o Juízo da Vara da Infância e Juventude identificou a "*intenção maléfica da apelada*" e "*extinguiu o processo*"; (o) houve cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado, quando ainda existiam "*dúvidas por parte do MM Juiz sentenciante*", acrescentando ser inegável o abalo psicológico pelo qual passaram; (p) houve ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, porque seria necessária a produção de prova testemunhal "*a fim de elucidar a questão dos danos morais*". Firmes em tal argumentação, requerem provimento (fls. 1358/1374).

Recurso tempestivo, isento de preparo (concessão dos benefícios da gratuidade da justiça à fl. 278) e respondido (fls. 1378/1392).

É O RELATÓRIO.

De cerceamento de defesa não se cogita.

As provas carreadas aos autos eram suficientes para o deslinde da controvérsia, de modo que correto o julgamento antecipado.

Note-se que, presentes os requisitos legais, não é apenas uma faculdade, senão que um dever-poder do julgador passar ao imediato julgamento do feito, inclusive em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CR, art. 5º, LXXVIII).

No mérito, também sem razão os apelantes.

É certo que vivem uma situação difícil. A filha, uma criança, necessita de cuidados médicos em período integral.

Dizem que a contraparte não presta, a contento, os serviços de "*home care*".

Contudo, pelo que emerge dos autos, em verdade, o que se tem é um verdadeiro desencontro acerca de decisões relativas à condução do tratamento da menor.

Em uma oportunidade, inclusive, a requerida, por meio de seus funcionários, entendeu que a menina deveria ser internada. Os pais se opuseram e a criança permaneceu sendo tratada em casa.

Tal fato não pode ser reputado como ensejador de danos morais indenizáveis.

Ora, cuida-se de situação na qual prevaleceu a vontade dos pais, que puderam bem decidir, dentro dos limites de seu poder familiar, qual o tratamento

Acesso ao Sumário

a ser dado naquele momento.

Note-se que a convivência dos autores com os profissionais da requerida foi de tamanha desarmonia que esta até mesmo requereu ao convênio médico que não fosse mais designada para prestar serviços à filha dos autores (comunicação de fls. 316/38).

Ademais, o fato de a contraparte ter manejado ação junto à Vara da Infância e Juventude buscando a internação compulsória da menor, também não tem a relevância que lhe quer emprestar os autores.

Deveras, naquele feito, a própria apelada informou que a internação não seria mais necessária, considerando-se a evolução do quadro clínico da menor.

Manejar ação judicial, com vistas à realização de tratamento médico necessário, era uma possibilidade que a ordem jurídica conferia à apelada, que não pode, apenas em razão do insucesso de seu pleito formulado em juízo, ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais, danos, aliás, inexistentes.

Note-se que o debate acerca do melhor tratamento de saúde não causa, por si só, danos morais indenizáveis, consoante já consignou esta C. Câmara, em precedente assim ementado:

> *Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - Ação objetivando a reparação de danos morais, fundada na alegação de espera demasiada por parte da autora para receber tratamento médico adequado - Sentença de improcedência mantida. DEMORA QUE NÃO SE MOSTROU DESARRAZOADA - LIMINAR INDEFERIDA - DISCUSSÃO MÉDICA A RESPEITO DO TRATAMENTO ADEQUADO PARA A AUTORA - Liminar postulada foi indeferida, havendo sua reforma apenas através de agravo de instrumento - Debate médico intenso acerca da efetiva necessidade de realização de cirurgia - Uma vez definido o tratamento, o ombro da autora foi operado dentro de dois meses da ordem judicial, o que é bastante razoável. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.* (Apelação 1000657-97.2015.8.26.0292, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Leonel Costa, j. em 04/07/2018).

Por tais fundamentos, outra solução não há, senão que a manutenção da bem lançada sentença.

Frise-se, para se evitar incidentes desnecessários, que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão que a decidir e dar os fundamentos, o caminho percorrido pelo seu intelecto, para chegar à solução encontrada, o que se verificou no caso concreto.

Vale consignar, ainda, que para acesso às instâncias extraordinárias, prescindível a expressa menção a todos os preceitos legais deduzidos pelas

Acesso ao Sumário

partes, sendo pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

Em razão do malogro do recurso, a honorária de sucumbência resta majorada para R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), em observância ao disposto no art. 85, § 11, do NCPC, mantida a suspensão de sua exigibilidade, porque os autores são beneficiários da gratuidade da justiça.

É o suficiente.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027355-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitado 15ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.406)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PIVA RODRIGUES (Presidente), ANDRADE NETO, MARCONDES D'ANGELO, CORREIA LIMA, GILBERTO DOS SANTOS, PERCIVAL NOGUEIRA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 3 de agosto de 2018.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Conflito de competência entre a 2ª e a 15ª Câmaras de Direito Privado. Compete preferencialmente às Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado II (11ª a 24ª, 37ª e 38ª) o julgamento dos recursos interpostos em ação de reintegração de posse de imóvel. Exegese do art. 5º,

Acesso ao Sumário

II, item II.7, da Resolução nº 623/13 desta E. Corte. Hipótese em que a união estável entre as partes durante certo lapso temporal é circunstancial e não constitui causa de pedir da pretensão possessória, nem atrai a competência da Subseção de Direito Privado I. Conflito de competência procedente, para declarar competente a 15ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado em apelação, tirada contra a r. sentença de fls. 40/42, que julgou improcedente a ação de reintegração de posse, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, ressalvados os benefícios da justiça gratuita.

Os autos foram inicialmente distribuídos à 15ª Câmara de Direito Privado, à Des. LUCILA TOLEDO (fl. 53), que não conheceu do recurso por considerar que, em se tratando de pedido de reintegração de posse entre ex-companheiros, formulado após o término da união estável, a lide versa sobre direito de família, de modo que a competência para seu julgamento é de uma das Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado I (fls. 58/60).

Os autos foram, então, redistribuídos à 2ª Câmara de Direito Privado, primeiro ao Des. ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR (fl. 64), em seguida, à Des. HERTHA HELENA DE OLIVEIRA (fl. 66) e, finalmente, à Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE (fl. 67), que suscitou conflito negativo, ao fundamento de que, a despeito do reconhecimento na sentença de que as partes coabitaram o imóvel por certo período, em união estável, não é esse o cerne da demanda, que tem natureza exclusivamente possessória, razão pela qual o julgamento do recurso incumbe à Câmara suscitada, nos termos do art. 5º, inciso II, item II.7, da Resolução nº 623/13 (fls. 68/74).

É o relatório.

Cuida-se de ação em que a autora postula sua reintegração na posse do apartamento nº 42, bloco 7, do Condomínio Residencial Esplanada. Alega, em síntese, que adquiriu o imóvel em 2009, por meio de programa habitacional do Município de Guarulhos, no qual foi incluída por residir em área de risco. Aduz que residiu no imóvel com o requerido entre 2013 e 2015 e, com a separação do casal, ambos deixaram o imóvel, oportunidade em que decidiu locá-lo a terceiro. Contudo, relata, antes da ocupação da unidade habitacional pelo inquilino, o réu arrombou as portas e passou a residir no local, situação que ainda persistia ao tempo do ajuizamento. Defende que, ante o insucesso das tentativas extrajudiciais de reaver a posse do bem, faz jus à reintegração

Acesso ao Sumário

forçada, nos termos da lei.

Com efeito, nos termos do art. 5º, I, item I.9 da Resolução nº 623/13, compete preferencialmente às 1ª a 10ª Câmaras de Direito Privado o julgamento de recursos interpostos em ações resultantes de união estável.

O exame dos autos, porém, revela que não é essa a hipótese vertente.

A convivência das partes em união estável no imóvel objeto da lide, no período de 2013 a 2015, deve ser considerada no contexto da narrativa, não como causa de pedir da pretensão possessória. Vale dizer: a autora afirma textualmente ser ela a adquirente da unidade habitacional, por força de termo de adesão celebrado com a Prefeitura Municipal de Guarulhos ainda em 2009, e menciona o relacionamento com o réu para explicar porque ele residiu no apartamento durante certo tempo e de que forma se deu o esbulho possessório.

O pedido de reintegração de posse, portanto, não está fundado na dissolução da união estável, não cogita a autora de que o caso reclama partilha de bens, nem tampouco foi ventilada pelo requerido, que é revel, a existência de condomínio ou contribuição na aquisição do bem. Defende a apelante, simplesmente, que teve sua legítima posse esbulhada, invocando a disciplina dos arts. 1.210 do Código Civil e 561 do Código de Processo Civil.

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 argüido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*".

Enfim, cuido que prevalece a competência das Câmaras integrantes da Subseção de Direito Privado II (11ª a 24, 37ª e 38ª), por força do disposto no art. 5º, inciso II, item II.7, da Resolução nº 623/13: "*ações possessórias de imóveis, excluídas as derivadas de arrendamento rural, parceria agrícola, arrendamento mercantil e ocupação ou uso de bem público*".

Ante o exposto, julgo procedente o conflito de competência, para declarar competente a 15ª Câmara de Direito Privado.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0008389-63.2014.8.26.0428/50000, da Comarca de Paulínia, em que

são embargantes HARRISON MONTEIRO VILLA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e DANIELE CRISTINA MONTEIRO PENNACHIN (JUSTIÇA GRATUITA), é embargada AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª 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 30208)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente) e PEDRO BACCARAT.

São Paulo, 13 de julho de 2018.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - AUTOR QUE CELEBROU CONTRATO DE SEGURO COM A RÉ E TEVE SEU VEÍCULO FURTADO - RECUSA DA RÉ AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO ANTE O ARGUMENTO DE IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO - VÍCIOS NO JULGADO - INEXISTÊNCIA - EFEITO INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE. Embargos de Declaração rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o acórdão de fls. 421/427 que, por votação unânime, negou provimento ao recurso dos embargantes.

Alegam os recorrentes, em síntese, que houve omissão e erro material no julgado, tendo em vista que a prova dos autos demonstrou que o embargante utilizava o estacionamento, mas no dia do sinistro não o fez de modo excepcional, não podendo ser considerado como má-fé; que as testemunhas foram unânimes em ratificar as alegações dos embargantes, o que não foi impugnado pela embargada; que ao considerar que o embargante agravou o risco, desconsiderou-se que o estacionamento em via pública se deu de forma excepcional; que houve omissão porque não foram analisados tópicos da apelação como cerceamento da defesa, boa-fé dos embargantes e a não violação do contrato de seguro e do artigo 766 do CC, bem como ausência de advertência de que o veículo não poderia ser estacionado em via pública e que tal fato agravaria o risco de sinistro.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Constou do acórdão embargado que:

"***Os autores mencionaram que no local do trabalho havia estacionamento, e de fato havia, só que dele não fazia uso o autor. Se a ele era conveniente não utilizar o estacionamento, por conta do custo do pedágio, tal situação não pode alterar aquilo que foi informado no questionário, na medida em que é com base nela que se apura o risco assumido pela seguradora. É evidente, por outro lado, que se havia informação da existência de estacionamento no local de trabalho, dele fazia uso o segurado, não sendo admissível a tese de que bastava a informação sem necessidade de utilização do local para parar o veiculo.***

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Havendo estacionamento e optando o autor por parar na via pública, inegavelmente agravou o risco, não sendo razoável admitir que inexistiu risco agravado, bastando observar a experiência comum.

Em sendo assim, a indenização pleiteada é mesmo indevida, razão pela qual, agindo a ré no exercício regular de um direito, inexiste motivo para indenizar danos morais."

Como se vê, o acórdão tratou a respeito das questões que importavam para a solução da controvérsia, entendendo a Turma Julgadora que a indenização é mesmo indevida, uma vez que o autor agravou o risco de ter seu automóvel furtado ao optar por não usar o estacionamento existente no local de trabalho, assumindo, assim, o risco de parar seu veículo na via pública. Observe-se que é com base na afirmação de existência de estacionamento no local de trabalho que a seguradora apura o risco por ela assumido, sendo certo que tal informação é prestada pelo segurado.

Em sendo assim, inexiste no acórdão quaisquer vícios que justifiquem o acolhimento do presente recurso, sendo certo que o recorrente busca conferir aos embargos efeito infringente, o que é de todo inadmissível.

Ante o exposto, rejeito os embargos.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2204986-86.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor TELEFÔNICA BRASIL S/A, é réu COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS- CTPM.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), EDSON FERREIRA, OSVALDO DE OLIVEIRA, SOUZA MEIRELLES, ANTONIO TADEU OTTONI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação rescisória. Inteligência do art. 966, inciso V, §§5º e 6º e inciso VIII, do Código de Processo Civil. Violação a norma jurídica. Inexistência. Erro de fato inocorrente. Adequada e pertinente análise dos fatos. Ação improcedente.

VOTO

Ação rescisória proposta por TELEFÔNICA BRASIL S/A contra a COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS para rescindir o v. acórdão pelo qual foi mantida a r. sentença de improcedência da reconvenção e parcial procedência do pedido da ré para cobrança pelo uso das faixas de domínio das ferrovias sob sua gestão, necessárias à prestação dos serviços concedidos à autora, para instalação de cabos, dutos e demais infraestruturas de telefonia.

A ação vem com fundamento no artigo 966, inciso VIII do Código de Processo Civil[1], *ante decisão fundada em erro de fato, ao considerar a CPTM*

1 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:[...]
VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos;

Acesso ao Sumário

uma concessionária de serviços públicos, pois ela é a própria Administração.

Vem também com fundamento no artigo 966, inciso V[2] e §§5º e 6º do Código de Processo Civil, cabíveis para *desconstituir decisão que se baseou em precedentes, quando não deveria tê-lo feito, ou ainda para desmantelar o julgado que deixou de observar jurisprudência majoritária quando deveria tê-lo feito, pois o caso decidido não se ajustava à norma contida no precedente utilizado como parâmetro decisório* (Tema nº 261, STF).

Citada e intimada, a ré contestou[3].

É o relatório.

A COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS – CPTM ajuizou ação contra a TELEFÔNICA COMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A para condená-la a assinar os Termos de Permissão de Uso para regularização da utilização de áreas de sua propriedade para instalação de cabos, dutos e demais infraestruturas de telefonia, bem como a pagar pela ocupação das áreas.

Citada, a Telefônica sustentou a ilegalidade da cobrança e, na mesma oportunidade, reconveio para declaração de ilegalidade nas exigências e condenação da autora a devolver os valores recebidos.

Julgada parcialmente procedente a ação *para o fim de condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$ 121.724,14, atualizada a partir de 29/02/04, acrescida de juros de mora a partir da citação, afastando o pedido de obrigação de fazer*, julgou-se improcedente a reconvenção[4].

A ré apelou[5], confirmada a r. sentença por v. acórdão da C. Décima Segunda Câmara de Direito Público[6], por maioria de votos.

Sucessivos recursos foram interpostos pela Telefônica perante o E. Superior Tribunal de Justiça, rejeitados porque manifestamente descabidos, sendo que, no penúltimo, o AgRg no ARE no RE nos EDcl no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 190.574 – SP, a I. Ministra LAURITA VAZ, determinou fosse certificado o trânsito em julgado da decisão que julgou prejudicado o recurso extraordinário, pois *considerando que recurso manifestamente incabível não interrompe a fluência do prazo recursal, sobreveio*

2 [...]
V – violar manifestamente norma jurídica;
[...]
§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. **(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência).**
§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5ºdeste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. **(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência).**

3 Págs. 1306/1374.
4 4 Págs. 529/536.
5 Págs. 547/574.
6 Págs. 707/718.

o trânsito em julgado da decisão em 21/10/2015 (...) com imediata baixa dos autos independentemente da publicação desta decisão ou da interposição de eventual recurso[7].

Não obstante o teor dessa r. decisão, a Telefônica interpôs novo recurso, denominado "extraordinário", ao que sobreveio derradeira decisão da I. Ministra*: A Certidão de Trânsito em Julgado e o Termo de Baixa ao Tribunal de origem já constam dos autos, conforme certificação da Coordenadoria de Recursos Extraordinários, respectivamente, às fls. 998 e 999. Ante o exposto, NADA HÁ A PROVER, quanto à referida petição, uma vez que já encerrada a prestação jurisdicional desta Corte*[8].

Diante disso, a Telefônica Comunicações de São Paulo S/A ajuíza, agora, esta ação para rescindir o r. julgamento proferido pela E. 12ª Câmara de Direito Público, pelo qual, por maioria de votos, decidiu pela possibilidade da concessionária de serviço público cobrar de terceiro o uso compartilhado de infraestrutura sob sua titularidade, notadamente se o terceiro for empresa prestadora de serviço público, vencido o I. Desembargador VENÍCIO SALLES, ao entender que *a ausência de lei específica impede a exigência da obrigação pecuniária*.

A forrar sua pretensão, a autora afirma: a) haver erro de interpretação quanto aos bens de propriedade privada da CPTM e erro de fato a consideração do v. acórdão de que a CPTM seria uma concessionária de serviços públicos;

b) a decisão rescindenda violou os artigos 3º, 77 e 78 do Código Tributário Nacional, e os artigos 99, I, e 103 do Código Civil, artigo 2º do Decreto Federal nº 84.398/80, artigo 2º,

§1º da Lei 9.472/97 e artigo 6º, § 1º da Lei 8.987/95, e por fim; c) contrariou o entendimento jurisprudencial acerca da impossibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio, conforme tema 261 de Repercussão Geral do STF.

Isso posto, não vejo fomento para rescindir o julgado.

Ação rescisória, de fato, com efeito e de direito, não é sucedâneo de recurso e não se a põe onde haveria de ter sido posto recurso e não se a pode usar para reedição de julgamento, ainda que venha com requifes e requififes, quando, em verdade, só veio, **reverentia salva**, por ter havido julgamento contrário aos interesses da autora.

Mormente em circunstâncias como as aqui ocorridas, em que a verdadeira fúria recorrente chamou a atenção da I. Ministra LAURITA VAZ em quase admoestar a lá recorrente, aqui autora.

Malgrado essa (nova) tentativa (de cunho evidentemente recursal), insisto em que a ninguém será possível negar serem possíveis inúmeras interpretações

Acesso ao Sumário

7 Págs. 1131/1132.
8 Págs. 1188/1190.

para a mesma situação jurídica, fato corriqueiro a quem milita no foro, embora incompreensível a quem não seja afeito às chamadas coisas da justiça.

Sobre a mesma disputa, seja só de direito, seja sobre fatos, seja sobre ambos, há votos divergentes em toda e qualquer Câmara ou Turma de Tribunal; há situações até folclóricas para essas divergências de interpretações – e inexiste quem não saiba de pelo menos uma situação coletiva em que alguns autores tiveram decisão favorável, outros, não[9]–.

Alguém poderá dizer, e dirá, que o Código de Processo Civil, em vigor, privilegia precedentes, mas precedentes sempre houve e sua fixação, seja em fenômenos processuais d´outrora (v.g. uniformização de jurisprudência), sejam atuais (**IRDR** - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) servem a consequentes que a ele se amoldem tal qual luva bem ajustada, ou pendente ou dependente da interpretação que se lhe dê.

Aqui a situação não é diversa, pois a autora não teve sucesso em seu pleito seja em primeiro grau, seja neste E. Tribunal ou, exaustivamente, no C. Superior Tribunal de Justiça pois foi mantida a r. sentença, por maioria de votos, pela C. Turma julgadora formada pelos I. Desembargadores Osvaldo de Oliveira, Wanderley Federighi e Venicio Salles, que assim deixou julgada a matéria:

> APELAÇÃO CÍVEL – PERMISSÃO DE USO. CPTM e Concessionária de Serviço Telefônico – Cobrança por compartilhamento de infra-estrutura – Admissibilidade – As concessionárias de serviço público têm o direito de utilizar infra- estrutura já instalada por outros prestadores de serviços de interesse público, assim como o dever de compartilhar esse mesmo uso – Inteligência da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) e Resolução Conjunta nº 01/99, da ANEEL, ANATEL e ANP – A regra inserta no art. 73 da LGT determina que o beneficiário da infra-estrutura alheia deve compensar economicamente a empresa cedente – Decisão mantida – Recurso improvido.

Não se pode falar, deveras, em afronta a preceito legal, pois para o resultado acima transcrito o D. Desembargador Relator do v. acórdão rescindendo ensarilhou argumentos e fundamentos jurídicos e constitucionais, todos sólidos, para se afastar a pretensão.

Então, não se pode olvidar sobre ter sido feita análise no v. acórdão à luz dos preceitos legais e constitucionais postos em liça, embora outros tenham entendimento diverso, a confirmar observação já feita sobre a mesma matéria

9 Para quem não conhece vale anotar caso narrado por ilustre advogado presente em audiência na 30ª Vara Cível Central, de que fui Juiz Titular. Era ele primeiranista de Direito; seu pai, ilustre e renomado advogado trabalhista com uma das maiores causas da época, representando sindicalizados de um dos maiores sindicatos do país. Dividiu-os em dois grupos enormes -não havia "limitação" para o litisconsórcio-. Percorridas todas as instâncias, debatem-se as partes perante o E. STF: uma da ações em certa Câmara, a outra em outra. Resultado: ganham (tudo) os autores de uma das ações e perdem (tudo) os autores da outra ação. Dá para entender, mas para explicar para os constituintes...

Acesso ao Sumário

gerar entendimentos díspares, como, aliás, na própria decisão rescindenda, ante a divergência D. Desembargador Venicio Salles acerca da impossibilidade da cobrança por ausência de previsão legal, entendimento utilizado incessantemente pela autora.

Dessarte, o fato de haver entendimentos divergentes não se caracteriza como ofensa a algum ou a qualquer preceito legal ou constitucional.

Isso considerado, arredo a alegação de que *o v. acórdão rescindendo vai no sentido contrário ao consenso jurisprudencial que, amoldando-se ao caso dos autos, entende pela impossibilidade de cobrança pelo uso da faixa de domínio pretendida pela CPTM, conforme tema de repercussão geral do STF de número 261, que trata da cobrança de taxa de ocupação do solo e do espaço aéreo por poste de transmissão de energia elétrica. Leading Case: RE 581947.*

A uma, porque o v. acórdão rescindendo foi proferido em 10/02/2010 enquanto a Repercussão Geral somente foi reconhecida em 02/04/2010 e seu mérito julgado em 27/05/2010. Portanto, não é possível desconstituir decisão judicial se à época de sua prolação havia polêmica, **ex vi** da Súmula 343 do STF[10].

A duas, porque o Tema 261 (581947/RO) é específico para **a cobrança de taxa de ocupação do solo e do espaço aéreo por poste de transmissão de energia elétrica** e concluiu pela *inconstitucionalidade da cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de fornecimento de energia elétrica*, situação bem diversa do caso vertente.

Isso realçado, não é caso de se rever a matéria, pois ação rescisória, em repetição, não tem esse escopo, nem cabe neste julgamento, ainda em Tribunal de Justiça, analisar sobre matéria amplamente decidida.

Não desconheço, por evidente, que o instituto da rescisória representa, sobretudo, conciliação entre os extremos do respeito incondicional à coisa julgada e a possibilidade de reforma permanente das decisões judiciais, como leciona Pontes de Miranda, em seus Comentários ao Código de Processo Civil[11].

De bom momento lembrar, ainda com Pontes de Miranda: *a violação que se aprecia não é a do direito 'in hipothesi', mas a do direito 'in thesi'*[12].

Aliás, a expressão *literal dispositivo de lei*, empregada no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil (agora artigo 966, V), sempre foi muito criticada e até com indicativo para substituição por *direito em tese*, como lembra José Carlos Barbosa Moreira *in* "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, V/115.

Acesso ao Sumário

10 *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.*

11 3ª Edição Forense, revista e aumentada com atualização legislativa de Sérgio Bermudes, pág. 136.

12 Tratado da Ação Rescisória, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1957, pág. 224.

Por outra, não houve o erro de fato previsto no artigo 966, VIII, do Código de Processo Civil. A decisão rescindenda não admitiu fato inexistente, tampouco considerou inexistente fato efetivamente ocorrido, que representasse ponto controvertido sobre o qual deveria ter se pronunciado.

O fato em disputa é o inadimplemento das contraprestações estabelecidas pelo uso de áreas de propriedade da CPTM, nos Termos das Permissões de Uso, constituindo objeto de controvérsia entre as partes, com pronunciamento judicial em todas as instâncias, seja ordinária ou especial, o que afasta a caracterização do erro de fato. A natureza jurídica da CPTM não se configura erro de fato capaz de rescindir a coisa julgada.

A propósito, a ensinança de José Carlos Barbosa Moreira ao comentar o art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC/73, cuja redação foi condensada no art. 966, VIII, §1º, do CPC/2015:

> *Consiste o erro de fato em a sentença 'admitir um fato inexistente' ou 'considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido' (§ 1º). De modo nenhum o configura o engano na qualificação jurídica; por exemplo, a errônea consideração de determinado contrato como se fosse comodato, em vez de locação, não corresponde ao tipo legal:* ***é preciso que o erro incida sobre o fato em si, sobre a ocorrência ou não do acontecimento****. Tampouco se enquadra na moldura do art. 485, § 1º, o mero erro aritmético, suscetível de correção a qualquer tempo, sem necessidade de ação rescisória. Quatro pressupostos hão de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial ' (§ 2º)*[13] (grifei).

Como visto, o julgamento rescindendo não pode ser tachado como violador de norma jurídica ou fundado em erro de fato a resultar em inocorrência da situação denunciada pela autora e no descabimento da pretensão.

Observo às partes, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido rescisório, mantido, pois, o v. acórdão, condenada a autora em custas e despesas e no pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 20.000,00.

Acesso ao Sumário

13 Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, 7ª edição, editora Forense, págs. 147/148.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2004853-91.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE, são réus REGINA MARIA DE MORAES, MARILIA GASPAR MAIS e MARIA TEREZA GROMBONE GUARATINI.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI, JARBAS GOMES, OSCILD DE LIMA JÚNIOR, MARCELO L THEODÓSIO, RICARDO DIP e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

AÇÃO RESCISÓRIA

Previdência – Servidor estadual – Assistência médico-hospitalar – Contribuição compulsória – IAMSPE – Desligamento – Restituição – Prazo quinquenal – Impossibilidade:

– A restituição somente é possível a partir da citação, uma vez que antes desse ato não tinha o Instituto conhecimento da vontade do servidor e deixou o serviço assistencial à sua disposição.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Regina Maria de Moraes, Marilia Gaspar Mais, Maria Tereza Grombone Guaratini e Adriana de Oliveira Fidalgo ajuizaram demanda em face do *Instituo de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE*, alegando a inconstitucionalidade da contribuição compulsória de 2% dos vencimentos para custeio da assistência hospitalar e médica, requerendo a cessação dos descontos, bem como a devolução dos valores retidos, respeitada a prescrição quinquenal (fls.11/32).

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para determinar a

cessação dos descontos dos autores relativos aos IAMSPE, e condenar a ré a restituir os valores descontados, devidamente atualizados e acrescidos de juros legais, a partir da citação, fixados os honorários em 10% do valor da causa (fls.34/36).

As autoras apelaram, requerendo a devolução dos valores descontados nos últimos cinco anos. O IAMSPE também apelou, requerendo redução dos honorários. Por decisão monocrática, o Des. Luis Ganzerla deu provimento aos recursos, para determinar a restituição das parcelas pretéritas indevidamente descontadas respeitada a prescrição quinquenal e fixar a verba honorária em R$ 2.000,00 (fls.37/44).

O IAMSPE interpôs agravo interno, objetivando a restituição dos valores descontados somente a partir da citação (fls.45/50).

Negado provimento ao provimento ao recurso (fls.51/56), o IAMSPE ajuíza a presente rescisória, alegando violação ao art.240, *caput*, do Código de Processo Civil e art.884 do Código Civil. Sustenta que repetição dos valores pagos é incabível porque as contribuições recolhidas já foram utilizadas para cobrir necessidades médicas, hospitalares ou odontológicas das autoras. Os serviços médicos estavam à disposição das autoras durante todo o período em que estiveram filiadas ao sistema. A devolução dos valores descontados nos últimos cinco anos representará enriquecimento sem causa dos beneficiários em detrimento da autarquia que arcou com os custos do sistema por todos esses anos. Somente em 22.9.15 as autoras impugnaram os descontos e, em 22.5.17, *Regina Maria de Moraes* incluiu sua mãe como agregada, anuindo expressamente com os descontos da contribuição de assistência médico hospitalar. A data da citação é o termo inicial da restituição dos valores descontados, no caso, a partir de 16.10.15.

Na contestação, aduzem os réus o não cabimento da rescisória por ausência de qualquer das hipóteses do art.966 do Código de Processo Civil. No mérito, o Supremo Tribunal, em repercussão geral, reconheceu a impossibilidade de contribuição compulsória para o sistema de saúde, o que lhes garante o direito à restituição pelo prazo quinquenal. Desnecessária ciência do instituto de previdência acerca do desinteresse na participação do plano de assistência médica. O único pressuposto para restituição é a cobrança indevida da contribuição. Desde a vigência da Emenda Constitucional nº 41/03 não poderia mais haver o desconto obrigatório da contribuição e, tendo procedido aos descontos, devida a restituição, observada a prescrição quinquenal. Não há prova de adesão ao sistema nem de utilização do serviço nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, ônus que cabia à autora. O acórdão da Décima Primeira Câmara de Direito Público está em perfeita consonância com as normas constitucionais e com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado em repercussão geral.

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTOS

Cabível a ação rescisória porque realmente o acórdão rescindendo destoa da norma jurídica.

Não autorizando o art.149 da Constituição Federal o desconto compulsório da contribuição assistencial, mas permitindo-o mediante aceitação do servidor, somente a partir da citação teve o Instituto ciência da manifestação da vontade do beneficiado, no sentido de que não se utilizar dos respectivos serviços.

Até a citação, colocou o benefício à disposição do servidor que deve assim arcar com o custo desta disponibilização para que não se configure o enriquecimento sem causa.

Realmente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento ADI n° 3.106, relatada pelo Ministro Eros Grau, em 14.4.10, reconheceu a inconstitucionalidade da contribuição obrigatória dos servidores públicos mineiros para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica, destacando que o "*benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir*".

E a questão foi definitivamente decidida no RE n. 573.540/MG, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, publicado em 11.6.10, julgado sob a sistemática da repercussão geral, afirmando o Pleno do Supremo Tribunal Federal que "*Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão "regime previdenciário" não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos."*

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no julgamento do Resp nº 1348679/MG, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, publicado em 29.5.17, submetido à sistemática do recurso repetitivo, firmou a seguinte tese:

> *"14. Constatado que o STF não declarou a inconstitucionalidade de tributo (ADI 3.106/MG), e sim fixou a natureza da relação jurídica como não tributária (não compulsória), afasta-se a imposição irrestrita da repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN.*
>
> *15. Observadas as características da boa-fé, da voluntariedade e o aspecto sinalagmático dos contratos, a manifestação de vontade do servidor em aderir ao serviço ofertado pelo Estado ou o usufruto da respectiva prestação de saúde geram, em regra, automático direito à contraprestação pecuniária, assim como à repetição de indébito das cobranças nos períodos em que não haja manifestação de vontade do servidor.*
>
> *16. Considerando a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo STF, até14.4.2010 a cobrança pelos*

Acesso ao Sumário

serviços de saúde é legítima pelo IPSEMG com base na lei estadual, devendo o entendimento aqui exarado incidir a partir do citado marco temporal, quando a manifestação de vontade ou o usufruto dos serviços pelo servidor será requisito para a cobrança.

17. De modo geral, a constatação da formação da relação jurídico-contratual entre o servidor e o Estado de Minas Gerais é tarefa das instâncias ordinárias, já que necessário interpretar a legislação estadual (Súmula 280/STF) e analisar o contexto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ)."

Porém reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça que a relação jurídica em comento não possui natureza tributária a afastar a repetição de indébito com fundamento nos arts. 165 a 168 do Código Tributário Nacional, a restituição dos valores é devida a partir da citação.

Somente quando do ajuizamento da ação as autoras manifestaram seu inconformismo com a vinculação e o custeio obrigatório ao sistema médico-hospitalar e odontológico disponibilizado pelo autor.

E a ciência do autor acerca da recusa à continuidade dos descontos ocorreu no momento de sua citação, oportunidade em que a relação tornou-se litigiosa (art.240 do Código de Processo Civil/15, antigo art.219 do código de Processo Civil/73).

Ressalte-se que a prova da adesão ao sistema é desnecessária, pois sua inexistência é decorrência lógica do reconhecimento judicial da ilegalidade das contribuições com determinação de sua restituição.

A prova de utilização do serviço nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda também é inócua porque a contribuição é devida pela disponibilidade do sistema de assistência ao servidor e não pelo uso efetivo dos serviços, inexistindo notícias de eventual interrupção no oferecimento e disponibilidade dos serviços prestados pelo autor.

A jurisprudência desse Tribunal de Justiça é dominante no sentido de que a restituição tem como termo inicial a citação. Confira-se:

"RECURSO ESPECIAL – RETORNO À TURMA JULGADORA. CUSTEIO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACÊUTICA – IAMSPE – Pretensão à cessação dos descontos e restituição daqueles que já foram efetivados – ***Restituição apenas a partir da citação – Serviços oferecidos que estiveram à disposição****. Manutenção do v. acórdão que negou provimento ao recurso de apelação do autor, mantendo a restituição dos valores a partir da citação, em cumprimento à determinação de readequação ao julgamento do mérito do REsp nº 1.348.679-MG, Tema nº 588, STJ."* (Apelação 1000992-25.2016.8.26.0311; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: 8ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Público; Foro de Junqueirópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 28/02/2018; Data de Registro: 28/02/2018).

"RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO CONSTITUCIONAL – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR – IAMSPE – PRETENSÃO À CESSAÇÃO DA COBRANÇA OBRIGATÓRIA E REPETIÇÃO DO RESPECTIVO INDÉBITO – POSSIBILIDADE. 1. Preliminarmente, ilegitimidade passiva da Fazenda Pública Estadual, reconhecida. 2. No mérito, a filiação ao sistema de saúde Estadual é facultativa, e não, obrigatória. 3. Possibilidade de cessação dos descontos. 4. Inteligência do artigo 149 e § 1º, da CF. ***5. Restituição do montante descontado compulsoriamente, apenas e tão-somente, a partir da citação. 6. Precedentes da jurisprudência do C. STF e deste E. TJSP****. 7. Incidência de juros moratórios, a partir do trânsito em julgado, nos termos do artigo 167, parágrafo único, do CTN e Súmula nº 188 do C. STJ. 8. Ação de procedimento ordinário, julgada procedente, em Primeiro Grau. 9. Processo, julgado extinto, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, com relação à parte ré, Fazenda Pública Estadual, fixados os ônus decorrentes da sucumbência. 10. Sentença, parcialmente reformada, mantido o resultado inicial da lide, os demais encargos da condenação e os ônus decorrentes da sucumbência originais, com relação à parte ré remanescente, Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE. 11. Recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte ré, parcialmente providos."* (Apelação 1004579-42.2016.8.26.0477; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Praia Grande - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 01/02/2018).

"Apelação. Contribuição para assistência médico-hospitalar. IAMSPE. Inviabilidade da cobrança compulsória. Afronta aos arts. 5º, XX e 149, § 1º ambos da CF. Precedentes do C. STF e do Órgão Especial. Inviabilidade de restituição dos valores em momento anterior à citação. ***Apenas a partir do ato citatório é que se constituiu em mora a ré e o serviço não esteve mais à disposição do autor.*** *Sucumbência recíproca. Ocorrência. Realizados dois pedidos, sucumbiu de um o autor. Sentença minimamente reformada de ofício. Recurso desprovido."* (Apelação 1002476-82.2017.8.26.0071; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/01/2018; Data de Registro: 30/01/2018).

Destarte, pelo meu voto, julgo procedente a rescisória para determinar a

Acesso ao Sumário

restituição das parcelas indevidamente descontadas a partir de 16.10.15, data da citação do IAMSPE. Pela sucumbência, arcarão os réus com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do proveito econômico obtido pela parte vencedora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2099233-09.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, são réus EVELYN GITTO FISCHER RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), WÂNIA REGINA CARNELÓS GODINHO (JUSTIÇA GRATUITA) e MAÍSA ESTER DOMINGOS CORBO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Indeferiram a petição inicial e julgaram extinto o processo, sem resolução do mérito. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.388)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), BORELLI THOMAZ, SOUZA MEIRELLES, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, FERRAZ DE ARRUDA e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Prêmio Incentivo – Declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 406/94 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI nº 2095312-76.2017.8.26.0000) – Inaplicabilidade – A regra do art. 535, III, §§ 5º e 8º, do CPC, torna inexigível o título judicial transitado em julgado se houver declaração expressa de inconstitucionalidade pelo STF – Não cabimento de ação rescisória – Inadequação da via eleita – Falta de interesse processual – Indeferimento da petição inicial – Processo extinto, sem resolução do mérito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação rescisória de acórdão proferido em ação declaratória,[1] com trânsito em julgado em 30/01/2017, que condenou o Município de Ribeirão Preto ao pagamento de vantagem pecuniária denominada "prêmio incentivo" durante o período de estágio probatório.

Funda-se a pretensão no disposto no art. 535, § 8º, do CPC: "*Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*".

Sustenta o Município que as rés ajuizaram ação pleiteando o pagamento de vantagem pecuniária denominada "prêmio incentivo" durante o período de estágio probatório, pretensão acolhida e com trânsito em julgado em 06/10/2016; iniciado o cumprimento de sentença, foi ajuizada Ação Direita de Inconstitucionalidade (Feito nº 2095312-76.2017.8.26.0000) da Lei Complementar Municipal nº 406/94, que instituiu o prêmio incentivo; o Ógão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a ADI, declarou inconstitucional a lei e suas modificações posteriores. Embora o § 8º do art. 535 faça referência apenas a decisão proferida pelo STF, considera que o princípio da simetria permite ação rescisória em caso de decisão em controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça. Requer concessão de tutela provisória para suspensão dos atos relativos ao cumprimento da sentença rescindenda e final procedência da ação para rescindir a decisão de mérito proferida na Apelação nº 1018247-27. 2015.8.26.0506.

Fundamentação

A petição inicial deve ser indeferida.

Trata-se de ação rescisória com fundamento nos §§ 5º e 8º do artigo 535 do Código de Processo Civil:

> "§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo **considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.
>
> (...)
>
> "§ 8º Se a decisão referida no §5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da **decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**" (grifei).

1 Fls. 130/138; 140.

Acesso ao Sumário

Contudo, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 406/94, que instituiu o *prêmio incentivo* no Município de Ribeirão Preto, não foi declarada pelo STF conforme o dispositivo o citado, mas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 13/09/2017, no julgamento da ADI nº 2095312-76.2017. 8.26.0000.

Assim, o título executivo judicial continua exigível, pois ausente a hipótese excepcional descrita no artigo 535, III, §§ 5º e 8º do CPC.

Analisando o cabimento da ação rescisória previsto no art. 966 do CPC, afirmam Nelson Nery e Rosa Maria Nery: "*As hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em numerus clausus na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva*."[2]

Ainda segundo a mesma doutrina[3]

> "A decisão fundada em interpretação jurisprudencial que reconhecia a norma jurídica como constitucional não pode ser atacada pela ação rescisória (CPC 966 V), ajuizada com fundamento na modificação da orientação jurisprudencial que agora reconhece a norma como inconstitucional. Não cabe rescisória por mudança de interpretação da lei pelos tribunais. A mudança da orientação jurisprudencial só pode produzir eficácia para o futuro (*ex nunc*) e nunca retroagir alcançando situaçõe já acobertadas pela coisa julgada material. Admitir-se essa retroação em virtude de nova interpretação e, por consequência, admitir ação rescisória para desconstituir coisa julgada legítima, fere o princípio da boa-fé objetiva, que garante o administrado, o contribuinte e o jurisdicionado contra atos do poder público praticados em desconformidade com sua conduta anterior, incidindo na proibição de *venire contra factum proprium*".

Cumprimento de título executivo judicial (sentença ou acórdão com trânsito em julgado) é a regra; rescisão do título é medida excepcional, admissível somente por expressa previsão legal em rol taxativo, sem possibilidade de interpretação extensiva. Por isso, não há incidir *princípio de simetria* quando se tratar de pleito rescisório fundado em inconstitucionalidade não declarada pelo STF.

Em face do exposto, por impropriedade da via eleita, exsurge a falta interesse processual do Município no ajuizamento da presente ação rescisória.

Indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo, nos termos do art. 330, III, e art. 485, I, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*. É como voto.

2 Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado, 16ª Edição, São Paulo, 2016, Ed. Revista dos Tribunais – Pag. 2051.

3 Pg. 2056/2057.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2011374-28.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus CLEDIR JOAQUIM DA SILVA, PAULO LUIZ DOS SANTOS, FÁBIO BASTOS BITTENCOURT, IVAN BARBOSA HERMINE, JORGE SÉRGIO DE AGUIAR (POR SEUS SUCESSORES), LELIA DE PAULA AGUIAR (SUCESSORA DE), SÉRGIO DE PAULA (SUCESSOR DE) e ANTÔNIO DE PAULA (SUCESSOR DE).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REVISÃO ACOLHIDA PARA ALTERAR O JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA, NEGANDO-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS IMPETRANTES E CONFIRMANDO-SE A SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA, V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, RICARDO ANAFE, BORELLI THOMAZ, SOUZA MEIRELLES, ANTONIO TADEU OTTONI e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: REVISÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA. TETO REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA SOBRE COMPLEMENTAÇÕES DE APOSENTADORIA DE EX-EMPREGADOS DA VASP. DESCABIDA A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS NA ESPÉCIE. ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO E. STF NO TEMA Nº 480 DE REPERCUSSÃO GERAL. O julgamento de ação rescisória deve ser revisto para adequá-lo ao entendimento consolidado no E. STF por ocasião no julgamento do RE nº 609.381/GO, Tema nº 480 de Repercussão Geral, não sendo admissível afastar a incidência do redutor constitucional sobre complementações de aposentadorias pagas pela Fazenda do Estado aos ex-empregados celetistas da VASP, porque a garantia da irredutibilidade dos

Acesso ao Sumário

vencimentos exige a presença cumulativa de dois requisitos: (a) o padrão remuneratório nominal deve ter sido obtido conforme o direito, de forma lícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; (b) o padrão remuneratório nominal deve estar compreendido dentro do limite máximo pré-definido na Constituição Federal. Sendo assim, o pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição implica violação qualificada do Texto Constitucional. O teto de retribuição estabelecido pela EC nº 41/2003 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos, ainda que adquiridas de acordo com o regime legal anterior. REVISÃO ACOLHIDA PARA ALTERAR O JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA, NEGANDO-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS IMPETRANTES E CONFIRMANDO-SE A SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA.

VOTO

Cuida-se de **revisão de ação rescisória** determinada pelo ilustre Presidente da Seção de Direito Público nos termos do inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, tendo em vista o julgamento do RE nº 609.381/GO, Tema 480 de Repercussão Geral, DJe 11/12/2014, pelo E. Supremo Tribunal Federal.

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação rescisória em face do v. acórdão pelo qual a Turma Julgadora da 12ª Câmara de Direito Público deu provimento à apelação interposta por CLEDIR JOAQUIM DA SILVA E OUTROS contra a r. sentença que denegou a ordem no mandado de segurança que impetraram com objetivo de afastar a incidência do redutor constitucional sobre as complementações de aposentadorias que recebem na condição de ex-empregados celetistas da VASP, nos seguintes termos:

> APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – Complementação de Pensão – Aposentados da VASP – Admissibilidade – Amparo nas Leis nºs 1.386/51, 4.819/58 e 200/74, não revogada pela Lei nº 6.629/89 – Garantia de recebimento da integralidade dos proventos do servidor aposentado – Inaplicabilidade do artigo 9º da Lei nº 1.386/51, tendo em vista o disposto no art. 40, § 5º (§ 7º - EC 20/98) – Juros de 6% ao ano, conforme art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela MP-2.180/01 –

Recurso provido.[1]

O 6º Grupo de Câmaras de Direito Público julgou procedente a ação rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo, tendo em vista que ele encerrava decisão sobre temática diversa daquela a que correspondia o pedido inicial dos impetrantes, que era o afastamento do redutor constitucional das complementações de aposentadorias que já recebem, mas, em juízo rescisório, deu provimento à apelação dos impetrantes para conceder a segurança almejada, nos seguintes termos:

Ação Rescisória – violação dos artigos 128 e 460 do CPC;

– tempestividade da ação conforme o art. 495 do CPC;

– acórdão que encerra decisão sobre temática diversa daquela que envolve o pedido constante na petição inicial;

– enquanto o pleito dos autores é impedir a incidência do teto remuneratório sobre a complementação de aposentadoria que recebem como ex-empregados da VASP, o acórdão rescindendo aborda o reconhecimento do direito de receberem a totalidade ou 100% da verba que percebiam quando em atividade;

– conquanto ambos os temas aludam impedimento à redução dos proventos, as matérias são, de fato, distintas;

– juízo rescisório: o redutor salarial de que trata a EC 41/2005 somente pode obstar eventual revisão salarial, não reduzir nominalmente a remuneração do servidor ou, no caso, a complementação de aposentadoria dos ex-empregados da VASP, porque há de prevalecer o princípio da irredutibilidade dos vencimentos;

– destarte, a ação mandamental é procedente e a segurança almejada deve ser concedida, em sede de julgamento do apelo dos autores, reformando-se a sentença de primeiro grau, que denegava a ordem.

Dá-se provimento à ação rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo, mas em juízo rescisório dá-se provimento ao apelo dos impetrantes para conceder a segurança e reformar a sentença.[2]

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpôs recurso extraordinário[3] e CLEDIR JOAQUIM DA SILVA E OUTROS interpuseram recurso especial.[4]

O ilustre Presidente da Seção de Direito Público, Des. EVARISTO DOS SANTOS, remeteu os autos a mim, na condição de sucessor do ilustre Des. VENÍCIO SALLES após a sua aposentadoria, para que a Turma Julgadora da qual vim a me tornar integrante se manifeste a respeito do entendimento

Acesso ao Sumário

1 Fls. 110-118, Apelação nº 604.307.5/3-00 (numeração antiga), Rel. Des. LUIZ BURZA, j. 30/07/2008.

2 Fls. 253-260, Ação Rescisória nº 2011374-28.2013.8.26.0000, Rel. Des. VENÍCIO SALLES, j. 21/10/2015.

3 Fls. 294-305.

4 Fls. 307-327.

manifesto no julgamento do RE nº 609.381/GO pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, Tema nº 480 de Repercussão Geral.[5]

Cumpre ao 6º Grupo de Câmaras de Direito Público, portanto, reapreciar a questão implicada no mencionado julgamento, nos termos do artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, para **revisar o julgamento da ação rescisória** a fim de promover a sua harmonização com o entendimento consolidado naquele Corte Suprema.

É O RELATÓRIO.

O julgamento de ação rescisória deve ser revisto para adequá-lo ao entendimento consolidado no E. STF no julgamento do RE nº 609.381/GO, Tema nº 480 de Repercussão Geral, não sendo admissível afastar a incidência do redutor constitucional sobre complementações de aposentadorias pagas pela Fazenda do Estado aos ex-empregados celetistas da VASP.

A observância da norma em que se baseia o redutor constitucional é condição de legitimidade para o pagamento das remunerações dos servidores públicos, não sendo possível o pagamento de valores que ultrapassem os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal.

Os pagamentos efetuados nessa condição representam excesso e carecem de respaldo jurídico, não sendo cabível nessa hipótese a invocação do princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

A garantia da irredutibilidade dos vencimentos exige a presença cumulativa de dois requisitos: (a) o padrão remuneratório nominal deve ter sido obtido conforme o direito, de forma lícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; (b) o padrão remuneratório nominal deve estar compreendido dentro do limite máximo pré-definido na Constituição Federal.

Sendo assim, o pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição implica violação qualificada do Texto Constitucional.

O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/2003 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos, ainda que adquiridas de acordo com o regime legal anterior.

Em tais circunstâncias, por meu voto proponho aos integrantes deste 6º Grupo de Câmaras de Direito Público que seja ACOLHIDA A REVISÃO PARA ALTERAR O JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DOS IMPETRANTES, CONFIRMANDO-SE A SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA.

5 Fls. 365-366.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2088126-65.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é ré FERNANDA MARIVETI DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram extinta a ação, sem julgamento do mérito V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.580)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente), CAMARGO PEREIRA, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 5 de julho de 2018.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Servidor do Município de Ribeirão Preto – Pretensão fundada em Declaração de Inconstitucionalidade da legislação que propiciou benefício – Ausência de trânsito em julgado – Aplicação do art. 535, § 8º, do CPC – Caracterização de carência da ação (art. 330, inciso I, do CPC).

Ação julgada extinta, sem julgamento do mérito.

VOTO

Vistos.

Município de Ribeirão Preto propôs ação rescisória contra Fernanda Mariveti da Silva, resumindo o processo que indica e referente ao pagamento da vantagem pecuniária denominada "*prêmio incentivo*", que contou com julgamento pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, declarando da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 406/94, prevendo o efeito "*ex tunc*"; discorre sobre o cabimento da ação rescisória e o trânsito em julgado; cita jurisprudência; pede tutela provisória para suspender os atos relativos ao cumprimento da sentença rescindenda e a procedência da ação para rescindir a decisão de mérito proferida no processo n. 1032161-61.2015.8.26.0506, quanto à inconstitucionalidade da Lei municipal n. 406/94.

Acesso ao Sumário

Foi autorizado o processamento com a tutela provisória pleiteada.

A contestação veio a partir de fls. 222, resumindo o pedido e aduzindo preliminar de falta de interesse processual, ante a falta de trânsito em julgado e

afirmando do descabimento da ação rescisória; afirma da carência da demanda com citação, mencionando jurisprudência; discorre do não cabimento de devolução de valores, prequestionando e requerendo o indeferimento da inicial, concluindo, no mais, pela carência ou improcedência da demanda.

É o relatório.

A Lei Complementar n. 406, do Município de Ribeirão Preto, foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade do que concluiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2095312-76.2017.8.26.0000, atingindo reportada decisão as ulteriores modificações pelas Leis Complementares ns. 408/94 e 1.439/03, com efeitos "*ex tunc*".

No caso presente, ainda não veio convalidada a condição de trânsito em julgado. Em vista desta situação jurídico-processual resulta ausente indispensável condição da ação, consoante dispõe o § 8º, do art. 535, do CPC: "*Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*".

Apenas para respaldar a situação de não atendimento ao requisito legal básico, verifica-se que a declaração de inconstitucionalidade acima mencionada contou com julgamento em data de 13.10.2017, estando, portanto, em fase de recurso extraordinário, ensejando posicionamento jurisprudencial assentado que obsta a pretensão rescisória deduzida, consoantes reiterados julgados: Ação Rescisória n. 2095293-36.2018.8.26.0000, rel. Des. Renato Delbianco, j. em 12.06.2018; Ação Rescisória n. 2078923-79.2018.8.26.0000, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. em 21.05.2018; Ação Rescisória n. 2088126-65.2018,8,26.0000, rel. Des. Borelli Thomaz, j. em 09.05.2018, dentre outros.

Nesta conformidade, o direcionamento do resultado da presente demanda é o indeferimento da inicial, com consequente extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Com isto, julga-se extinto o feito, sem julgamento do mérito, com respaldo nos arts. 485, inciso I, c.c. 330, inc. III, todos do CPC, cassando a liminar de início autorizada.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

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

2000989-45.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PRESIDENTE DA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CONCURSO PÚB P/ PROV DE CARG DE ESCREVENTE TÉC JUD DA 1º REG ADM JUD DO TJ SP e MARCEL HOFLING MARTINS.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso não conhecido, com determinação por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.272)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 12 de junho de 2018.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. TJSP. Decisão interlocutória (liminar) cuja determinação foi satisfeita antes mesmo da interposição do presente recurso. Fato consumado. Perda do objeto. Exame do mérito prejudicado. Porém, vislumbrou-se estar sendo o direito do agravado vilipendiado, no que diz respeito ao acesso à informação sobre o resultado da prova de digitação, a qual foi realizada por força de liminar concedida em primeiro grau de jurisdição em sede de mandado de segurança impetrado em face do Presidente da Comissão Organizadora do concurso público para provimento dos cargos de Escrevente Técnico Judiciário, Juiz de Direito Regis de Castilho Barbosa Filho, diretor da 1ª Região Administrativa Judiciária. E, conforme consta dos autos, essa circunstância permanece até o presente momento, mesmo tendo sido a prova realizada em 27/12/2017, e – o que é mais alarmante – sem qualquer justificativa, ainda que se cogite de tal fato estar ocorrendo diante da atribuição de efeito suspensivo concedido na sede deste recurso, pois isso extrapolaria os limites jurisdicionais, porquanto assim se fez tão somente para sobrestar os efeitos da r. decisão interlocutória do Juízo de primeiro grau que concedeu a liminar,

Acesso ao Sumário

impedindo-se a realização da aludida prova, a despeito de ter sido proferida a destempo. Com efeito, e diante dos postulados normativos descritos nas legislações infra e constitucional de regência, que acautelam o direito fundamental ao acesso a informações, tem-se por evidenciada a necessidade da concessão, *ex officio*, da ordem de *habeas data*, por meio de interpretação analógica do permissivo processual penal relativo ao *habeas corpus* (CPP, art. 654, § 2º), bem como da revogação do efeito suspensivo outrora atribuído por meio deste recurso. O STJ pacificou a sua jurisprudência, para deliberar que, não obstante a necessidade de comprovação da recusa de informações por parte da autoridade administrativa para o cabimento do *habeas data (Súmula 2)*, tal hipótese pode caracterizar- se diante da omissão ou retardamento da autoridade coatora, pois diz respeito a exatamente àquilo que a Constituição Federal quis garantir, uma vez que o fornecimento das informações acerca do resultado da prova prática que o agravado realizou subsume-se ao direito a informações relativas à sua pessoa, e que constam em registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (CF, art. 5º, LXXII, a), como o é a entidade da qual pertence a autoridade coatora. Portanto, cabível a concessão, *ex officio*, da ordem do *habeas data*, determinando que a autoridade coatora, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ao agravado as informações a seu respeito e a divulgação da nota da prova realizada acerca da segunda fase do aludido concurso público, e, a fim de efetivar tal medida e extirpar quaisquer dúvidas quanto ao seu alcance para além das vias judiciais, fica revogada, desde logo, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Recurso não conhecido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo contra decisão que, proferida nos autos do mandado de

Acesso ao Sumário

segurança impetrado por Marcel Höfling Martins, ora agravado, deferiu o pedido de liminar, ao fundamento de estarem presentes os requisitos autorizadores da medida, para que o impetrante, que seria portador de necessidades especiais, fosse submetido, em igualdade de condições, à nova prova de digitação, a qual compõe a segunda fase do concurso público ao provimento do cargo de Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sustenta a agravante, em síntese, que o ato decisório proferido pela comissão do concurso de excluir o agravado por não atingir a nota mínima teria sido correto, pois fundado em preceitos previamente estabelecidos no edital, e que a decisão proferida pelo Juízo *a quo* afrontaria, por isso, os princípios que regem a Administração Pública, eis que teria sido diagnosticado com a doença que lhe acomete e afeta a saúde por meio de avaliação médica somente após a data da execução do exame de digitação, quando então teria havido a primeira manifestação da doença neurológica "*Tremor Essencial* " (CID G 25. 0), circunstância na qual teria sido ele afetado por incontrolável tremor, assim como pela celeuma do ambiente.

Aduz, ademais, que, se levada a efeito, a r. decisão combatida promoveria flagrante vantagem indevida em relação aos demais candidatos, os quais tiveram de observar estritamente termos e condições estabelecidos com caráter compulsório pelo edital, inclusive para fins de fazer requerimentos para a prática do exame mediante condições especiais dentro do prazo de inscrições, abrindo-se precedente pernicioso quanto aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, em que o interesse particular prevaleceria sobre o público sem plausível justificativa, descaracterizando-se, assim, a presença do *fumus boni iuris* .

Além disso, como a eventual concessão da segurança geraria a obrigação de promover-se novamente a aplicação da prova de digitação, não haveria razão lógico-jurídica para a concessão da liminar, não se vislumbrando a presença do *periculum in mora* .

Pugnou, assim, pela concessão do efeito suspensivo, a fim de sobrestar os efeitos da r. decisão até o julgamento pelo colegiado, e, ao final, o provimento recursal, uma vez que os atos administrativos gozariam da presunção de legalidade, e não haveria comprovação acerca de nenhum ato ilegal praticado pela Administração Pública.

Acesso ao Sumário

Processado o recurso com o deferimento do pedido de efeito suspensivo (fls. 12/20), sobreveio resposta do agravado, informando que, por força da aludida decisão liminar proferida em primeiro grau, já havia realizado (27/12/2017) a nova prova de digitação (fl. 34) antes mesmo da interposição (09/ 01/ 2018) deste recurso pela agravante, e que, por isso, não poderia ser conhecido, eis que prejudicado o seu exame por perda de objeto (fls. 34/ 30).

A procuradoria geral de justiça do Ministério Público apresentou parecer,

manifestando-se no sentido do não conhecimento do recurso, por perda de objeto, ou, se conhecido, pelo seu improvimento (fls. 50/ 51).

Instada a se pronunciar acerca das novas informações sobrevindas aos autos (CPC, art. 933 , *caput*), manifestou-se a agravante, opondo-se ao não conhecimento recursal, ao argumento de haver a hipótese de a decisão combatida ser futuramente reformada (fl. 54).

É o relatório.

Fundamento e voto.

No tocante à apreciação desta via recursal, e em que pesem os argumentos da agravante, assim como a relevância da causa para a estabilização de eventuais reflexos negativos que pudessem advir de eventual afronta, sobretudo, aos princípios da impessoalidade, isonomia e segurança jurídica, como ressalvado por este Relator em decisão monocrática já proferida, o recurso não pode ser conhecido.

Com a realização da prova de digitação, houve a satisfação da decisão interlocutória (liminar), a qual é justamente desafiada por meio deste recurso, cujo julgamento do mérito teria a incumbência de reformá-la, para que a prova não se realizasse.

Assim, houve a perda do objeto, eis que a apreciação meritória seria desprovida de proficuidade jurídica, haja vista que a eventual reforma da decisão liminar não poderá impedir o fato consumado.

Esse é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça, o qual, ao enfrentar circunstância análoga, assim decidiu:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – PERDA DO OBJETO – Pretensão de liminar para a realização de 'Show Sertanejo - Jorge e Matheus', no dia 23/02/2018, no Município de Carapicuíba – Decisão agravada que em Ação Civil impediu a realização do Show sem a apresentação dos documentos necessários – Recurso distribuído em 27/02/2018 – Data do evento já ultrapassada – Ausência de interesse recursal em face do fato consumado – Recurso prejudicado.*
>
> [...].
>
> *2. Este agravo de instrumento está prejudicado, eis que configurada a falta de interesse de agir, bem como a perda do objeto recursal. No presente feito se pretendia a concessão de liminar para que a agravada pudesse realizar o 'Show Sertanejo - Jorge e Matheus', no dia 23/02/2018, no Município de Carapicuíba. Contudo, este recurso de Agravo de Instrumento somente foi distribuído a este Relator em 27/02/2018 (fls. 60). Assim, quando da distribuição deste recurso já havia passado a data do evento em questão, o que configura a evidente perda do objeto recursal e, portanto, nenhum interesse recursal existe a ponto de se inverter a decisão agravada. Há evidente falta de interesse de agir. O interesse de*

Acesso ao Sumário

agir está qualificado, na lição de Rodolfo de Camargo Mancuso [Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei n.º 7.347/85 e legislação complementar), 2 ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992 , p. 35] , pelo trinômio 'necessidade-utilidade-adequação' 'necessidade do recurso ao Judiciário para obter certo bem da vida, seja porque não se logrou obtê-lo pelas vias usuárias, seja porque o próprio Direito Positivo exige a intervenção jurisdicional; adequação do provimento pretendido, isto é, sua idoneidade técnico - jurídica para atender à expectativa do autor; utilidade da via processual eleita: conquanto haja alguma dissensão doutrinária a respeito desse quesito, parece-nos que ele integra a compreensão do interesse processual, já que o acesso à tutela jurisdicional tem por pressuposto o fato de que a medida pleiteada será útil, na ordem prática, ao autor ' *(grifos nossos). Em outras palavras: o interesse de agir, entende Cândido Rangel Dinamarco, reside na* 'utilidade do provimento jurisdicional'*, no que se reporta aos ensinamentos de Liebman (Execução civil, 4ª. edição, São Paulo, Malheiros, 1994 , p. 400). No caso concreto, houve o esvaziamento do objeto da ação, por ausência de interesse de agir, pois a data para a realização do evento já foi ultrapassada.*

Em face dessa realidade, ausente a utilidade de reforma recursal, pois a tutela que era buscada pela agravante perdeu seu efeito prático, após a data da realização do show, mostrando-se completamente inócua e inábil à modificação da situação resultante do julgamento. Nesse sentido, cabe a transcrição de trecho dos ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery: 'Ocorrendo a perda do objeto, há falta de interesse recursal, impondo- se o não conhecimento do recurso. Assim, ao relator, cabe julgar inadmissível o recurso por falta de interesse, ou seja, julgá-lo prejudicado'. (in *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 10 ª ed., Revista dos Tribunais, 2007, p. 960/961*). [...]".

(Agravo de Instrumento 2030904 - 42.2018.8.26.0000; Relator: Ponte Neto; 8ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 21/03/2018; V.U.).

E ainda:

"Mandado de segurança – Ordem denegada – Apelação – Não preenchimento de todos os requisitos exigidos no edital – Processo de certificação ocupacional para Diretor Regional de Saúde – Edital que pode exigir formação na área de atuação – Princípios da legalidade e da isonomia preservados – Impossibilidade de se reverter situação consolidada – Fato consumado – Perda do interesse recursal – Recurso prejudicado."

(Apelação 0030297-16.2009.8.26.0053; Relator: João Carlos Garcia; 8ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 07/11/2012; V.U.).

Acesso ao Sumário

Note-se, ademais, que a atribuição de efeito suspensivo ao recurso foi deferida à medida que ainda não havia chegado ao conhecimento deste Relator

as informações acerca da realização do ato em data anterior à interposição deste recurso.

Desse modo, não merece análise o mérito deste recurso, eis que prejudicado o seu exame (CPC, art. 932, III).

As demais questões suscitadas pela agravante, sobretudo no tocante à eventualidade da sobrevinda de decisão a ser proferida pelo juízo de primeiro grau acerca, ou não, do mérito da ação principal, poderão ser discutidas pelos meios legais adequados à natureza e ao alcance da decisão.

Porém, algumas questões fáticas foram constatadas no curso da apreciação deste recurso que não podem ser ignoradas, pois relativas a direito constitucionalmente consagrado.

Impugna-se por meio deste recurso decisão proferida por Juízo de primeiro grau nos autos do mandado de segurança impetrado pelo agravado que deferiu o pedido de liminar, para que este fosse novamente submetido à prova de digitação do concurso público ao provimento do cargo de Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Encaminhados à Mesa (fl. 55), e designada sessão de julgamento deste recurso, houve a retirada de pauta do processo (fl. 56), eis que este Relator, após atenta audição da sustentação oral do agravado, que atua em causa própria, vislumbrou estar sendo o direito deste vilipendiado, no que diz respeito ao acesso à informação sobre o resultado da prova de digitação, a qual foi realizada por força de liminar concedida em primeiro grau de jurisdição em sede de mandado de segurança impetrado em face do Presidente da Comissão Organizadora do concurso público para provimento dos cargos de Escrevente Técnico Judiciário, Juiz de Direito Regis de Castilho Barbosa Filho, diretor da 1ª Região Administrativa Judiciária.

Conforme consta dos autos deste recurso e do feito principal, essa circunstância permanece até o presente momento, mesmo tendo sido a prova realizada em 27/12/2017, e – o que é mais alarmante – sem qualquer justificativa, ainda que se cogite de tal fato estar ocorrendo diante da atribuição de efeito suspensivo concedido na sede deste recurso (fls. 12/ 20), pois isso extrapolaria os limites jurisdicionais, porquanto assim se fez tão somente para sobrestar os efeitos da r. decisão interlocutória do Juízo de primeiro grau que concedeu a liminar, impedindo-se a realização da aludida prova, a despeito de ter sido proferida a destempo (fl. 52).

Com efeito, e diante dos postulados normativos descritos nas legislações infra e constitucional de regência, que acautelam o direito fundamental ao acesso a informações, tem-se por evidenciada a necessidade da concessão, *ex officio*, da ordem de *habeas data*, bem como da revogação do efeito suspensivo outrora atribuído por meio deste recurso.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, consagrou o direito ao acesso a informações da seguinte forma:

> *" LXXII - conceder-se-á* habeas data:
>
> *a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
>
> *b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; "*

No mesmo sentido, e ainda acrescentando hipóteses normativas, mas respeitando-se em absoluto o mandamento constitucional, a Lei nº 9.507, de 1997 (L*HD*), que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*, assim estabelece:

> *"Art. 7º Conceder-se-á* habeas data:
>
> *I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*
>
> *II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;*
>
> *III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável."*

No caso dos autos, constata-se a premente subsunção normativa diante dos fatos narrados, nos termos do artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal, combinado com o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.507, de 1997.

Isso porque, conforme assentou o C. Supremo Tribunal Federal, ao interpretar tais dispositivos constitucionais:

> *"O* habeas data *configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros; e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. O acesso ao* habeas data *pressupõe, entre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional.* ***A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no* habeas data*. Sem que se configure situação prévia de***

Acesso ao Sumário

pretensão resistida, há carência da ação constitucional do* habeas data."*

(RHD 22; Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento: 19/9 /1991, DJ de 1º/9/1995).

Como visto, não obstante a relevância jurídico-constitucional desse remédio heroico, exige-se, para a configuração do interesse de agir, *a comprovação da recusa ao acesso às informações*, em harmonia ao que dispõe a legislação regulamentar (L*HD*, art. 8º, p. único, I).

Nessa esteira, o C. Superior Tribunal de Justiça, após o enfrentamento de questões afins, pacificou a sua jurisprudência, para deliberar a respeito por meio da Súmula nº 2, com o seguinte enunciado:

"Não cabe o habeas data (CF, art. 5, LXXII, letra 'a') se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa."

No entanto, a jurisprudência do C. STJ também já alicerçou o entendimento de que essa hipótese igualmente pode caracterizar-se diante da ***omissão*** ou ***retardamento da autoridade coatora*** (HD 000147, rel. Min. Arnaldo Esteves, julgamento: 12/12/2007, DJU 28/2 /2008), eis que situações do gênero revelariam injustificada postura da Administração em face de um direito de suma importância para o impetrante em tempos democráticos, que é aquele que a Constituição pretende assegurar quanto ao conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante.

Note-se que a omissão da autoridade coatora diz respeito a exatamente àquilo que a Constituição Federal quis garantir, uma vez que o fornecimento das informações acerca do resultado da prova prática que o agravado realizou subsume-se ao direito a informações relativas à sua pessoa, e que constam em registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (CF, art. 5 º, LXXII, a), como o é a entidade da qual pertence à autoridade coatora.

Assim, a competência para esta apreciação encontra respaldo no artigo 20 da lei do *habeas data*, segundo o qual compete originariamente o julgamento desta ação aos tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado, a qual, por sua vez, estabelece, em seu artigo 74, inciso III, competir originariamente ao Tribunal de Justiça o processamento e o julgamento dos *habeas data* contra atos de seus próprios membros.

Ademais, estas assertivas estão respaldadas na interpretação analógica e sistematizada jurídico-constitucionalmente em relação ao *habeas corpus*, para cuja concessão da ordem *ex officio* é possibilitada tanto pela Constituição Federal, por meio de princípios e direitos fundamentais que pretende assegurar (art. 5º, LXVIII), quanto pela legislação regulamentadora, em que os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no

Acesso ao Sumário

curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (CPP, art. 654, § 2º).

O C. Supremo Tribunal Federal não se olvidou a enfrentar tal peculiaridade, ao assim consignar:

> "[...]. *Inviável, em nosso sistema normativo, o arquivamento* ex officio*, por iniciativa do Poder Judiciário, de peças informativas e/ ou de inquéritos policiais, pois, tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal pública, a proposta de arquivamento só pode emanar, legítima e exclusivamente, do próprio Ministério Público. (...) Essa prerrogativa do* Parquet*, contudo,* ***não impede que o magistrado, se eventualmente vislumbrar ausente a tipicidade penal dos fatos investigados, reconheça caracterizada situação de injusto constrangimento, tornando-se consequentemente lícita a concessão*** **ex officio** ***de ordem de*** **habeas corpus** ***em favor daquele submetido a ilegal coação por parte do Estado (CPP, art. 654 , § 2º)*** *."*
>
> (HC 106. 124, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento: 22/11/2011, *DJe* 11/09/2013).
>
> *"*Habeas corpus*. Impetrações sucessivas. A sucessividade de impetrações, com processos em curso, não implica o prejuízo das formalizadas nos tribunais de origem, ainda que no Supremo haja sido deferida liminar, sempre de caráter precário e efêmero.* Habeas corpus*. Indeferimento de liminar em idêntica medida. Extinção de processo sem apreciação do mérito. Alcance. Estando o habeas por último impetrado voltado contra indeferimento de liminar em idêntica medida, sendo esta extinta sem julgamento de mérito, ocorre o prejuízo do pedido.* **Habeas corpus** ***de ofício. Alcance. O instituto da concessão de*** **habeas** ***de ofício é próprio a qualquer processo, inclusive ao que revela impetração, mostrando-se suficiente a constatação de ilegalidade a cercear o direito de ir e vir. Inteligência teleológica da norma do § 2 º do art. 654 do CPP****."*
>
> (HC 92. 487, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento: 25/3/2008 , *DJe* 1º/8/2008).

Acesso ao Sumário

Desse modo, foi a Suprema Corte coerente com seus próprios julgados, quando se reconheceu que "a jurisprudência desta Corte tem admitido que se conceda *habeas corpus* de ofício, ainda quando o pedido originário não possa ser conhecido" (HC 67. 095 , rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento: 16/12/1988, DJe 14/4/1989).

Não obstante a omissão do legislador quanto a esta hipótese na lei que regula o procedimento do *habeas data*, tal permissivo tem analógica aplicabilidade no caso dos autos, mesmo diante, inclusive, do objeto do presente recurso (agravo de instrumento) tratar de decisão interlocutória proferida por Juízo de primeiro grau em sede de mandado de segurança em que ainda não foi resolvido o mérito, pois se está diante de flagrante omissão, que vilipendia

direito assegurado do ora agravado constitucionalmente.

Portanto, e de tudo que dos autos consta, assim como em face da fundamentação acima:

a) **concedo, *ex officio*, a ordem do *habeas data***, determinando que a autoridade coatora apontada neste recurso e no feito principal, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ao ora agravado as informações a seu respeito e a divulgação da nota da prova realizada acerca da segunda fase do aludido concurso público, nos termos do artigo 13 , inciso I, da Lei nº 9.507, de 1997; e

b) a fim de efetivar tal medida e extirpar quaisquer dúvidas quanto ao seu alcance para além das vias judiciais, **fica revogada, desde logo, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.**

Comunique-se à autoridade coatora, por correio, com aviso de recebimento (L*HD* , art. 14 , *caput*).

Caso não cumprida esta determinação, poderá o agravado reclamar o que de direito.

Diante do exposto, pelo meu voto, **não conheço** do recurso da agravante Fazenda Pública de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2095504-72.2018.8.26.0000, da Comarca de Mirante do Paranapanema, em que é agravante FUNDAÇÃO INSTITUTO DE TERRAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - ITESP, são agravados RAFAEL BERGAMO LEITE, ANTONIA BEZERRA e CESAR HENRIQUE BERGAMO LEITE.

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 16.642)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 22 de junho de 2018.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Reintegração de Posse – Decisão que indeferiu o pedido de citação do réu Rafael via carta, tendo em vista que se encontra preso no Centro de Detenção Provisória de Caiuá –

Decisão agravada devidamente fundamentada, que se mostra prudente a fim de evitar nulidades quanto ao ato citatório – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação de reintegração de posse, indeferiu o pedido de citação do réu Rafael via carta, tendo em vista que se encontra preso no Centro de Detenção Provisória de Caiuá.

Narra a agravante que propôs ação de reintegração de posse com pedido liminar porque os agravados esbulharam área pública administrada pela Fundação. Relata que a decisão agravada indeferiu, sem razão, o pedido de citação pelo correio do réu Rafael Bergamo Leite. Sustenta que o artigo 247 do Código de Processo Civil prevê que, em regra, a citação seja realizada pelo correio, sendo certo que o pedido de citação pelo correio não encontra qualquer óbice legal expressamente contido no mencionado dispositivo. Entende ser necessária a concessão de efeito suspensivo, pois há possibilidade de vício processual insanável irreparável ou de difícil reparação. Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo da decisão que indeferiu o pedido de citação pelo correio do réu Rafael Bergamo Leite, em violação ao disposto no artigo 247 do Código de Processo Civil.

Indeferida a medida cautelar recursal (f. 38/39), os autos vieram conclusos, com consulta da Serventia quanto à determinação de intimação dos agravados (f. 40).

É o relatório.

De início, torno sem efeito a determinação de intimação dos agravados e dispenso maiores providências, vez que não houve o ingresso da parte contrária na composição da lide[1].

Ademais, o presente recurso de agravo de instrumento foi tirado de decisão que citação do réu Rafael via carta, tendo em vista que se encontra preso no Centro de Detenção Provisória de Caiuá, sob o fundamento de que não há certeza se, quando do recebimento da correspondência, ainda continuará

Acesso ao Sumário

1 PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE DETERMINA EMENDA DA INICIAL, ANTES DA CITAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO DA AGRAVADA (ART. 527, III, DO CPC). DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 296, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI INSTRUMENTAL CIVIL.

I. Determinada a emenda à inicial, do agravo interposto da decisão pelo autor não precisa ser intimada a parte suplicada, eis que ainda não instaurada a relação jurídico-litigiosa. Precedentes.
II. Recurso não conhecido.
(REsp 164876/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 12/02/2001 p. 119).

recolhimento naquele estabelecimento penal (f. 9).

Conforme já decidido quando do indeferimento da medida cautelar recursal, a decisão agravada encontra-se devidamente motivada e não se mostra ilegal ou irregular.

Com efeito, a citação deve ser realizada de forma a cumprir a finalidade de convocar o réu para integrar a relação processual, com garantia da efetiva ciência da demanda.

Considerado, assim, o fato de o réu Rafael Bergamo Leite encontrar-se preso no Centro de Detenção Provisória de Caiuá, constata-se, nesta fase processual inicial, que a citação pessoal é a que melhor atende às garantias constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, pois elimina qualquer dúvida quanto à efetiva ciência do réu quanto à demanda em face dele proposta.

Deve-se observar que o aviso de recebimento de correspondência remetida a estabelecimento prisional geralmente é assinada por terceiros, o que dificulta a constatação de que o réu preso tenha sido efetivamente comunicado, de forma que se revela fundado o receio expresso na decisão agravada de que a citação por meio de carta pode não cumprir sua finalidade.

Diante do exposto, meu voto é no sentido de manter a decisão agravada.

O caso é, assim, de não provimento ao recurso interposto por **Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo – ITESP** nos autos da ação proposta em face de **Rafael Bergamo Leite** e Outros (proc. nº 1000306-55.2017.8.26.0357 – Vara Única do Foro de Mirante de Paranapanema, SP), mantida a decisão agravada.

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098743-84.2018.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante MUNICÍPIO DE ARARAQUARA, é agravado RANIERY SILVA DE OLIVEIRA.

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 31.530)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY

ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Ação de Indenização por danos morais e materiais (má prestação de serviços de saúde na modalidade omissão e negligência médica) – Decisão saneadora que afastou a preliminar suscitada pela municipalidade, reconhecendo sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda – Recurso contra esta decisão – Desprovimento de rigor. Em sede de cognição sumária e dados os elementos postos não é possível o reconhecimento de ilegitimidade passiva "ad causam" porquanto plausível a afirmação da autora acerca da suposta responsabilidade dos requeridos pelo evento danoso – Questões atinentes à responsabilidade civil ou mérito da causa devem ser apreciadas após regular instrução probatória – Precedentes desta Corte. Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Araraquara** contra r. decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da fazenda Pública da Comarca de Araraquara, cuja cópia encontra-se encartada às fls. 12, que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam", nos autos de **Ação de Indenização** promovida por **Raniery Silva de Oliveira** em face **Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Araraquara** e da **Municipalidade**, ora agravante.

Pretende a agravante, por meio de minuta de fls. 03/07, a reforma da r. decisão recorrida no sentido de ser reconhecida sua ilegitimidade de parte. Para tanto, em resumo apertado, argumenta que (I) o atendimento de emergência não foi prestado pelo SAMU, (II) o sistema de regulação de vagas é administrado pela Coordenadoria de Regulação de Vagas para Internação, subordinada à Secretaria estadual de Saúde e (III) o autor foi encaminhado para a Santa Casa, hospital de referência para os casos em tela, não tendo o Município participado da tomada de decisões sobre o tratamento do mesmo. Pugna, ao final, pela concessão de efeito suspensivo.

Pedido acompanhado de documentos de fls. 08/42.

Acesso ao Sumário

Indeferido o efeito suspensivo pretendido, fls. 44.

Decorrido "in albis" o prazo para oferta de contraminuta pelos agravados, fls. 46.

É o relatório.

2. Não comporta provimento o recurso.

Convém destacar, por oportuno, que a demanda principal se trata de **Ação de Indenização por danos morais e materiais** proposta por **Raniery Silva de Oliveira** e por meio da qual almeja o reconhecimento da responsabilidade civil por ato ilícito (má prestação de serviços de saúde na modalidade omissão e negligência médica).

Em sede de cognição sumária e observados os limites inerentes ao momento processual relativo ao saneamento do feito e considerando os elementos de provas até então colacionados no feito original, forçoso concluir que se mostra deveras prematuro o reconhecimento da ilegitimidade passiva "ad causam" do Município de Araraquara.

Isto porque, a narrativa fática constante da inicial pormenoriza condutas das requeridas capazes de evidenciar a pertinência subjetiva da demanda, suficiente ao prosseguimento destes no polo passivo da lide.

E, consoante consta na contestação da corré Santa Casa de Misericórdia, que também arguiu ilegitimidade passiva, o Município de Araraquara tem contrato através do qual lhe é prestadora de serviços.

Ademais, não será em sede de saneamento que se devem apreciar questões atinentes à responsabilidade civil da municipalidade ou sobre a ocorrência ou não de erro médico ou desídia do estabelecimento em que transcorrido o atendimento do agravado.

Só cabível a extinção de plano quando patente de forma sólida e incontroversa a ausência de legitimidade/nexo causal, o que, como salientado acima, não se vislumbra.

Como ensina Cássio Scarpinella para a verificação da condição da ação atinente à legitimidade de parte basta observar se "***pela narração dos fatos e pela documentação eventualmente já produzida, há alguma plausibilidade na afirmação do autor. Na medida em que a descrição da lesão e a da ameaça sejam plausíveis tanto no que diz respeito à posição ativa (autor) como na passiva (réu) – o que exigirá do magistrado o exercício de "cognição sumária" – a petição inicial, desta perspectiva de análise, terá aptidão suficiente para ser recebida. Para o preenchimento da condição da ação "legitimidade" é o que basta. Faz-se suficiente que, em tese, a situação conflituosa pertença (pareça pertencer) a quem que se afirma que pertence***".[1]

1 In "Curso Sistematizado de DIREITO PROCESSUAL CIVL", vol. 1, 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 363.

Assim, por ora, não é dado reconhecer a irresponsabilidade ou ilegitimidade passiva do agravante, sendo que somente com o decorrer da instrução processual e correspondente produção de provas e manifestação das partes, poderá se aquilatar da pertinência das assertivas do autor e dos requeridos.

Por fim, confira-se r. julgados desta Corte:

PROCESSO CIVIL - Legitimidade ad causam - A questão enfocada no recurso é complexa e depende da realização da Instrução do processo, para que se tenha uma definição sobre a mesma - As alegações feitas pela empresa agravante são ponderáveis, entretanto, somente após a demonstração inequívoca das afirmações feitas, poderá ser feita a apreciação reclamada, com a exclusão, em definitivo, se for o caso, da recorrente do pólo passivo da relação processual - RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Agravo de Instrumento 254.745-4/2-00, Relator(a): Sebastião Luiz Amorim, Órgão julgador: Sexta Câmara de Direito Privado de Férias, Data de registro: 16/10/2002).

Agravo de Instrumento - Ação de indenização - Argüição de ilegitimidade passiva da Municipalidade de Santo André/SP - Rejeição - Exame da presença das condições da ação deve ser feito com isenção de serem verdadeiros ou não os fatos narrados pelas partes - Neste inicio de estágio probatório, a versão apresentada, pelo menos em tese, pode empenhar a responsabilidade civil da Municipalidade, pois os menores, inicialmente, foram atendidos por médica da rede municipal de saúde, cabendo então perquirir, no curso da instrução, a veracidade dos fatos articulados e se deles é possível extrair a conseqüência jurídica perseguida pelos autores - Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento 775.192-5/0-00, Relator(a): Sérgio Gomes, Comarca: Santo André, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 01/10/2008).

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Ilegitimidade de parte reconhecida - Exclusão de dos dois requeridos da lide determinada - Matéria que merece exame apenas ultimada a instrução processual - Orientação jurisprudencial sobre o tema controvertida - Necessidade de permanência dos requeridos do pólo passivo da demanda, sem prejuízo, contudo, de reapreciação oportuna - Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento 534.669-4/6-00, Relator(a): Luiz Antonio de Godoy, Comarca: Guarulhos, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 26/02/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória - Alegação de ocorrência de erro médico - Decisão saneadora que determinou exclusão do plano de saúde do pólo passivo da lide - Inadmissibilidade

Acesso ao Sumário

- Necessária dilação probatória - Culpa a ser avaliada no curso do processo - Decisão reformada - AGRAVO PROVIDO. (TJSP, Agravo de Instrumento 425.624-4/1-00, Relator(a): Elcio Trujillo, Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 07/02/2006).

Assim, os argumentos de inconformismo do agravante não se revelam, em face do momento e da sede desse exame, suficientes a alterar a r. decisão guerreada.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do Município de Araraquara.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2098743-84.2018.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é agravante MUNICÍPIO DE ARARAQUARA, é agravado RANIERY SILVA DE OLIVEIRA.

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 31.530)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: <u>Agravo de Instrumento</u> – Ação de Indenização por danos morais e materiais (má prestação de serviços de saúde na modalidade omissão e negligência médica) – Decisão saneadora que afastou a preliminar suscitada pela municipalidade, reconhecendo sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda – Recurso contra esta decisão – Desprovimento de rigor. Em sede de cognição sumária e dados os elementos postos não é possível o reconhecimento de ilegitimidade passiva "ad causam" porquanto plausível a afirmação da autora acerca da suposta responsabilidade dos requeridos pelo evento

Acesso ao Sumário

danoso – Questões atinentes à responsabilidade civil ou mérito da causa devem ser apreciadas após regular instrução probatória – Precedentes desta Corte. Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Araraquara** contra r. decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da fazenda Pública da Comarca de Araraquara, cuja cópia encontra-se encartada às fls. 12, que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam", nos autos de **Ação de Indenização** promovida por **Raniery Silva de Oliveira** em face **Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Araraquara** e da **Municipalidade**, ora agravante.

Pretende a agravante, por meio de minuta de fls. 03/07, a reforma da r. decisão recorrida no sentido de ser reconhecida sua ilegitimidade de parte. Para tanto, em resumo apertado, argumenta que (I) o atendimento de emergência não foi prestado pelo SAMU, (II) o sistema de regulação de vagas é administrado pela Coordenadoria de Regulação de Vagas para Internação, subordinada à Secretaria estadual de Saúde e (III) o autor foi encaminhado para a Santa Casa, hospital de referência para os casos em tela, não tendo o Município participado da tomada de decisões sobre o tratamento do mesmo. Pugna, ao final, pela concessão de efeito suspensivo.

Pedido acompanhado de documentos de fls. 08/42.

Indeferido o efeito suspensivo pretendido, fls. 44.

Decorrido "in albis" o prazo para oferta de contraminuta pelos agravados, fls. 46.

É o relatório.

2. Não comporta provimento o recurso.

Convém destacar, por oportuno, que a demanda principal se trata de **Ação de Indenização por danos morais e materiais** proposta por **Raniery Silva de Oliveira** e por meio da qual almeja o reconhecimento da responsabilidade civil por ato ilícito (má prestação de serviços de saúde na modalidade omissão e negligência médica).

Acesso ao Sumário

Em sede de cognição sumária e observados os limites inerentes ao momento processual relativo ao saneamento do feito e considerando os elementos de provas até então colacionados no feito original, forçoso concluir que se mostra deveras prematuro o reconhecimento da ilegitimidade passiva "ad causam" do Município de Araraquara.

Isto porque, a narrativa fática constante da inicial pormenoriza condutas

das requeridas capazes de evidenciar a pertinência subjetiva da demanda, suficiente ao prosseguimento destes no polo passivo da lide.

E, consoante consta na contestação da corré Santa Casa de Misericórdia, que também arguiu ilegitimidade passiva, o Município de Araraquara tem contrato através do qual lhe é prestadora de serviços.

Ademais, não será em sede de saneamento que se devem apreciar questões atinentes à responsabilidade civil da municipalidade ou sobre a ocorrência ou não de erro médico ou desídia do estabelecimento em que transcorrido o atendimento do agravado.

Só cabível a extinção de plano quando patente de forma sólida e incontroversa a ausência de legitimidade/nexo causal, o que, como salientado acima, não se vislumbra.

Como ensina Cássio Scarpinella para a verificação da condição da ação atinente à legitimidade de parte basta observar se "***pela narração dos fatos e pela documentação eventualmente já produzida, há alguma plausibilidade na afirmação do autor. Na medida em que a descrição da lesão e a da ameaça sejam plausíveis tanto no que diz respeito à posição ativa (autor) como na passiva (réu) – o que exigirá do magistrado o exercício de "cognição sumária" – a petição inicial, desta perspectiva de análise, terá aptidão suficiente para ser recebida. Para o preenchimento da condição da ação "legitimidade" é o que basta. Faz-se suficiente que, em tese, a situação conflituosa pertença (pareça pertencer) a quem que se afirma que pertence***".[1]

Assim, por ora, não é dado reconhecer a irresponsabilidade ou ilegitimidade passiva do agravante, sendo que somente com o decorrer da instrução processual e correspondente produção de provas e manifestação das partes, poderá se aquilatar da pertinência das assertivas do autor e dos requeridos.

Por fim, confira-se r. julgados desta Corte:

PROCESSO CIVIL - Legitimidade ad causam - A questão enfocada no recurso é complexa e depende da realização da Instrução do processo, para que se tenha uma definição sobre a mesma - As alegações feitas pela empresa agravante são ponderáveis, entretanto, somente após a demonstração inequívoca das afirmações feitas, poderá ser feita a apreciação reclamada, com a exclusão, em definitivo, se for o caso, da recorrente do pólo passivo da relação processual - RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Agravo de Instrumento 254.745-4/2-00, Relator(a): Sebastião Luiz Amorim, Órgão julgador: Sexta Câmara de Direito Privado de Férias, Data de registro: 16/10/2002).

Agravo de Instrumento - Ação de indenização - Argüição de

1 In "Curso Sistematizado de DIREITO PROCESSUAL CIVL", vol. 1, 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 363.

ilegitimidade passiva da Municipalidade de Santo André/SP - Rejeição - Exame da presença das condições da ação deve ser feito com isenção de serem verdadeiros ou não os fatos narrados pelas partes - Neste inicio de estágio probatório, a versão apresentada, pelo menos em tese, pode empenhar a responsabilidade civil da Municipalidade, pois os menores, inicialmente, foram atendidos por médica da rede municipal de saúde, cabendo então perquirir, no curso da instrução, a veracidade dos fatos articulados e se deles é possível extrair a conseqüência jurídica perseguida pelos autores - Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento 775.192-5/0-00, Relator(a): Sérgio Gomes, Comarca: Santo André, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 01/10/2008).

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Ilegitimidade de parte reconhecida - Exclusão de dos dois requeridos da lide determinada - Matéria que merece exame apenas ultimada a instrução processual - Orientação jurisprudencial sobre o tema controvertida - Necessidade de permanência dos requeridos do pólo passivo da demanda, sem prejuízo, contudo, de reapreciação oportuna - Recurso provido. (TJSP, Agravo de Instrumento 534.669-4/6-00, Relator(a): Luiz Antonio de Godoy, Comarca: Guarulhos, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 26/02/2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória - Alegação de ocorrência de erro médico - Decisão saneadora que determinou exclusão do plano de saúde do pólo passivo da lide - Inadmissibilidade - Necessária dilação probatória - Culpa a ser avaliada no curso do processo - Decisão reformada - AGRAVO PROVIDO. (TJSP, Agravo de Instrumento 425.624-4/1-00, Relator(a): Elcio Trujillo, Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Data de registro: 07/02/2006).

Assim, os argumentos de inconformismo do agravante não se revelam, em face do momento e da sede desse exame, suficientes a alterar a r. decisão guerreada.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do Município de Araraquara.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2092871-88.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante ZELINDA DONIZETI DAS NEVES, é agravado MUNICÍPIO DE

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram prejudicado o recurso quanto à decisão de fls. 350. Conheceram em parte do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.494) (Processo digital)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Depósito parcial de precatório, relativo à prioridade, nos termos dos artigos 101 e 102, § 2º, do ADCT. Saldo restante que deve ser pago em ordem cronológica de apresentação do precatório. Não se trata de apurar as diferenças de precatório, mas inconformismo com o valor a menor do depósito. Pedido que deve ser feito junto ao DEPRE. Questão referente à condição funcional do magistrado do Tribunal de Justiça, que não pode ser apreciada por meio de agravo de instrumento. Parte da decisão agravada reconsiderada pelo MM. Juiz de Direito da causa. Agravo prejudicado nesta parte. Recurso conhecido em parte, e improvido na parte conhecida.

VOTO

Zelinda Donizeti das Neves deduziu agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra r. ato decisório que entendeu que eventual diferença de precatório expedido e pago deveria ser objeto de petição junto ao Depre (fls. 59/61).

Faz um resumo sobre os fatos. Discorre, inicialmente, sobre o despacho que concedeu o prazo de 20 dias para a Fazenda Municipal se manifestar sobre o levantamento do depósito realizado e, após, o mesmo prazo para a parte credora se manifestar sobre o levantamento. Volta-se contra a parte da decisão que observa que o pedido de levantamento deveria conter "declaração" informando se a procuração se encontrava válida e operante. Esclarece sobre o ocorrido, afirmando que as decisões judiciais devem se fundamentadas. Relata sobre os poderes da magistratura. Pede que o magistrado declare se "sua investidura se

Acesso ao Sumário

encontra válida e operante" (fls. 8, grifos no original). Afirma que o MM. Juiz deve apreciar o pedido de impugnação e pagamento da diferença de precatório. Daí, pretender a reforma da r. decisão (fls. 1/39).

Indeferiu-se pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento (fls. 69).

A agravada apresentou contraminuta (fls. 72/74).

É o relatório.

A agravante se insurge contra as r. decisões de fls. 350 e 358/359 do autos principais (aqui juntado às fls. 50 e 59/61), que vieram após a juntada do Ofício da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE, referente ao pagamento parcial do precatório.

Quanto ao r. despacho de fls. 350, que concedeu prazo de 20 dias, para ambas as partes se manifestarem sobre o depósito de precatório, e determinou que a parte credora, ao requerer o levantamento, informasse se a procuração encontrava-se válida e operante e se haveria "cessão de crédito", verifica-se que o recurso perdeu o objeto.

O MM. Juiz reconsiderou sua decisão proferindo a r. decisão de fls. 358/359: "(...) revogo o despacho de fls. 350, que será abolido de novos feitos similares a este, determinando o imediato levantamento do valor e se a procuração ad judicia está operante ou não isto revoge ao controle dos autos, sendo questão entre advogado-parte constituída" (fls. 60). À evidência, tendo o Juiz reconsiderado sua decisão, nesta parte, o presente recurso perdeu seu objeto.

A questão referente à condição funcional do magistrado do Tribunal de Justiça não pode ser apreciada por meio de agravo de instrumento. De fato, eventual questionamento deverá ser feito à Presidência deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Não se conhece, pois, desta parte do recurso.

No tocante à competência do Juiz da execução, para apreciar parcial pagamento de precatório, não assiste razão à recorrente.

É certo que, compete ao juiz do processo (e não do Presidente do Tribunal) solucionar a controvérsia referente à exigibilidade das diferenças decorrentes de depósito insuficiente, porquanto é de sua competência resolver os incidentes da execução, dentre os quais a insuficiência de depósito, e expedir o precatório.

Entretanto, conforme ofício expedido pelo DEPRE, não se trata de insuficiência de depósito, mas de saldo final, após o pagamento de precatório relativo à prioridade.

Ao que se constata, depósito judicial é referente ao pagamento parcial do precatório mencionado no Ofício do DEPRE (fls. 46/49), nos exatos termos

do artigo 101 e 102, § 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O saldo restante deve ser pago em ordem cronológica de apresentação do precatório.

Portanto, eventual inconformismo com o valor a menor ou maior depositado deverá ser requerido junto ao DEPRE.

Ante o exposto, julga-se prejudicado o recurso quanto à decisão de fls. 350, conhece-se em parte do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2109574- 94.2018.8.26.0000, da Comarca de Jacareí, em que é agravante JOSÉ FRANCISCO VENTURA BATISTA, é agravada MONIQUE FERNANDA DE SIQUEIRA SILVEIRA.

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 28.742)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de procedimento comum em fase de cumprimento de sentença – Recurso de um dos advogados contra a decisão interlocutória que indeferiu o levantamento da integralidade da verba honorária – Ausência de consenso entre os advogados quanto à repartição da verba honorária – Questão que deve ser resolvida por meio de ação autônoma – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por José Francisco Ventura Batista contra a decisão de fls. 410/413 proferida pela MMa. Juíza da Vara da Fazenda Pública de Jacareí, nos autos da ação de procedimento comum em fase

de cumprimento de sentença, que indeferiu o levantamento da integralidade da verba honorária depositada, em razão da controvérsia existente entre o advogado, ora agravante, e sua ex-sócia, Monique Fernanda de Silveira Siqueira, no que se refere à repartição dos honorários de sucumbência.

Recorre o agravante sob alegação de que trabalhou sozinho no processo em tela, não tendo a agravada demonstrado juridicamente que possui direito a 50% da verba honorária, pois não protocolou petição com sua assinatura digital nos autos, de modo que requer a concessão de efeito suspensivo ativo para que possa levantar a integralidade da verba honorária.

Indeferida a concessão de efeito suspensivo ativo (fl. 424) vieram aos autos a contraminuta (fls. 429/445).

É o relatório.

Trata-se de ação de rito comum em fase de cumprimento de sentença em que os advogados, ex-sócios, controvertem acerca da repartição da verba honorária depositada nos autos.

Conforme analisado em primeiro grau, agravante e agravada atuaram nos autos, tendo a recorrida renunciado à fl. 173 dos autos principais. Considerando que houve depósito da requisição de pequeno valor, os advogados não chegaram a um acordo no que se refere à porcentagem devida a cada um deles a título de honorários de sucumbência, tendo o agravante sustentado a tese de que faz jus à integralidade, vez que a agravada não trabalhou no processo em questão.

Entendo que correta a decisão agravada que indeferiu o levantamento da integralidade da verba depositada por parte do agravante, vez que a repartição da verba honorária ou a sua integralidade a um dos advogados deve ser resolvida por meio de ação autônoma, caso não haja acordo entre as partes, não devendo a questão ser resolvida no âmbito da fase de cumprimento de sentença da ação principal.

Desta forma, correta a decisão que relegou a controvérsia a eventual ajuizamento de demanda autônoma, ou acordo entre os patronos.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido:

EXECUÇÃO ACIDENTÁRIA – Honorários advocatícios – Reserva de honorários sucumbenciais a advogado que integrava escritório de advocacia do qual se desligou, com revogação de mandato – Matéria que refoge ao âmbito da ação, devendo ser discutida em ação própria ajuizada para tal finalidade – Decisão reformada – Recurso provido. (TJSP, 16ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2062245-23.2017.8.26.0000, Relator Des. Cyro Bonilha, j. 13/03/2018).

Não havendo elementos para estabelecer com seguridade a quem pertence a verba honorária depositada na ação principal, correta a decisão de primeiro grau que determinou que a controvérsia seja debatida em ação autônoma, em

que haverá possibilidade de dilação probatória.

Assim, pelo meu voto, mantém-se a decisão interlocutória, mantendo-se o depósito referente aos honorários a disposição do juízo, até que haja acordo ou conclusão por meio de ação própria acerca da titularidade integral ou percentual dos honorários.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2112699-70.2018.8.26.0000, da Comarca de Itupeva, em que é agravante METALÚRGICA BONIN LTDA., é agravado 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 15.264)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL. MULTA POR INFRAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA ENTREGA DE DOCUMENTOS AO FISCO. ALEGAÇÃO DE BOA-FÉ. Matéria que não comporta análise no âmbito da exceção. Necessidade de dilação probatória. Inteligência da Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. Decisão de rejeição da exceção de pré-executividade mantida. Recurso desprovido

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído da Execução Fiscal nº 1500074-68.2015.8.26.0514, interposto contra a r. decisão de fls. 1248/1250, proferida pela **MM. Juíza do Setor das Execuções Fiscais da Comarca de Itupeva**, que rejeitou a exceção de pré-executividade porque entendeu regular o auto de infração.

O particular interpôs recurso sustentando, em síntese, que a multa não deveria ter sido aplicada, pois entregou os documentos para que o Fisco procedesse a fiscalização.

A antecipação da tutela recursal foi indeferida (fls.48/49).

Foram apresentadas contrarrazões (53/81).

Não houve oposição quanto à forma de julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

No caso concreto, forçoso reconhecer que a matéria alegada não pode ser conhecida em sede de exceção de pré-executividade.

Preleciona Marcus Vinícius Gonçalves:

> "Doutrina e jurisprudência vêm dando ao incidente uma extensão maior do que aquela para a qual foi concebido originariamente. No início, só defesas de ordem pública poderiam ser alegadas. Depois, matérias que, conquanto não de ordem pública, podiam ser examinadas pelo juiz de plano, sem necessidade de prova pelas partes. Imagine-se que o devedor tenha feito o pagamento e possua recibos que, se apresentados, demonstrariam a quitação. Não seria razoável que ele tivesse de segurar o juízo pela penhora, para só então defender-se e apresentar o documento.
>
> Ampliou-se a extensão do incidente, para permitir que abranja matérias cuja demonstração não dependa de provas, à exceção da documental. É preciso que a defesa do devedor, no incidente, seja feita por prova previamente constituída. Com isso, abriu-se possibilidade de, além das objeções, serem apresentadas verdadeiras exceções de pré-executividade, incidentes de que o devedor se vale para, no bojo da execução, apresentar defesas que não são de ordem pública. Ambas exigem que o alegado seja comprovado documentalmente" (Novo Curso de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, Vol. 3, p. 218).

Destarte, não há nos autos prova pré-constituída de que não houve cometimento das infrações que geraram a aplicação da multa.

Aliás, o ato administrativo goza de presunção de legitimidade e veracidade.

Neste sentido, o enunciado da Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Portanto, pretendendo o executado discutir as matérias pretendidas, deve manejar seu inconformismo pelos embargos à execução.

Desta forma, inegável a hipótese de descabimento da via eleita.

Aliás, esta é a orientação das decisões desta C. 5ª Câmara de Direito Público:

Agravo de Instrumento. Exceção de Pré-executividade. Creditamento indevido de ICMS. Alegação de ilegitimidade passiva de parte em razão de posterior declaração de inidoneidade de empresa fornecedora. Rejeição pela decisão interlocutória que se insere dentre aquelas previstas no parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015. Cabimento da exceção de pré-executividade às questões de ordem pública e às matérias aferíveis de plano. Necessidade de dilação probatória incompatível com a via eleita. Rejeição mantida. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n° 2120678-54.2016.8.26.0000, Santos, Rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, j. 18.07.2016).

No mesmo sentido se orienta a jurisprudência desta E. Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – ICMS – Exceção de pré-executividade – Alegações relativas a cálculos em execução – Necessidade de instrução probatória – Decisão mantida – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2021615-27.2014.8.26.0000, Leme, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, 1ª Câmara de Direito Público, j. 08.04.2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ASPECTOS FÁTICOS NÃO SUPERADOS. A via procedimental da exceção de pré-executividade não se mostra adequada para discussão sobre a suposta irregularidade na correção monetária, consubstanciando em relação ao que esta sendo cobrado, somente admitidos para tal fim os embargos à execução (artigo 16, § 2º da Lei nº 6.830/80). A restrição do procedimento não propicia a inclusão de matéria que tenha previsão legal para ser apreciada. Decisão mantida. Recurso negado. (Agravo de Instrumento nº 2008298-59.2014.8.26.0000, Sorocaba, Rel. Des. Danilo Panizza, 1ª Câmara de Direito Público, j. 08.04.2014).

Por tais razões, a r. decisão não comporta reparos, devendo ser mantida por seus jurídicos fundamentos.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e

Acesso ao Sumário

constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013).

Na hipótese de interposição ou oposição de qualquer recurso, incidental ou não, relacionado ao processo nº 1500074-68.2015.8.26.0514, onde há prevenção desta relatoria, ficam as partes intimadas e cientificadas, a partir da publicação desta decisão, que devem manifestar expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alertando que no silêncio o julgamento do recurso na forma virtual ou física ficará a critério do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2083112-03.2018.8.26.0000, da Comarca de Jaboticabal, em que é agravante MUNICÍPIO DE JABOTICABAL, é agravado COMERP – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DE RIBEIRÃO PRETO.

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 27.279)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 1º de agosto de 2018.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de indenização por erro de diagnóstico – Indeferimento de denunciação da lide requerida pelo Município – Inclusão de Cooperativa de Trabalho Médico – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Autor pretende a responsabilização dos requeridos, em razão de suposta falha no atendimento médico – Eventual responsabilidade da Cooperativa, que decorre do contrato de prestação de serviços firmado com o Município – Introdução de novos fundamentos à demanda – Inadmissibilidade – Comprometimento

da celeridade processual – Precedente – Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de ***agravo de instrumento*** interposto contra a r. decisão de fls. 12/13, proferida nos autos da ***ação de indenização por danos morais por erro de diagnóstico*** movida por ***José Luecio Silva Queiroz*** contra ***Município de Jaboticabal*** e ***Maiara Stradioto***, por meio da qual, foi indeferida a denunciação da lide requerida pelo Município.

Alega o agravante, em síntese, que firmou contrato de prestação de serviços com a Cooperativa de Trabalho Médico de Ribeirão Preto, que a obriga a indenizar os danos causados a terceiros, caso dos autos, e que o próprio autor manifestou sua anuência na inclusão da denunciada no polo passivo. Assevera que o acolhimento da denunciação à lide não implicará introdução de novos fundamentos à demanda, que já tem por objeto a apuração da licitude da conduta médica adotada pela profissional. Aduz que tal medida homenageia o princípio da economia processual e que dispensa a propositura de ação regressiva contra o responsável pelo dano (fls. 01/11).

O recurso foi processado sem outorga de efeito ativo, dispensadas as informações judiciais (fls. 314/315).

Houve contraminuta (fls. 317/328).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e lhe nego provimento.

De fato, o art. 125, II, do CPC/15 prevê que é admissível a denunciação da lide àquele que estiver obrigado, por Lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo. O §1º do referido dispositivo dispõe que o direito de regresso deverá ser exercido por intermédio de ação autônoma, quando a denunciação for indeferida.

A propósito, esta Eg. Corte de Justiça tem decidido que "***o instituto da denunciação da lide tem caráter facultativo e se submete, portanto, a exame de admissibilidade do Juízo, a fim de se apurar se a intervenção de terceiro nos autos será benéfica à relação processual instalada ou ocasionará prejuízos ao deslinde dos fatos e à celeridade processual***" (AI nº 2123384-73.2017.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. **KLEBER LEYSER DE AQUINO**, j. 24/10/2017).

No mesmo sentido, confira-se julgado do Eg. Superior Tribunal de Justiça: "***O entendimento desta Corte é do descabimento da denunciação da lide nos casos em que a denunciante postula somente o reconhecimento do direito de regresso, o que desvirtua natureza e finalidade da demanda originária, em***

flagrante desatendimento aos propósitos do referido instituto processual que são a celeridade e a economia processuais" (AgRg no REsp nº 1.483.211/RJ. Rel. Min. **MOURA RIBEIRO**, j. 23/02/2016).

Na hipótese, conforme já dito, o fundamento alegado pelo autor para a responsabilização do Município, em razão da suposta falha no atendimento médico, não está diretamente relacionado com eventual responsabilidade da Cooperativa, que decorre do contrato de prestação de serviços.

Diante disso, o acolhimento da denunciação da lide realmente implicaria introdução de novos fundamentos à demanda, em prejuízo à celeridade processual (art. 5º, LXXVI, da CF/88).

Por outro lado, eventual responsabilidade da Cooperativa, em caso de condenação do Município poderá ser objeto de ação própria, conforme prevê o §1º do art. 125 do CPC/15.

Impõe-se, portanto, a manutenção da r. decisão agravada, nos termos da fundamentação supramencionada.

Ante o exposto, pelo meu voto e para os fins acima, ***nego provimento ao agravo de instrumento.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3001533-16.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados BEATRIZ DE JESUS SOARES, ITA MARIA DA SILVEIRA DOREA, ELI RODRIGUES SAVASSA, FREDERICK MARMO TOZIN LUCIANO, LINDIOMAR MARIA NOBREGA, RITA DE CASSIA DE JESUS, MARILDA FREIRE MARTINS, REGINA CÉLIA DA SILVA CRUZ, MARIA SILVA DO NASCIMENTO BATISTA e MARIA DA POMPEA PEIXOTO SUYAMA.

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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.195)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 7 de agosto de 2018.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Quinquênios sobre os vencimentos integrais. Impugnação rejeitada. Determinada correção monetária pelo IPCA-E e somente juros de mora na forma da Lei 11960/2009. Consonância com Supremo Tribunal Federal, Tema 810, conclusão do voto do relator, Ministro Luiz Fux, e Superior Tribunal de Justiça, Tema 905. Modulação dos efeitos nas ADI 4357 e 4425, restrita aos precatórios expedidos até então, 25 de março de 2015, que apenas objetivou resguardar os precatórios expedidos desde a edição da EC 62/2009, em grande parte já liquidados, que introduziu no artigo 100 do texto constitucional o § 12, com o mesmo critério de correção monetária introduzido pela Lei 11960/2009, não se justificando mandar aplicar, aos processos em que ainda não houve requisição de pagamento, como é o caso, critério de correção monetária já declarado inconstitucional. Falta de trânsito em julgado quanto ao referido Tema 810 que não recomenda solução diversa, dado não ter sido determinada a suspensão dos processos que tratam dessa temática e não haver previsão legal de recurso que seja dotado de efeito suspensivo, não conferido aos embargos de declaração pendentes de julgamento. Recurso não provido. Honorários advocatícios majorados, pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, de mil reais para dois mil reais.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra decisão, proferida em 30 de maio de 2017, pelo eminente juiz, Doutor Emílio Migliano Neto, em impugnação ao cumprimento de sentença, que deixou de acolher postulação por correção monetária na forma da Lei 11960/2009, dada a orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 810 de Repercussão Geral, tendo fixado honorários advocatícios em mil reais, fls. 15/16.

Busca o agravante que correção monetária e juros de mora sejam na forma da Lei nº 11960/2009, afastando a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI 4357 e 4425 e Tema 810 de Repercussão Geral, em consonância com o título judicial, sob pena de violação à coisa julgada. Pede efeito suspensivo.

Acesso ao Sumário

Negado efeito pretendido, o recurso foi respondido, fls. 18/19 e 22/31.

É o relatório.

Demanda por quinquênios sobre os vencimentos integrais, salvo verbas eventuais ou transitórias, julgada procedente, tendo esta Câmara, em grau de apelação, em 31 de agosto de 2011, determinado correção monetária e juros de mora na forma da Lei 11960/2009.

Os autos originários são físicos, processo nº 0046726-58.2009.8.26.0053, 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, por isso sem possibilidade de acesso remoto, não constando aqui a data do trânsito em julgado da condenação, mas o relatório eletrônico de andamento do processo em primeiro grau acusa despacho para cumprimento do v. acórdão, proferido em 29-01-2015, sem notícia de eventual alteração do julgado.

Decisão agravada em consonância com Supremo Tribunal Federal, Tema 810 de Repercussão Geral, conclusão do voto do relator, Ministro Luiz Fux, e Superior Tribunal de Justiça, Tema 905.

Modulação dos efeitos nas ADI 4357 e 4425, restrita aos precatórios expedidos até então, 25 de março de 2015, que apenas objetivou resguardar os precatórios expedidos desde a edição da EC 62/2009, em grande parte já liquidados, que introduziu no artigo 100 do texto constitucional o § 12, com o mesmo critério de correção monetária introduzido pela Lei 11960/2009, não se justificando mandar aplicar, aos processos em que ainda não houve requisição de pagamento, como é o caso, critério de correção monetária já declarado inconstitucional.

Falta de trânsito em julgado quanto ao referido Tema 810 que não recomenda solução diversa, dado não ter sido determinada a suspensão dos processos que tratam dessa temática e não haver previsão legal de recurso que seja dotado de efeito suspensivo, não atribuído aos embargos de declaração pendentes de julgamento.

Pelo exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios, pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, de mil reais para dois mil reais.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2104175-84.2018.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO VICENTE, é agravado CDHU - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.514)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 7 de agosto de 2018.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: LEGITIMIDADE PASSIVA – Execução fiscal – IPTU – Município de São Vicente – Decisão que acolheu a exceção de pré-executividade para excluir a agravada do polo passivo da demanda – Hipótese em que o promitente-vendedor do imóvel figura como sujeito passivo do tributo, segundo a legislação municipal – Possibilidade – Inteligência da Súmula nº 399 do STJ – Agravo provido.

CDHU – IPTU – Imunidade tributária – Município de São Vicente – Execução fiscal em face da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – Art. 150, inciso VI, alínea "a", da CR – Inexistência, todavia, de imunidade recíproca na espécie – Imunidade não extensível às sociedades de economia mista – Violação à isonomia e à livre concorrência – Art. 173, § 2º da CR – Agravo provido.

ISENÇÃO – IPTU – Municipalidade de São Vicente – Necessidade de comprovação periódica de preenchimento dos requisitos legais – Inteligência do art. 179, "caput" e § 1º, do CTN – Obtenção do benefício, ademais, condicionada aos requisitos da Lei Municipal nº 558/2008 – Exigência de renovação dos pedidos de isenção perante o Fisco Municipal – Requisito não cumprido – Hipótese em que a excipiente não demonstrou fazer jus à isenção – Rejeição do incidente que se impunha – Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal promovida pela ora agravante, acolheu a exceção de pré-executividade para excluir a agravada do polo passivo da execução fiscal.

Busca a agravante a reforma do *decisum*, aos seguintes argumentos, em resumo: a executada, ora agravada, é pessoa jurídica com personalidade jurídica própria e diversa do Estado de São Paulo, de maneira que não se aplica em seu favor a imunidade recíproca prevista no art. 150, inciso VI, "a" da Constituição Federal; além disso, a concessão de imunidade para as sociedades de economia mista, cujo ramo de atuação sequer é exercido com exclusividade, afrontaria aos princípios da isonomia e da livre concorrência; por outro lado, não há que se falar em incidência de isenção fiscal em prol da agravada, tendo em vista que esta deixou de comprovar os requisitos necessários para a concessão da benesse; no caso, a Lei Municipal nº 558/2008 estabelece que a CDHU somente fará jus a isenção tributária no período de construção do empreendimento, situação esta que não se verifica nestes autos, posto que a unidade habitacional aqui tributada já foi comercializada pela agravada; demais disso, a isenção prevista na citada legislação é condicionada ao prévio requerimento da parte interessada junto à autoridade administrativa, o que não foi comprovado pela executada.

Regularmente processado, não se registrando resposta.

É o relatório.

Comporta provimento o recurso. Segundo se depreende dos autos, foi celebrado Contrato de Cessão de Posse e Promessa de Compra e Venda de Imóvel e Outras Avenças (fls. 71/77), em 05/06/2001, pelo qual a agravante prometeu vender a unidade habitacional sobre a qual incide a exação, situado no Município de São Vicente SP, para Oswaldo Marques Cera e Cláudia Prieto Contento de Andrade.

Todavia, a mera celebração de compromisso de compra e venda, ainda que registrada no respectivo Cartório, não tem o efeito de transferir a propriedade imobiliária, pois consoante estabelece a lei civil, a propriedade de um imóvel não se transmite senão com o regular registro do título translativo no competente cartório de registro de imóveis (art. 1.245, "caput" e § 1º, do Código Civil).

Sendo assim, considerando-se que o contribuinte do IPTU é "o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título" (art. 34 do Código Tributário Nacional), a condição de contribuinte deve, de fato, ser reconhecida à agravante.

Além disso, relativamente ao sujeito passivo do IPTU nos casos de compromisso de compra e venda, deve-se aplicar o entendimento já firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e consignado na Súmula nº 399 do

Acesso ao Sumário

STJ, segundo a qual, "Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU".

Como se extrai do teor dos precedentes que inspiraram esse enunciado dentre os quais se destaca o REsp nº 1.111.202/SP (1ª Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, v.u. em 10/06/09, DJe de 18/06/09), cujo acórdão respectivo foi submetido ao regime do art. 543-C do antigo CPC a sua formação se deveu justamente à controvérsia sobre ser ou não o promissário-comprador sujeito passivo daquele tributo, concluindo a mencionada Corte Superior pela possibilidade de o Município também identificá-lo como tal, sem prejuízo de manter nessa posição, conjuntamente, o proprietário de direito, bem como de executar um ou outro.

No caso concreto, a legislação da Municipalidade-credora optou por prever o lançamento do referido imposto tanto em nome da promitente-vendedora, bem como em nome da promissária-compradora.

Diante do que dispõe o art. 123 do CTN, salvo expressa disposição de lei em contrário, não se pode opor à Fazenda Pública convenções particulares que modifiquem a definição legal do sujeito passivo da obrigação tributária.

Com relação ao tema da imunidade das sociedades de economia mista, há que se destacar a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em torno do tema, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 600.867/SP, e que ainda está pendente de julgamento pelo Pleno daquela Corte. No entanto, podem-se encontrar, é verdade, algumas decisões dos órgãos fracionários dessa Corte Suprema que reconhecem aquele benefício constitucional em favor de algumas sociedades de economia mista, exploradoras de serviços públicos por delegação. Apesar disso, é necessário reconhecer de antemão não ser esse o caso da agravante-executada.

Em que pesem seu objetivo institucional de oferecer moradias à população de baixa renda e sua notória vinculação ao Estado, a atividade exercida pela CDHU é igualmente explorada por empresas da iniciativa privada. Logo, conferir-lhe a pretendida imunidade recíproca implicaria óbvia violação aos princípios da livre concorrência e da isonomia e esbarraria nas vedações do art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Em suma, reconhecer-lhe a imunidade coloca seus concorrentes em clara desvantagem, gerando um odioso privilégio em favor da recorrente.

Não por outra razão, este egrégio Tribunal tem negado à CDHU a condição de pessoa imune, por ter ela personalidade jurídica de direito privado e por ser o benefício do art. 150, inciso VI, alínea "a", da CR, exclusivo de entidades públicas.

Como exemplo, podemos citar entre inúmeros precedentes a recente decisão desta Décima Quinta Câmara de Direito Público, proferida quando do

Acesso ao Sumário

julgamento do Agravo de Instrumento nº 2180958-25.2015.8.26.0000 (Rel. Des. SILVA RUSSO, v. u., j. 04/02/16), e assim ementada:

"EXECUÇÃO FISCAL - IPTU e Taxa de Remoção de Lixo - Exercício de 2013 - Município de Santos - CDHU - Exceção de pré-executividade - Imunidade recíproca - Prestação de serviços públicos essenciais de cunho estritamente social - Benefício que não se estende às sociedades de economia mista - Precedentes desta C. Corte - Impossibilidade - Ausência de previsão legal - Decisão mantida - Agravo desprovido.".

Por outro lado, voltando-se a atenção para a invocada isenção do tributado aqui excutido, igualmente sem razão se mostra a excipiente.

O artigo 179 do Código Tributário Nacional dispõe sobre as isenções concedidas em caráter individual e é claro ao estabelecer que elas serão efetivadas "em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão".

E, especificamente acerca do pedido administrativo de reconhecimento da isenção, seu § 1º assim ordena: "Tratando-se de tributo lançado por período certo de tempo, o despacho referido neste artigo será renovado antes da expiração de cada período, cessando automaticamente os seus efeitos a partir do primeiro dia do período para o qual o interessado deixar de promover a continuidade do reconhecimento da isenção".

No caso destes autos, a excipiente invoca a Lei Municipal nº 558/2008, a qual concede o beneficio para empreendimentos visando à implantação de conjuntos habitacionais e loteamentos de interesse social.

Para a concessão da benesse a referida legislação estipula que o bem tributado deve ser de propriedade do Órgão requerente, além de restringir a isenção apenas para o período de construção do empreendimento (art. 2º, inciso I). E a concessão deste benefício depende de prévio requerimento do interessado, devidamente instruído com a documentação que comprove o atendimento dos critérios acima descritos (art. 2º, § 1º).

Acesso ao Sumário

Observe-se que a obrigação de formular o pedido de isenção decorre não apenas do Código Tributário Nacional, mas também de expressa previsão na legislação local que, desde sua entrada em vigor, já determinava o ônus do contribuinte requerer e comprovar administrativamente o preenchimento das condições isentivas.

E, de fato, mesmo diante de tais previsões normativas, não há nestes autos prova alguma de que a excipiente tenha formulado pedido de isenção para o exercício aqui discutido.

Diante disso, mesmo que a excipiente demonstrasse nestes autos o que não ocorreu o atendimento dos demais critérios obrigatórios para a obtenção do

favor legal, ainda assim estaria ausente uma das condições necessárias para a concessão: a formulação de requerimento perante o fisco municipal.

Enfim, no caso sobre que versam estes autos, fica claro não ter a excipiente se desincumbido do ônus de demonstrar o direito alegado (artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil), isto é, a satisfação de todos os requisitos legais para obtenção da invocada isenção.

Todas essas razões, em suma, exigem a reforma da decisão agravada, a fim de que seja rejeitada a exceção da CDHU, com o regular prosseguimento do feito contra ela e o compromissário comprador do imóvel tributado.

Ante o exposto, em suma, meu voto propõe dar provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2120860-69.2018.8.26.0000, da Comarca de Cerqueira César, em que é agravante MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA HIDROMINERAL DE ÁGUAS DE SANTA BÁRBARA, é agravado RUBENS OLIVEIRA NASCIMENTO.

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 28.810)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 9 de agosto de 2018.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Exigido o recolhimento das despesas postais – A Fazenda Pública não está obrigada à antecipação das custas, ou despesas, não havendo que se exigir o prévio adimplemento do *quantum* equivalente à postagem de carta citatória - art. 91 do CPC/2015 e artigo 39, da Lei de Execuções Fiscais – Recurso provido

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 04 (dos autos originários) que, nos autos da ação de execução fiscal movida contra o agravado – com vistas ao recebimento de créditos

tributários – determinou o recolhimento, em 30 dias, das despesas para citação do executado pela via postal, alegando a municipalidade, em suma, não estar ela sujeita àquele recolhimento ante o que dispõem os artigos 91, do Código de Processo Civil/2015 e artigo 39, *caput*, da Lei nº 6.830/80.

Recurso tempestivo, processado com o deferimento da liminar e dispensada a intimação do agravado, inclusive para contraminutar, pois ele ainda não foi citado.

É o relatório.

Como se vê dos autos, o r. despacho agravado fl. 04 (dos autos originários), trilhou pela necessidade de recolhimento da mencionada verba, no termos do Provimento CSM 2.292/2015.

Nada obstante a regra utilizada pelo douto Juízo "*a quo*", verifica-se que razão assiste à municipalidade ora agravante, que sustenta ter havido violação do artigo 91 do atual Código de Processo Civil/2015 e artigo 39 da Lei de Execução Fiscal.

O referido artigo da Lei de Execuções Fiscais estabelece que: *"A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independerá de preparo ou de prévio depósito. Parágrafo único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.",* razão pela qual não se admite exigir-se da Fazenda Pública o adiantamento de pagamentos relativos ao ato citatório postal.

Sobre o tema vale registrar a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, em sua obra "Lei de execução fiscal", ed. Saraiva: "De acordo com o artigo 39 da Lei nº 6.830/80, os atos judiciais de interesse da Fazenda Pública independem de preparo ou de prévio depósito." (pág.205, 9ª edição, 2004).

No mesmo sentido, leciona o douto José da Silva Pacheco, em sua obra 'Comentários à Lei de Execução Fiscal':

> *"O artigo 39 abrange a Fazenda Nacional, Estadual, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias. Não respondem pelas custas dos atos do processo. Assim, não precisam prover as despesas concernentes aos atos que se realizam ou requerem no processo. Tampouco precisam fazer preparo de despesas futuras. Não têm de antecipar o pagamento das despesas dos atos processuais nem pagá-las posteriormente. Elas, simplesmente, não são devidas. (...) A prática dos atos processuais de seu interesse não depende de preparo, pagamento adiantado ou prévio depósito."* (Editora Saraiva, 8ª edição, 2001, p.285).

E os seguintes julgados o respaldam:

> *STJ - PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO DE POSTAGEM DE CARTA CITATÓRIA PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. ART. 39, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 27, DO CPC. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS*

Acesso ao Sumário

PROCESSUAIS. PRECEDENTES "O Sistema Processual exonera a Fazenda Pública de arcar com quaisquer despesas, pro domo sua, quando litiga em juízo, suportando, apenas, as verbas decorrentes da sucumbência (artigos 27 e 1.212, parágrafo único, do CPC). Tratando-se de execução fiscal é clara a lei quanto à exoneração, consoante se colhe dos artigos 7º e 39, da Lei nº 6.830/80. Enquanto não declarada inconstitucional a lei, cumpre ao STJ velar pela sua aplicação. A citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por Oficial de Justiça. Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não há que se exigir o prévio adimplemento do quantum equivalente à postagem de carta citatória. Precedentes desta Corte Superior." (STJ - REsp nº 443.678/RS, rel. Ministro JOSÉ DELGADO).

STJ - "em sendo a despesa da carta citatória contida no conceito de custas processuais, não há como se exigir seu prévio pagamento pela Fazenda Nacional". (RESP 579.320-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22/03/2004).

Desta forma, obrigar-se a Fazenda Pública a adiantar valores referentes ao processamento de ato citatório postal seria decisão *contra legem.*

E ainda, o artigo 91 do vigente Código de Processo Civil/2015 dispõe:

"As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, serão pagas a final pelo vencido."

Portanto, a Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento das custas processuais, nem despesas postais.

Ainda nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CARTA CITATÓRIA. PAGAMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA. DESCABIMENTO. ART. 39, DA LEI N.º 6.830/80. I - A Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não havendo que se exigir o prévio adimplemento do quantum equivalente à postagem de carta citatória. (REsp nº 338.454/RS, Relator Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 04/03/2002, p. 00200) II - Recurso especial provido." (RESP 510517/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, D.J.22/03/2004).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO DE POSTAGEM DE CARTA CITATÓRIA PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. 1. A citação postal constitui ato processual abrangido no conceito de custas processuais, de cujo pagamento a Fazenda está dispensada, por força do art. 39 da Lei 6.830/80. Não se confunde com despesas processuais, tais como os

Acesso ao Sumário

honorários de perito e os valores relativos a diligências promovidas por Oficial de Justiça. É indevida, portanto, a exigência de prévio adimplemento do valor equivalente à postagem de carta citatória. 2. Recurso especial provido." (RESP 579320 / SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, D.J.22/03/2004).

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PAGAMENTO DE POSTAGEM DE CARTA CITATÓRIA PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. ART. 39, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 27, DO CPC. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. PRECEDENTES. 1. O Sistema Processual exonera a Fazenda Pública de arcar com quaisquer despesas, pro domo sua, quando litiga em juízo, suportando, apenas, as verbas decorrentes da sucumbência (artigos 27 e 1.212, parágrafo único, do CPC). Tratando-se de execução fiscal é clara a lei quanto à exoneração, consoante se colhe dos artigos 7º e 39, da Lei nº 6.830/80. Enquanto não declarada inconstitucional a lei, cumpre ao STJ velar pela sua aplicação. 2."A citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por Oficial de Justiça. 3. Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não há que se exigir o prévio adimplemento do quantum equivalente à postagem de carta citatória." (Resp nº 443.678/RS) 4. Recurso especial provido." (RESP 464274 / RS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, D.J.02/06/2003).

A citação é, sem dúvida, um ato processual e, evidentemente, as despesas regressivas não se confundem com custas e emolumentos, mas a Fazenda não está sujeita à sua antecipação, a teor dos artigos 91 do Novo Código de Processo Civil/2015 e 39 da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).

Desse modo, inviável a exigência do respectivo recolhimento, que fica afastada.

Ante o exposto, para os fins supra, dá-se provimento ao presente recurso de agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2124300-73.2018.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante GLOBOTERRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são agravados ANA LUCIA SOARES DE SOUZA e MARCO ANTÔNIO DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Conheceram em parte e na parte conhecida, denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.003)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 13 de agosto de 2018.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Arresto cautelar. Possibilidade. Execução que, embora deva proceder pelo modo menos gravoso para o devedor, também deve ser realizada no interesse do exequente. Poder geral de cautela (artigo 301, do CPC), possível também em etapa de cumprimento de sentença (art. 799, VIII, do CPC). Presença dos pressupostos da tutela de urgência (artigo 300 do CPC). Ausência de risco de danos imediatos à agravante. Constrição que recai sobre saldo remanescente existente em outro processo. Excesso de execução que não foi objeto da decisão impugnada. Incidência de *astreintes* já analisada em sentença e mantida em sede de apelação, impedindo a rediscussão da matéria (art. 507, CPC). Agravo parcialmente conhecido e desprovido na parte conhecida.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado por **Globoterra Emprendimentos Imobiliários Ltda.** da r. decisão copiada às fls. 99, que no cumprimento de sentença ajuizado por **Ana Lucia Soares de Souza** e **Marco Antonio de Souza**, tratou de determinar o arresto cautelar do saldo remanescente existente no feito e expediu ordem de pagamento, nos termos adiante expostos:

"Vistos, etc.

1) Fls. 276: a parte exequente noticiou solução satisfatória para o cumprimento da obrigação de fazer imposta no dispositivo exequendo. Trata-se, no entanto, de solução não definitiva, de modo que não se poder considerar extinta a obrigação de fazer decorrente do julgado.

Acesso ao Sumário

2)Fls. 282/299: pela imprensa, na pessoa de qualquer um de seus advogados constituídos, intime-se a devedora Globoterra para pagamento, em quinze dias úteis, na forma e sob as penas do artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil atual. O valor apontado pela parte credora para pagamento do débito, referente à multa diária pelo atraso no cumprimento da obrigação de fazer, é de R$ 4.600.383,94 (em maio de 2.018).

Fica a parte devedora ciente de que, após o decurso do prazo para pagamento voluntário acima fixado, ela terá outros quinze dias úteis para que, querendo, se defenda, por meio de impugnação.

3)Fls. 301/327: defiro o arresto cautelar do saldo remanescente existente no processo indicado a fls. 302, quinto parágrafo, porque: a) a constrição em dinheiro prefere a todas as demais; b) existe crédito expressivo em favor da parte exequente neste processo, derivado da condenação por quantia (confirmada pelo venerando acórdão juntado a fls. 312/327), quando menos; c) a contumácia da devedora Globoterra em cumprir comandos judiciais é fato evidente não apenas neste processo, mas também na pletora de feitos que essa empresa tem contra si em andamento na Vara.

Expeça-se ofício, com rapidez.

Caberá à patrona da credora providenciar retirada e encaminhamento do ofício à repartição competente."

Esclarece a agravante que os agravados objetivam a cobrança de multa diária imposta em razão da tutela antecipada deferida para obrigá-la a promover a remoção da família dos autores, inclusive de seus bens, do abrigo provisório em que se encontravam para outra residência, da qual foi cientificada somente depois de decorridos quatro meses da concessão pelo corréu *Município de Itu* de aluguel social que permitiu a retirada dos autores do abrigo provisório em que se encontravam, de modo que teria ele dado o efetivo cumprimento à tutela deferida.

Ressalta que, com a revogação do benefício, em 10/09/2017, assumiu os encargos dos alugueis diretamente com o proprietário do imóvel, dando continuidade ao cumprimento da tutela, não havendo falar-se em desobediência de sua parte, que vem, ao longo do processo, tentando composição com os agravantes, sem que eles demonstrem interesse.

Pretende, por isso, a revisão da decisão agravada, arguindo a inexistência de descumprimento da obrigação que ensejasse a execução das *astreintes*; a ocorrência de excesso de penhora e a vedação ao enriquecimento sem causa. Bem como a possibilidade de redução ou extinção da multa *ex officio*, nos termos do artigo 537,§ 1°, I do CPC; assentando o perigo da demora na permanência

da constrição decorrente de cobrança indevida e exorbitante, e o risco de dano irreparável decorrente da incerta restituição do *status quo ante.*

Nestes termos, alvitra-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, e ao cabo, a reforma integral da decisão (fls. 01/18).

Indeferido o efeito almejado (fls. 132/135), sobreveio contraminuta às fls. 137/139.

É o relatório.

O agravo não comporta guarida.

Embora não se olvide que a execução deve proceder pelo modo menos gravoso para o devedor, ela deve ser realizada no interesse do exequente.

De fato, na oportunidade, o arresto fora deferido com fulcro no poder geral de cautela (artigo 301, do CPC), possível também em etapa de cumprimento de sentença (art. 799, VIII, do CPC), desde que verificados os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (artigo 300 do CPC).

Como esclarece **Humberto Theodoro Júnior**[1]:

> *"Os requisitos, portanto, para alcançar-se uma providência de urgência de natureza cautelar ou satisfativa são, basicamente, dois: (a) Um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável. (b) A probabilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o fumus boni iuris".*

E no caso, da análise dos elementos constantes na decisão impugnada constata-se o preenchimento dos requisitos autorizadores daquela medida.

Como se sabe, as medidas de arresto visam garantir o resultado prático da ação e no caso a cautela do Juízo funda-se em circunstâncias concretas que não foram objeto de impugnação específica em minuta e que não encontra contradita nos documentos acostados nos autos:

> *"*[...] *a contumácia da devedora Globoterra em cumprir comandos judiciais é fato evidente não apenas neste processo, mas também na pletora de feitos que essa empresa tem contra si em andamento na Vara."*

Admissível o arresto cautelar incidentalmente no processo de execução e presente prova de fato que autoriza admitir risco de ineficácia e inutilidade da execução, não há motivos para se desprestigiar a conclusão do d. Magistrado *a quo*.

Vale acrescentar que não se trata de medida satisfativa, mas meramente assecuratória e, por isso, adicionalmente não se entrevê risco de danos imediatos

1 *Curso de Direito Processual Civil Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 660.

à agravante na manutenção do arresto, já que, segundo a decisão agravada, a constrição recaiu sobre saldo remanescente existente em processo, vale dizer, já desafetado do patrimônio imediatamente disponível da empresa – e passível de ser desbloqueado, caso se torne desnecessário.

Quanto às demais questões postas em minuta (excesso de execução e adimplemento da obrigação), não é este o momento adequado ao seu exame.

Primeiro, porque o cumprimento da tutela e a incidência de *astreintes* já foram devidamente analisadas quando da prolação da sentença (fls. 113/123) e mantidas em sede de apelação (0003611-30.2010.8.26.0286, j. 07.02.2018) e neste ponto, é cediço que as tutelas provisórias são substituídas pela sentença, impedindo que se reabra a discussão a respeito do cabimento ou não da medida liminar (art. 507, CPC).

De outra parte, o excesso de execução é matéria a ser arguida em impugnação, e disto não tratou na decisão recorrida, valendo mencionar que, em consulta ao sítio eletrônico deste Tribunal, consta decisão proferida após a interposição do presente agravo, em que o Juízo *a quo* acolheu a impugnação apresentada pelo agravante, reduzindo o valor exequendo.

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso e **nego provimento** na parte conhecida.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1036464-51.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GROUPON SERVIÇOS DIGITAIS LTDA., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.865)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 22 de junho de 2018.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível – Multa administrativa aplicada pelo PROCON/SP – Violação aos 20, §2º, 31, 39, caput e inciso V, 48, §1º, do CDC – Empresa responsável por sítio eletrônico voltado à veiculação de anúncios publicitários, auferindo lucro com eventuais vendas dos serviços e produtos anunciados – Responsabilidade objetiva e solidariedade extraídas do diploma consumerista inaplicáveis ao processo administrativo sancionador – Institutos cabíveis somente em relação ao consumidor, hipossuficiente – Aplicação, *in casu*, dos princípios da culpabilidade e da intranscendência e individualização da pena – Imperiosa análise da culpa da empresa nas alegadas infrações – Persistência de somente duas das oito infringências constantes no auto de infração, referentes a violação aos artigos 48 e 31 do CDC – Autora que não pode ser penalizada na seara administrativa por falha na entrega de produtos e serviços por parte da anunciante ou quanto a irregularidade no funcionamento da empresa prestadora do serviço ofertado – Responsabilidade verificada apenas quanto a ilegalidade no teor de anúncio e ausência de adequado suporte ao consumidor diante do término abrupto da prestação de serviços por parte de anunciante.

Valor da multa. Quantia da multa calculada com observância do disposto no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor e dos critérios estabelecidos na Portaria Normativa n.º 26/2006, com as modificações das Portarias Normativas n.os 33/2009, 36/2010 e 38/2011 – Controle judicial – Ausência de ilegalidade ou ilegitimidade, impondo apenas adequação do valor da multa, não da base de cálculo, com fulcro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão da exclusão da maioria das apontadas infrações.

Recurso da autora parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Groupon Serviços Digitais Ltda. em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/SP),

objetivando declaração da nulidade da decisão administrativa proferida no PA n.º 06000-D8, afastando-se a multa prevista nos artigos 56, I e 57 do Código de Defesa do Consumidor, aplicada por violação aos artigos 20, §2º, 31, 39, *caput* e inciso V, 48, todos do citado diploma legal. Subsidiariamente, pugnou pela redução do valor da multa.

O pedido foi julgado improcedente (fls. 713 720).

Apela a autora (fls. 737 750), alegando, em síntese, o seguinte: a) no âmbito do processo administrativo de apuração por fato infrativo é inaplicável a responsabilidade objetiva, ocorrendo violação ao princípio da independência das instâncias ao não se observar os princípios da culpabilidade e da intranscendência, individualização e pessoalidade da pena; b) ausência de produção de provas acerca dos fatos infrativos, em desrespeito ao art. 45 do Decreto Federal n.º 2.181/1997 e 29 e 39 da Lei n.º 8.784/1999; c) responsabilidade exclusiva dos anunciantes das ofertas; d) a condução equivocada do processo administrativo implicou em violação aos princípios da legalidade, motivação, ampla defesa e contraditório. Subsidiariamente, pleiteia a revisão dos critérios de fixação da multa, alegando inobservância aos parâmetros da legislação de regência.

O recurso foi processado e contrariado (fls. 762 807).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

De início, a discussão acerca da qualidade da autora como mera intermediária ou de fato pertencente à cadeia de consumo mostra- se irrelevante no presente caso, eis que prospera a tese de inaplicabilidade da responsabilidade solidária e objetiva no âmbito do processo administrativo sancionador.

Tais institutos são especificamente pertinentes à relação de consumo e se justificam ante o propósito de resguardar o consumidor hipossuficiente, que, sem tais pressupostos, veria-se em situação amplamente desfavorável em relação aos fornecedores e produtores de bens ou serviços. De outra banda, no processo administrativo sancionador, que culmina na aplicação de penalidade, não é cabível a adoção de citados institutos por vigorarem os princípios da culpabilidade e da intranscendência e individualização da pena, em analogia ao Direito Penal. Destarte, a apuração das infrações administrativas, *in casu*, demanda aferição da ocorrência de culpa específica da autora quanto às mencionadas ofensas ao diploma consumerista, sem confundir-se com eventual condutas irregulares de exclusiva responsabilidade dos anunciantes.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se julgados deste E. Tribunal acerca de multas administrativas aplicadas pelo PROCON com fulcro nos equivocados fundamentos acima discorridos:

"A solidariedade e a responsabilidade objetiva visam, pois, à proteção

e reparação do consumidor, mas não se estendem à multa administrativa, que pressupõem a culpa do fabricante, especialmente na aquisição de automóvel zero quilômetro, notório que o veículo não é montado na concessionária, que apenas revende um bem durável.

A aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera civil (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, aplicável não só no âmbito do direito penal, mas a todo direito sancionador."

(TJSP; Apelação 1008461-97.2017.8.26.0114; Relator: Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/01/2018; Data de Registro: 09/01/2018).

"Destes dois artigos a autarquia entende que a responsabilidade integra todos os integrantes da cadeia do fornecimento, sejam fabricantes ou vendedores, e essa responsabilidade é objetiva, como se deduziria do art. 12 acima mencionado. Mas sem razão. De fato, a responsabilidade objetiva indicada no art. 12 refere-se aos danos aos consumidores, os quais, em razão de sua vulnerabilidade, ficariam desprotegidos se assim não fosse. Por isso é que o art. 19, ao tratar da solidariedade, em sua parte final, dispõe caber ao consumidor a escolha alternativa do remédio a exigir. A solidariedade e a responsabilidade objetiva visam, pois, à proteção e reparação do consumidor, mas não se estendem à multa administrativa, que pressupõem a culpa do fabricante." (TJSP; Apelação 1036022-22.2016.8.26.0053; Relator: Bandeira Lins; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/05/2017; Data de Registro: 24/05/2017).

Corroborando, de se notar que a tese ora ventilada encontra aplicação similar no Direito Ambiental, conforme jurisprudência sedimentada no C. STJ:

AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.

(...)

3. A instância ordinária, contudo, entendeu que o caráter propter rem e solidário das obrigações ambientais seria suficiente para justificar que, mesmo a infração tendo sido cometida e lançada em face de seu pai, o ora recorrente arcasse com seu pagamento em execução fiscal.

(...)

Acesso ao Sumário

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

11. O art. 14, caput, também é claro: "sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]".

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

(...)

(REsp 1251697/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,

Acesso ao Sumário

SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012).

Isso posto, verifico da cópia integral do processo administrativo acostada aos autos que, mesmo sob referida ótica, ainda persistem infrações administrativas passíveis de aplicação de multa, posto que verificada efetiva culpa da apelante nos casos apontados pelo PROCON.

Destarte, passo à análise pormenorizada de cada uma das oito infrações constantes no auto de infração n.º 06000-D8.

As F.A. 0012.000430-7 e 0111.023.741-7 versam acerca da falta de entrega de produtos adquiridos mediante ofertas veiculadas no sítio eletrônico da autora. Nesses termos, a culpa não é imputável à empresa apelante, mas sim à anunciante, detentora da mercadoria e única responsável por sua entrega, pelo qual não há que se falar em descumprimento ao art. 48 do CDC. Registro, não obstante, que há notícia de que um dos consumidores foi devidamente ressarcido (fls. 460), deixando a segunda compradora de informar os dados bancários para estorno (fls. 461).

Prosseguindo, a infração referente ao oficio n.º 15/2012/GVAG/GGAG/SS0 da ANAC não pode ser imputada à apelante, pois a responsabilidade pela regularidade dos serviços prestados pelas empresas fornecedoras dos passeios panorâmicos de helicóptero é unicamente das anunciantes, cabendo ao Groupon unicamente resguardar-se acerca do teor da publicidade, e não proceder a verdadeira investigação aprofundada e técnica acerca dos serviços prestados pela anunciante. Reforçando, verifico que a ANAC enviou à autora ofício (fls. 261) alertando acerca dos diversos anunciantes irregulares constatados em seu sítio eletrônico, recomendando que anteriormente à veiculação de anúncios similares ao ora debatido, fosse realizada prévia consulta junto à Agência Nacional para averiguação da regularidade das empresas fornecedoras dos serviços. Tal fato robustece a ausência de culpa da autora, ao menos anteriormente ao recebimento do citado ofício.

Inexistente responsabilidade também quanto à veiculação de anúncios referentes a empresa (endereço eletrônico constante do texto original) que irregularmente oferecia serviços lotéricos. Isso porque não há nos autos do processo administrativo qualquer comprovação de que anúncios de referida empresa foram veiculados no sítio eletrônico do Groupon. Note-se que as capturas de tela acostadas às fls. 275 282 e 285 290 são extraídas do próprio sítio eletrônico da anunciante, sendo inviável a confirmação de que houve exposição publicitária na plataforma digital da autora. Ademais, no ofício enviado pela Diretoria de Fiscalização do PROCON à Caixa Econômica Federal (fls. 283), não há qualquer menção à existência de anúncios no Groupon, o que tampouco é referido na resposta ofertada pela oficiada (fls. 284).

Contudo, o mesmo não pode ser dito no que tange à infringência ao art.

Acesso ao Sumário

31 do CDC (Ofício GSJDC n.º 1253/2012 da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania e Ofício n.º 205/2012 do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional). Tal se dá pois houve irregularidade no próprio corpo da publicidade veiculada no sítio eletrônico do Groupon, ao deixar de consignar as contraindicações ao tratamentos estético ofertado, colocando em potencial risco a saúde dos inadvertidos consumidores.

A F.A. 0211.404.265-2 trata de rescisão contratual entre a autora e a anunciante, que veio a prejudicar consumidor que havia adquirido pacote de viagem internacional em 09/08/2011 e, em razão do imprevisto, não obteve sucesso no embarque programado para 06/11/2011. Quanto à questão, noto que a própria Groupon lançou comunicado (fls. 203) esclarecendo que "*as viagens comercializadas pela empresa Star Travel Secive Tours Operations serão realizadas por outras operadoras, garantindo o melhor serviço de acordo com os padrões de qualidade do Groupon*". Entretanto, o que se vê da reclamação (fls. 200) é que o consumidor não logrou realizar a planejada viagem, inexistindo qualquer substituição de operadora conforme prometido pela apelante, caracterizando a infração em questão. Anoto que o tardio estorno realizado 08/12/2011 (fls. 464) não isenta a empresa, posto que são evidentes os transtornos causados pela perda de viagem agendada com antecedência, sobretudo prestada a informação não concretizada de que operadora diversa supriria a demanda.

A F.A. 0011.002.696-3 refere-se a cobrança em duplicidade de compra efetuada em 12/08/2011 no sítio eletrônico do Groupon, repetindo-se o lançamento do valor de R$81,60 no cartão de crédito da consumidora, a qual não teria sido reembolsada do valor pago a maior. No entanto, às fls. 458 consta documento que comprova o estorno da quantia em 29/11/2011. Destarte, resta afastada a hipótese de incidência do art. 39, V, do CDC, eis que não houve exigência de vantagem manifestamente excessiva por parte a autuada, muito embora o estorno tenha tardado mais de 02 meses a contar da data da solicitação (17/09/2011) e seja posterior à reclamação administrativa junto ao PROCON – Votorantim. Releva consignar que o mero atraso no estorno, embora indesejável, não implica em exigência de vantagem manifestamente excessiva, não se vislumbrando qualquer intenção nesse sentido por parte da empresa autuada.

Acesso ao Sumário

Por fim, a CIP 1680/2011 diz respeito a consumidora que adquiriu "pacote estético" em 07/06/2011 no sítio eletrônico da Groupon, sem, contudo, ser posteriormente emitido o *voucher* correspondente, tornando inviável o agendamento do serviço contratado. Conforme se vê da cadeia de e-mails acostada às fls. 191, em 20/06/2011 a Groupon respondeu à reclamação da consumidora informando que a compra havia sido realizada com sucesso e o *voucher* fora enviado ao email da cliente. Do termo do ato conciliatório (fls. 196 197) verifica-se que a reclamação da consumidora passou a se voltar não mais

em face de equívoco no sistema da apelante, mas sim quanto à falta de horários disponíveis na clínica de estética, dando mostra de que a solução informada no email acima citado de fato ocorreu. Logo, não houve culpa da empresa autora, mas sim da prestadora do serviço contratado, de modo que insubsiste a infração ao art. 20, §2º do CDC.

Nos termos acima expostos, remanescem, portanto, apenas duas das oito infrações originais, razão pela qual é forçosa nova dosimetria da pena, a fim de adequar a multa ao novo cenário fático desenhado.

Verifica-se do demonstrativo de cálculo (fls. 292 293) que a penalidade foi fixada seguindo critérios objetivos previstos nas Portarias n.º 33/2009, 36/2010 e 38/2011 do PROCON, quais sejam:

Art. 33. A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:

"PE+(REC.0,01).(NAT).(VAN)=PENA BASE"

Onde:

PE - definido pelo porte econômico da empresa;

REC - é o valor da receita bruta;

NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);

VAN - refere-se à vantagem.

§ 1° O porte econômico da empresa será determinado em razão de sua receita e obedecerá aos critérios de classificação para arrecadação fiscal, recebendo um fator fixo, a saber:

a) Micro Empresa = 220;

b) Pequena Empresa = 440;

c) Médio Porte = 1000;

d) Grande Porte = 5000.

§ 2º O elemento REC será a receita bruta da empresa, aplicando-se um fator de correção de curva progressivo quando superior a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), assim determinado:

REC = [(VALOR DA RECEITA R$ 120.000,00) x 0,10] + R$ 120.000,00

§ 3° O fator Natureza será igual ao grupo do enquadramento da prática infrativa classificada no Anexo I.

§ 4º A Vantagem receberá o fator abaixo relacionado, determinado pela vantagem com a prática infrativa:

a) Vantagem não apurada ou não auferida = 1

b) Vantagem apurada = 2

Assim sendo, inexiste irregularidade na forma de cálculo da multa. Por

outro lado, considerando que remanesceram unicamente as violações aos artigos 48 e 31 do CDC, o valor da penalidade há de ser reduzido levando-se em conta apenas as infrações persistentes, cálculo que posteriormente deverá ser efetuado pelo PROCON com base nos critérios acima dispostos, mantida circunstância agravante (aumento de 1/3 da pena base por reincidência – fls. 451).

Destarte, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

Tendo em vista o desfecho supra, arcarão as partes igualmente com as custas e despesas processuais, cabendo a definição proporcional dos honorários advocatícios quando da apuração da diferença resultante da minoração da multa, conforme art. 85, §4º, II, do CPC, considerando-se, no caso do patrono do autor, a majoração prevista no §11 do citado artigo, acrescentando 30% sobre o percentual definido, respeitado o limite do §3º, I do mesmo artigo.

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 nº 1016571-57.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ROSELI RODRIGUES SIQUEIRA, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 33.979)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – DANOS MORAIS–DETENTO–SUICÍDIO–NEGLIGÊNCIA DO ESTADO NO DEVER DE VIGILÂNCIA.

1. Autora pretende indenização por danos materiais e morais em decorrência de suicídio de seu irmão, deficiente mental, dentro de Carceragem da Cadeia Pública.

2. Provas de que o Estado, não obstante algum esforço,

se omitiu no dever de vigilância. Morte que poderia ser evitada. O Estado tem o dever de proceder guarda eficiente de sujeitos que foram entregues. Medida de Segurança imposta em desfavor de paciente com grave patologia psiquiátrica – Estado omisso no tocante a providências de resguardo médico. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos;

ROSELI RODRIGUES SIQUEIRA interpôs recurso de apelação em face da r. sentença de fls. 114/120, nos autos de ação ordinária, por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* julgou improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas judiciais, bem como aos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, respeitada a gratuidade da justiça.

Em síntese, a autora sustenta que o Estado falhou no cumprimento do dever de guarda, vigilância e de tratamento adequado à saúde do preso, principalmente por que de antemão sabido tratar-se de pessoa cujo estado físico e mental inspirava cuidados especiais sem exclusão da assistência médico-hospitalar a fim de garantir a incolumidade física do irmão da autora. Como houve descuido da Administração Pública, ao deixar o preso sozinho na cela alega ocorrência da culpa in vigilando configurando-se assim a ilicitude do fato e dever de indenizar.

O recurso encontra-se em ordem, bem processado e instruído com as razões adversas.

É o relatório. Passo ao voto.

Conheço do recurso ora interposto, porquanto tenho por presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, respeitado o entendimento do DD. Magistrado *a quo*, o eminente *Magistrado Fabrício Henrique Canelas*, esta Relatoria compreende que o recurso em foco esteja a merecer parcial provimento.

Inicialmente cobre relevo que em se tratando de matéria referente à responsabilidade civil do Estado por omissão, o instituto deve ser analisado sob o enfoque da modalidade subjetiva, isto é, impende examinar-se a existência de culpa na conduta do Estado para, então, suscitar o dever de indenização ao este público. Mas este implemento que *ex iuris*, com efeito, tem verdadeiro protagonismo - foi de fato produzido.

Ora bem, ao que consta dos autos, SILVIO RODRIGUES SIQUEIRA, irmão curatelado da autora, suicidou-se em 08 de março de 2013, por meio de

Acesso ao Sumário

enforcamento, no interior da Carceragem da Cadeia Pública de Mogi das Cruzes (fls. 24/26).

Na data dos fatos, Silvio havia sido preso por força da medida de segurança determinada pela r. sentença proferida nos autos da ação penal de n. 0003689-90.2011.8.26.0091. Custodiado na *Carceragem da Cadeia Pública de Mogi das Cruzes*, foi colocado sozinho em uma cela, a fim de aguardar transferência para internação para hospital psiquiátrico, conforme determinado em referidos autos. Em 8 de março de 2013 foi encontrado morto. Suicidou-se usando um lençol.

Não se disputa o fato de que a morte do detento ocorreu no interior da Cadeia Pública de Mogi das Cruzes; que o cidadão – preso sob custódia – foi deixado sozinho em cela, enquanto não se iniciava a necessária transferência para internação para tratamento psiquiátrico; e que o custodiado fez uso de material presente no próprio local para realizar o suicídio.

Pode-se notar, portanto, que houve por parte do Estado, em função do funesto resultado, lapso no dever de vigilância daquele que se encontrava sob sua custódia. Lapso este que é o suficiente para caracterizar a "*faute du service*" e, assim, afastar a tese de culpa exclusiva da vítima como excludente do nexo de causalidade.

Ademais como constou na r. sentença penal, que absolveu o inimputável: "*O laudo acostado aos autos é conclusivo quanto à total incapacidade do réu em reger os atos de sua vida. O sistema adotado pela nossa legislação chama-se vicariante. Segundo o critério o juiz imporá uma medida de segurança, no caso de crimes praticados por inimputáveis. Assim, impõe-se a absolvição imprópria do acusado*".

Ainda que o fato tenha decorrido *sponte propria* do *de cujus*, se tivessem os agentes considerado a notícia da patologia do *de cujus*, com muita probabilidade, esse evento poderia ser evitado. Deveras, a saúde mental do preso demandava cuidados especiais, a tornar, portanto, incontroversa a falha do dever de guarda e vigilância a ser cumprido pelo Estado. *O Boletim de Ocorrência n. 1357/2013* (acostado à fls. 78/80) *descreve o desaire: "(...) Cumpre anotar também que o preso encontrava-se sozinho na cela, pois havia notícia que o preso padecia das faculdades mentais".*

Destarte, a simples leitura dos depoimentos acostados aos autos para que se veja o elemento identificador da "*faute du service*".

A prova testemunhal produzida no *Relatório de Apuração Preliminar* de irregularidade funcional, possivelmente praticada por policiais, evidencia ainda mais a negligência do Estado, por indicar a falha na guarda, vigilância que o irmão da autora, em face da sua situação, requeria. Mas, em vez disso, havendo por desnecessária certa atenção à vítima então portadora de deficiência mental, consta-nos infelizmente, à fls. 82/87 que: *"(...) que durante*

Acesso ao Sumário

a permanência do preso na cadeia, o mesmo não apresentou comportamento agressivo ou praticado qualquer ato que justificasse a permanência de alguém o observando em período integral (fls. 86/88)"; Por fim: "alegou que o preso permaneceu o tempo todo sozinho na cela (fls. 97/99)". Embora saibamos que agentes policiais não tenham por função primária, ou missão fundamental, o encargo de prestar cuidados a pessoas doentes, houve ***omissão, culpa*** portanto, subjetiva, por parte do órgão ao qual coube o dever de preservar a vida humana de pessoa a quem se confiou sua guarda. A falha do Estado tem maior vulto. Numa circunstância assim como a que examinamos, o poder público teria que movimentar funcionários ligados à Secretária da Saúde, enfermeiros, médicos, medicamentos, tratamento enfim, ainda que o paciente se achasse recolhido preso. Não a todos, claro, penderia de cumprimento uma obrigação desta ordem, mas, aos que sabidamente se encontrassem doentes, e doentes psiquiátricos – como aconteceu aliás, com a pessoa do caso em questão.

Assim não é ocioso supor, considerando ser o irmão da autora totalmente incapaz de compreender as condutas que praticava, que, por sinal se achava em franca dependência de algum acompanhamento, que muito mais se requeria por parte do Estado para enfrentar aquela situação. Inclusive por que havia ordem de seguimento do custodiado para pronta e posterior internação. Neste passo, a falta de atenção estatal é absolutamente incivil.

Entrementes, nem se diga que o irmão da autora arrostou os obstáculos opostos pelo Administração de modo que a voluntariedade do ato tornara invencível sua ação. Dá-se de outro modo a compreensão do evento, sua evolução. Não há pois, neste interim, como desconsiderar a negligência e a omissão do Estado. Foi na cela, sem devida vigilância, que com um lençol se enforcou o custodiado. Foi justamente por não atuar com a devida prontidão na percepção destes manifestos acontecimentos que o Estado falhou.

E mais, se o quadro mental concorria para o desate de uma possível degradação da saúde, ou mesmo risco de vida, como de fato sucedeu, mais ainda, à Administração competia resguardá-lo sobremodo, para que o então sujeito à medida de segurança se detivesse de praticar o mal que acabou realizando contra si mesmo. Entre outras, agrego mais essa omissão que, ao fim e ao cabo, por ser elementar à culpa, gera o dever de indenizar.

Assim, o pleito no que concerne aos danos morais procede, uma vez que a dor da irmã em face do ocaso particularmente doloroso, dado na culminância de uma espiral de tormentosas dificuldades, que involuiu até o desate da morte do irmão, realiza o direito à indenização. A propósito, é pacífico o entendimento de a prova no tocante ao dano moral, dispensar iterativa demonstração, por exemplo, do afeto, ou do cabimento quantitativo do "*pretium doloris*". Torna-se bastante a evidência qualitativa do dano. Neste sentido o seguinte trecho: "*O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em*

Acesso ao Sumário

que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta" (C. R. Gonçalves, *in* **Responsabilidade Civil**, 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, . 570).

Estimo adequada a fixação de indenização em R$ 70.000,00 (setenta mil reais), valor compatível com as circunstâncias do caso, ao qual deve ser acrescida correção monetária contada desde a data do arbitramento (cf. Verbete n.º 362 da Súmula de Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça), adotando-se como índice o IPCA, nos termos do julgamento proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 1.270.439/PR, admitido como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973. Os juros de mora, por sua vez, serão calculados na forma do art. 406 do Código Civil, desde a data do evento danoso (cf. Verbete n.º 54 da Súmula de Jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça) até o advento da Lei Federal n.º 11.960/2009 e, a partir daí, incidirão com base nesta legislação, posto que não invalidada neste ponto pelo C. Supremo Tribunal Federal nas ADI n.º 4.357 e 4.425/DF.

Em razão da inversão no êxito da lide, condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios em favor dos patronos da autora, ora fixados em 10% do valor da condenação.

Posto isso, voto no sentido do **parcial provimento** do recurso, a fim de fixar o valor de R$ 70.000,00 – setenta mil reais, a título de danos morais, conforme fundamentação desenvolvida.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual[1]. Em caso de discordância, esta deve ser manifestada no próprio momento de sua interposição.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1043354-06.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é apelada EGNA LOURDES FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.900)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO

1 Nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 2 de julho de 2018.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. Pensão de filha de militar. Investigação social que apontou que a beneficiária manteve união estável da qual gerou um filho. Aplicação e incidência do artigo 149 da Lei Complementar Estadual nº 180/78, com as alterações introduzidas por meio da Lei Complementar Estadual nº 1.012/07. Autarquia que não foi comunicada da união. Improcedência da demanda. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

VOTO

Trata-se de ação sob o rito ordinário interposta por **EGNA LOURDES FREITAS** em face da **SÃO PAULO PREVIDÊNCIA- SPPREV** alegando que percebia pensão por morte, na condição de filha solteira, em razão do falecimento de seu genitor, 3º Sgt PM 11833 Francelino Oliveira Freitas, em 25/01/1989, mas que em 05/03/2015, foi aberto procedimento administrativo (SPPREV23730/2015) visando à apuração de eventuais fatos irregulares em relação a manutenção de pensão por morte. Pugna a nulidade do procedimento administrativo, para que seja reconhecida a inexigibilidade do débito consistente nas parcelas dos benefícios pagos entre junho de 2013 a julho de 2015, no valor de R$ 64.830,26 (sessenta e quatro mil, oitocentos e trinta reais e vinte e seis centavos), atualizada até 17/10/2016, em razão de sua natureza alimentar e recebimento de boa-fé.

A r. sentença de fls. 452/455 julgou procedente a ação e extinguiu o feito, com exame do mérito, na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar a inexigibilidade do valor de R$ 64.830,26. Sucumbente, arcará a ré com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no percentual mínimo legal previsto de 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do disposto no art. 85, parágrafo 4°, inciso III do Código de Processo Civil.

A SPPREV recorre pretendendo a inversão do resultado da demanda para que seja recebido e provido o presente recurso, julgando-se inteiramente improcedente a ação proposta (fls. 458/465).

Apresentação de resposta (fls. 469/473). Não houve oposição ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

II- Bem examinados os autos, em que pese o respeito ao posicionamento adotado pelo magistrado sentenciante, tenho pela improcedência da ação.

Sabe-se que a Administração Pública deve investigar informações a fim de apurar irregularidades de beneficiários e, após instaurado procedimento administrativo, em averiguação social ficou constatado pela Diretoria de Benefícios militares a união estável da autora com o Sr. Alexandre Munhoz Gonçalves. Constatou-se que da união nasceu um filho do casal.

A suspensão do benefício em questão está fundamentada no artigo 149 da Lei Complementar Estadual nº 180/78, com as alterações introduzidas por meio da Lei Complementar nº 1.012/07, que dispõe o seguinte:

"Artigo 149: A perda da condição de beneficiária dar-se-á em virtude de:
(...)
III - matrimônio ou constituição de união estável."

Assim, os elementos de convicção constantes nos autos, não autorizam a pretensão deduzida tendo em vista que a autora vive ou viveu em união estável, causa legal e suficiente para a revogação do benefício previdenciário.

Ademais, é fato incontroverso que a parte não procurou o Instituto Previdenciário para comunicar o ocorrido de modo a ser suspendo a benesse, fato este que afasta a boa-fé.

Destarte, não vislumbro qualquer ilegalidade quanto à pretensão da Autarquia em ver restituídos os valores pagos indevidamente. Ao contrário, a hipótese é de cumprimento dos dispositivos legais aplicáveis à matéria, com expressa vedação ao adimplemento do benefício de pensão por morte, quando comprovada a união estável da beneficiária.

Nesse sentido essa Corte de Justiça assim se posicionou:

"PENSÃO POR MORTE. Filha de militar. Pretensão ao restabelecimento da pensão. Não cabimento. Constituição de união estável comprovada, que é causa de extinção do benefício, nos termos da Lei nº 452/74, com a alteração trazida pela Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. Cabimento entre o período de dezembro de 2010 a outubro de 2012, no qual restou comprovada a má-fé no recebimento. Sucumbência da autora - Apelo da autora não provido e apelo da SPPREV provido." (Apelação 1056444-18.2016.8.26.0053; Relator: Spoladore Dominguez; Data do Julgamento: 06/12/2017).

"PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA. UNIÃO ESTÁVEL. DANO AO ERÁRIO. Ação de cobrança. Pensão por morte concedida a filha solteira. União estável declarada em escritura pública. Fato que impedia o recebimento do benefício, por afronta ao art. 8º, III, da Lei Estadual nº 452/74, com a redação conferida pela Lei Estadual nº 1.069/1976. Ação

julgada improcedente. Sentença reformada. Possibilidade de cobrança das prestações pagas, no quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação. Incidência do Decreto nº 20.910/32. Caráter alimentar, que não pode ser utilizado para autorizar enriquecimento ilícito. Sentença reformada, para a procedência da ação. Recurso provido." (Apelação 1010429-89.2014.8.26.0625; Relatora: Isabel Cogan; DJ Registro: 16/11/2017).

"PENSÃO POR MORTE. Filha de militar. Pretensão ao restabelecimento da pensão. Não cabimento. Constituição de união estável comprovada, que é causa de extinção do benefício, nos termos da Lei nº 452/74, com a alteração trazida pela Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007. Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação da autora, desprovido." (Apelação nº 1019389- 96.2017.8.26.0053, 22 de janeiro de 2018, J. M. Ribeiro de Paula).

Portanto, julga-se improcedente a ação. Em razão da sucumbência, arcará a autora com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em R$ 800,00, com base no artigo 85, §8º, do CPC, com as ressalvas do artigo 98, §3º, do mesmo diploma.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **conhece-se e dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002655-23.2014.8.26.0464, da Comarca de Pompéia, em que são apelantes/apelados SILEIDE DA SILVA GONÇALVES (JUSTIÇA GRATUITA) e WELINGTON RONI DA SILVA MOREIRA NIS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.473)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO

NOTARANGELI (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 2 de julho de 2018.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ATO ILÍCITO – DISPAROS EFETUADOS POR POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA – ARMA DA CORPORAÇÃO – REGISTRO DE TRANSGRESSÕES E EXCESSOS ANTERIORES COMETIDOS PELO AGENTE PÚBLICO – DEVER DE INDENIZAR.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF e art. 43 CC).

2. A Constituição Federal não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público (art. 37, § 6º). Por sua natureza essencial à garantia da ordem e segurança pública a atividade policial é daquelas que não permitem ao servidor se omitir ao dever jurídico de agir. O policial se considera em serviço em tempo integral.

3. Disparos efetuados por policial em período de folga com arma da Corporação. Ação administrativa, dano e nexo de causalidade demonstrado. Indenização devida. Danos morais e estéticos. Valor razoável e compatível com as circunstâncias e consequências do fato. Pedido procedente. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença de fls. 358/364, cujo relatório se adota, julgou procedente, em parte, o pedido inicial condenando a ré no pagamento de R$ 5.000,00 a cada um dos autores, a título de danos morais, e R$ 10.000,00 pelo dano estético

sofrido pela coautora Sileide, acrescidos de correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios de 10% do valor atualizado da condenação.

Inconformados, em parte, com o decisório, apelam os autores buscando a integral procedência do pedido. Para tanto, insistem na condenação da ré a indenizar o coautor Welington por danos estéticos e na majoração da indenização por danos morais, sugerindo sejam fixadas em R$ 20.000,00 e R$ 10.000,00, respectivamente, para cada um dos autores.

Também inconformada com o decisório apela adesivamente a ré objetivando a inversão do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, a inaplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva, pois o policial militar não estava em serviço e nem tampouco fardado, não tendo agido na condição de agente público. Defende que a responsabilidade é subjetiva, que não há prova de culpa e dos danos causados, pleiteando, por fim, a redução do valor indenizatório.

Recursos processados, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo das partes, merece confirmação a bem lançada sentença apelada, de lavra do culto e digno Juiz Rodrigo Martins Marques, que bem apreciou os fatos e deu correta aplicação ao direito.

A responsabilidade civil do Estado baseia-se na teoria do risco administrativo e no art. 37, § 6º, CF, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No mesmo sentido o Código Civil é expresso ao dispor que "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo" (art. 43).

A propósito, essa a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo a qual a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é "a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 22ª edição, pág. 957). Portanto, para obter a indenização basta que a vítima demonstre a ação ou omissão do Estado, o dano e o nexo causal entre este e o fato lesivo.

Na espécie, não há controvérsia quanto aos disparos efetuados pelo preposto da ré, policial militar, com arma da Corporação, causando lesão

Acesso ao Sumário

corporal leve no dedo mínimo da mão direita, sem prejuízo estético significante, conforme demonstrado nos autos (fls. 45). Não há prova material de dano estético relativamente ao coautor Welington, daí o acerto da sentença ao julgar este pedido improcedente.

Interessa saber se o Estado responde pelo fato porque, segundo a apelante, o policial militar estava de folga e não se achava no exercício de sua função, o que exclui a responsabilidade estatal. Nesse particular, porém, ressalvados os respeitáveis entendimentos contrários, a razão está com os autores, pois a Constituição Federal não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público (art. 37, § 6º).

Com efeito, por sua natureza essencial à garantia da ordem e segurança pública a atividade policial é daquelas que não permitem ao servidor se omitir ao dever jurídico de agir, de forma que o policial se considera em serviço em tempo integral. Aliás, não por outra razão o agente público portava arma pertencente à Corporação e com ela efetuou os disparos.

Não bastasse isso, a prova documental demonstra a existência de transgressões e excessos anteriores cometidos pelo policial militar (fls. 213/222), que por sinal foi punido administrativamente pelo ocorrido (fls. 428/429). Nesse cenário, irrecusável o dever de indenizar do Estado, sendo de rigor o acolhimento da pretensão.

A propósito, a matéria tem precedentes na jurisprudência do Colendo STF, consoante se infere da ementa dos seguintes venerandos arestos:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido" (RE 160401/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20/04/1999, DJ 04/06/99).
>
> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AGENTE PÚBLICO FORA DE SERVIÇO. CRIME PRATICADO COM ARMA DA CORPORAÇÃO. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1. Ocorrência de relação causal entre a omissão, consubstanciada no dever de vigilância do patrimônio público ao se permitir a saída de policial em dia de folga,

Acesso ao Sumário

portando o revólver da corporação, e o ato ilícito praticado por este servidor. 2. Responsabilidade extracontratual do Estado caracterizada.

3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido" (RE 213525 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-05 PP-00947 RTJ VOL-00209-02 PP-00855).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. Crime praticado por policial militar durante o período de folga, usando arma da corporação. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 418023 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-04 PP-00741 RTJ VOL-00207-03 PP-01206).

Nesse sentido também há precedentes na jurisprudência deste E. Tribunal, conforme se infere das ementas dos seguintes arestos:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL – TETRAPLEGIA CAUSADA EM TRANSEUNTE POR DISPARO DE ARMA DE FOGO, DURANTE SUPOSTA TENTATIVA DE ROUBO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL – POLICIAL MILITAR QUE NELE EXERCIA ATIVIDADE EXTRA COMO SEGURANÇA PARTICULAR ("BICO"). Ação ajuizada contra a Fazenda do Estado, com fundamento na teoria da responsabilidade subjetiva. Militar denunciado à lide. Conduta culposa. Análise dos fatos nesse sentido, pelo Juízo de Direito Criminal, no processo movido contra um dos acusados de roubo. Imputação peremptória, no âmbito administrativo-militar, de que "no calor dos fatos" ele efetuou disparos com a arma da Corporação "em local público e não atentando para as normas básicas de segurança durante a utilização de sua arma colocando em risco a vida de civis que por lá trafegavam" Culpa "in vigilando" do Estado em relação ao agente público, ao confiar-lhe armamento e não fiscalizar eventual utilização em horário de folga Circunstâncias suficientes para caracterizar responsabilidade civil. Irrelevantes ao desate da lide as conjecturas de adulteração da prova material e de defeito em uma das armas dos acusados, bem como que o resultado das provas balística e médico-legal tenha sido inconclusivo Em suma: prescindível, no caso, a apuração da autoria do disparo lesivo Sentença de improcedência das lides principal e secundária Apelação do autor parcialmente provida, para julgar procedente em parte a primeira ação (porquanto incabíveis alguns dos pedidos) e procedente "in totum" a

Acesso ao Sumário

segunda ação (direito de regresso). Processo: APL 1667285620088260000 SP 0166728-56.2008.8.26.0000, Orgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 11/11/2011, Julgamento: 9 de Novembro de 2011, Relator Gonzaga Franceschini).

Ação de indenização de danos materiais e morais decorrentes de lesões causadas por disparo de arma de fogo. Policial militar que portava revólver da Corporação em dia de folga. Ocorrência de lesões que incapacitaram a vítima para o trabalho por dois meses e meio. Responsabilidade civil do Estado configurada. Lucros cessantes incontroversos. Cabimento da reparação pecuniária do dano moral. Readequação do quantum indenizatório. Recurso oficial e apelação providos em parte. (Processo: APL 01309750620068260583 SP 0130975-06.2006.8.26.0583, Orgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público, Publicação: 23/06/2014, Julgamento: 2 de Junho de 2014 Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez).

Apelação Cível – Responsabilidade civil – Indenização por danos morais. Ação ajuizada pelos pais e pelo espólio de vítima de homicídio decorrente de disparo de arma de fogo efetuado por policial militar – Ilegitimidade ativa ad causam manifesta – Extinção decretada em relação ao espólio, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC. Filha dos autores vítima de homicídio decorrente de disparos de arma de fogo efetuado por policial militar contra sua ex-esposa – Policial militar que, embora não se encontrasse em horário de trabalho, se utilizou de arma de propriedade da Corporação para praticar os homicídios seguidos de suicídio – Cartas e ameaças dirigidas à ex-esposa relatadas por esta aos superiores do policial – Mudança de comportamento e problemas psicológicos notados por toda a equipe com a qual o policial trabalhava, sem que qualquer providência tenha sido adotada por seus superiores hierárquicos – Nexo causal configurado, daí decorrente a responsabilidade estatal pelo pagamento de indenização pelos danos morais experimentados pelos autores – Lucros cessantes não demonstrados. Pedido improcedente – Recurso provido em parte para julgar parcialmente procedente o pedido, condenado o requerido ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 50.000,00, corrigido monetariamente a partir da publicação do acórdão – Sucumbência recíproca reconhecida. Julga-se extinto o processo em relação ao Espólio de Mariane Fernanda Mendonça de Mattos e dá-se provimento parcial ao recurso interposto. (Processo: APL 00112044720118260037 SP 0011204-47.2011.8.26.0037, Orgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público, Publicação: 28/08/2013, Julgamento: 17 de Abril de 2013, Relator Ricardo Anafe).

Responsabilidade civil. Policial Militar que atingiu o autor com disparo, fora do exercício de sua função. Evento que resultou na aposentadoria

Acesso ao Sumário

por invalidez do requerente. Arma de fogo pertencente à corporação. Indenização por danos morais devida. Precedentes deste E. Tribunal. Quantum indenizatório arbitrado em patamar adequado. Reexame necessário não conhecido, em virtude do § 2º do art. 475 do CPC. Sentença mantida. Recurso da requerida parcialmente provido. Processo: APL 00010949420148260453 SP 0001094- 94.2014.8.26.0453, Orgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público, Publicação: 15/03/2016, Julgamento: 8 de Março de 2016, Relator: Luciana Bresciani).

Nessas circunstâncias, presente o dever de indenizar. A indenização do dano moral deve se pautar por dois aspectos: o retributivo e o punitivo. O primeiro visa dar o mínimo de conforto material àquele que teve sua tranquilidade de espírito violada e o segundo destina-se a desestimular que o autor da ofensa volte a realizar a conduta que ensejou a dor, tristeza, aflição e sofrimento naquele.

Prestam-se esses parâmetros para garantir que a condenação não se transforme em fonte de enriquecimento sem causa do ofendido, mas que não seja irrisória ao ofensor a ponto de não o inibir de repetir a conduta lesiva. Nesse passo, mostra-se plenamente razoável e proporcional a fixação do *quantum* em R$ 5.000,00 para cada autor a título de danos morais.

Quanto aos danos estéticos, somente foram efetivamente comprovados em relação à coautora Sileide, que perdeu a ponta do dedo mínimo da mão direito (fl. 34), não havendo prova segura da existência dessa modalidade de lesão em relação ao coautor Welington. A quantia fixada na sentença também se mostra adequada, razoável e compatível com as circunstâncias e consequências do fato, daí porque não comporta modificação.

Também quanto aos encargos da mora a sentença se acha correta, pois decidiu em conformidade com o entendimento do Colendo STF no julgamento do Tema nº 810, que trata da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.497/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Por essas razões, nega-se provimento aos recursos confirmando-se a r. sentença apelada ficando os honorários advocatícios anteriormente fixados majorados para 15% do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 11, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001561-18.2013.8.26.0418, da Comarca de Paraibuna, em que são apelantes/apelados DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO

PAULO – DER e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante TAMOIOS – EMPREENDIMENTOS E LAZER S/C LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolhida em parte da apelação e não provimento do recurso adesivo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.950)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: DESAPROPRIAÇÃO.

– O STF, ao julgar a ADI 2.332 , em 17 de maio de 2018 , reconheceu a constitucionalidade do art. 15-A do Decreto-lei n. 3.365/1941 no tocante à taxa anual de 6 % para os juros compensatórios, dando interpretação conforme a Cf-88 para definir a base de cálculo dessa verba como a diferença entre 80 % da oferta inicial, acrescida do depósito complementar e a indenização fixada na sentença.

– Em que pese à instituição financeira depositária corrigir o montante a ela confiado, a fim de manter seu valor real, a responsabilidade pelo pagamento da indenização atualizada monetariamente, todavia, é da expropriante.

– Os juros de mora, na desapropriação, quando submetidos ao regime de precatório, devem contar-se do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição federal de 1988.

Acolhida em parte da apelação e não provimento do recurso adesivo.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO:

1. Com apoio no Decreto local n. 58.029/2012 (de 9-5), o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo-DER ajuizou ação contra Tamoios Empreendimentos e Lazer S/C Ltda., visando a desapropriar-lhe um imóvel com superfície total de 6.346, 36 m², objeto da matrícula n. 772, do

Registro Predial do lugar, oferecendo indenização equivalente a R$ 282. 600,00, quantia depositada logo após o recebimento da incoativa, com pleito de imissão prévia na posse (fls. 64).

2. A requerida contestou, discordando da oferta (fls. 74-6), vindo aos autos laudo pericial prévio que estimou o valor do terreno em R$ 390.000,00 para março de 2014 (fls. 98-148), efetuando a requerente o depósito complementar (fl. 158).

3. Deferiu-se a imissão provisória na posse, sendo a medida efetivada em 12 de setembro de 2014 (fl. 165).

4. A requerida pleiteou o levantamento de 80 % do valor depositado (fls. 172-3), determinando o M. Juízo a apresentação do registro da sociedade, nos termos do art. 998 do Código civil (fl. 177).

5. O perito apresentou seu laudo definitivo, ratificando o estudo inicial (fls. 313-9), com o qual concordou a requerida (fl. 352), e, em virtude da divergência da expropriante (fls. 342-50), elaborou-se a prova pericial complementar, avaliando o imóvel em R$ 357.630,00, para março de 2014 (fls. 360-9).

6. A r. sentença julgou procedente o feito, acolhendo o preço indenitário apontado no último laudo pericial, valor a ser corrigido a partir da elaboração deste até o efetivo pagamento, segundo os critérios da Lei n. 11.960/2009 (de 29-6). Sobre a quantia apurada pelo perito judiciário, determinou-se a incidência de juros compensatórios desde a imissão na posse, sobre a diferença entre a oferta inicial e o montante indenizatório, com a taxa anual de 12 %, e de juros de mora de 6% ao ano, computados a partir do trânsito em julgado, observada a mesma base de cálculo, que deve ser utilizada também para o cômputo dos honorários advocatícios, à taxa de 5%. Por fim, ressaltou a necessidade de observância do art. 998 do Código civil para o levantamento do valor (fls. 384-7).

7. Do decidido, apelou a expropriante, sustentando o não cabimento de juros compensatórios e moratórios, por ser o valor depositado nos autos superior ao da indenização fixada na r. sentença, bem como ser incabível a correção monetária, uma vez que a instituição financeira já atualiza a quantia a ela consignada. Subsidiariamente, requer que (i) a base de cálculo dessas verbas seja a diferença entre o montante depositado e o indenitário, (ii) o termo inicial dos juros de mora observe o disposto no art. 100 da Constituição federal, (iii) sejam aplicados os critérios da Lei n. 11. 960 /2009 para os juros de mora, correção monetária e juros compensatórios, ou, quanto à última verba, a taxa anual de 6%. Alega, por fim, a impossibilidade de cumulação das duas espécies de juros, e a excessividade dos honorários sucumbenciais (fls. 393-409).

A demandada interpôs recurso adesivo com o escopo de afastar a exigência de outros documentos além dos referidos no art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/1941 (de 21-6) (fls. 417-20).

Acesso ao Sumário

Os recursos foram respondidos (fls. 421-5 e 432-4).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 9 de maio de 2018 (*e*- pág. 437).

VOTO:

8. Nos termos do § 1 º do art. 28 do Decreto-lei nº 3. 365 /1941 (de 21-6), diploma de regência da desapropriação por utilidade pública e constitutiva de servidão administrativa (art. 40), cabe a obrigatória duplicidade de grau de jurisdição em casos de "sentença que condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida".

Para a espécie, não cabe a remessa necessária por não verificada a circunstância mencionada nessa norma.

9. Trata-se de demanda expropriatória, cingindo-se os recursos à reforma dos critérios de correção monetária e de juros de mora e compensatórios, e aos requisitos para levantamento do valor indenitário.

10. Vindo aos autos o laudo pericial prévio, depositou a autora a quantia nele indicada – R$ 390.000,00 – a fim de possibilitar a imissão na posse.

Os juros compensatórios visam a indenizar os requeridos pela antecipada perda do imóvel produzida pela imissão provisória na posse, ao passo que os juros de mora se tornam devidos a partir do atraso no pagamento do valor **integral** da indenização.

O STF, ao julgar a ADI 2.332 , em 17 de maio de 2018, reconheceu a constitucionalidade do art. 15-A do Decreto-lei n. 3.365/1941 no tocante à **taxa anual de 6%** para os juros compensatórios, dando interpretação conforme a Cf-88 para definir a base de cálculo dessa verba como a diferença entre **80% da oferta inicial, acrescida do depósito complementar e a indenização fixada na sentença.**

Isso porque no momento da supressão do direito ao gozo da propriedade o expropriado não poderia levantar parcela maior do que a determinada no § 3º do art. 33 do Decreto-lei n. 3.365/1941, de forma que essa verba se consubstancia em reparação pela perda antecipada desse direito, devendo o expropriante suportar esse encargo ante a transferência prévia da posse.

Esse raciocínio enseja a aplicação aos juros de mora da mesma base de incidência.

Ressalta-se que esse posicionamento já estava consolidado no egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.671.179 - Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 12-12-2017; REsp 1.683.045, j. 16-11-2017, e **AgRg no AREsp 257.788**, j.11-3-2014 ambos relatados pelo Min. HERMAN BENJAMIN; **AgRg no REsp 1.442. 358** - Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j . 16-9-2014; **REsp 1.300.574** - Rel. Min. ELIANA CALMON, j . 1-10-2013).

Acesso ao Sumário

Cabe acolher, portanto, o pedido subsidiário da expropriante para que as referidas verbas sejam calculadas sobre a diferença entre a indenização fixada no r. *decisum* recorrido e o valor depositado nos autos com o fim de permitir a prévia imissão na posse, computando-se juros compensatórios de 6 % ao ano.

11. O termo *a quo* para a correção monetária do valor indenizatório deve ser a data base apontada no laudo pericial.

É certo que a instituição financeira em que foi feito o depósito judicial deve corrigir o montante a ela confiado, a fim de manter seu valor real. A responsabilidade pelo pagamento da indenização atualizada monetariamente, todavia, é do expropriante, não cabendo atribuir ao estabelecimento bancário a obrigação de satisfazer a requerida.

12. . O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do REsp 1.495. 146 , em 22 de fevereiro de 2018, sob o regime de recurso repetitivo, corroborou o entendimento do STF no RE 870.947 sobre a aplicação da Lei n. 11. 960 /2009 (j. 20-9-2017), pormenorizando os índices aplicáveis de acordo com a natureza da condenação:

> "No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1 º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital."

Desta forma, inaplicáveis as disposições da Lei n. 11.960/2009 para o caso em tela, diante de norma especial regendo a matéria, ressaltando-se que a correção monetária deve observar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial-Ipca-E, nos termos dos referidos julgados dos Tribunais Superiores.

13. . Tratando-se de juros moratórios em desapropriação promovida por autarquia, o art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho 1941, incluído pela Medida Provisória nº 1.577, 30 de outubro de 1997, prescreve devam contar-se esses juros com a taxa anual de 6%, **a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição federal de 1988**, porque não se pode reconhecer situação de mora nas hipóteses em que o pagamento é realizado segundo os ditames constitucionais relativos ao regime de precatórios.

Nesse sentido, recolhe-se de precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "Esta Corte firmou sua jurisprudência no sentido de que, quando for executada a Fazenda Pública, só incidem juros moratórios se a verba honorária não for paga no prazo estipulado para o pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor, conforme o caso. Nesse sentido: REsp 1.096.345/RS, 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES,

Acesso ao Sumário

DJe de 16. 4.2009 ; REsp 1.132.350/RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17.12.2009; AgRg no REsp 960.026/SC, 1 ª Turma, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 2.6.2010" (REsp 1.141.369-Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 15-10-2010).

Referido entendimento foi consolidado pelo colendo Supremo Tribunal Federal no verbete nº 17 da sua Súmula vinculante:

"Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos."

14. Pronunciou-se o egrégio Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades acerca da questão do anatocismo entre juros compensatórios e moratórios, consolidando o posicionamento dessa Corte Superior em regime de recurso especial repetitivo:

– "Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se trata de encargos que incidem em períodos diferentes: **os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional**." (AgR no REsp 932.079 - Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 2-6-2010 - o destaque não é do original).

– "Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC 62 /09.

Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se tratam de encargos que **incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional.**

4. Recurso especial parcialmente provido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC." (REsp 1.118.103 - Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 8-3-2010 - o destaque não é do original).

Solidado mostra-se o entendimento da impossibilidade de cumulação dos juros compensatórios e moratórios, calculando-se os primeiros entre a data da imissão antecipada na posse e a expedição do precatório, somente incidindo os juros de mora no caso de não pagamento do título da dívida pública no prazo estabelecido no § 5º do art. 100 do Cf-88.

15. No tocante com os honorários advocatícios, fixou- os a sentença em 5 % sobre a diferença entre a oferta inaugural e a indenização, com isso se

Acesso ao Sumário

atendendo à Medida Provisória n. 1.997-37, de 11 de abril de 2000, que alterou o disposto no art. 27, §§ 1 º e 3º, inc. II, do Decreto-lei n. 3.365, prevendo que a verba honorária, em ações de desapropriação (art. 40), deva assinar-se com a taxa de meio a cinco por cento.

O valor da verba honorária fixada na origem, representaria, em março de 2014 , aproximadamente R$ 3.751, 50, não se vislumbrando a excessividade indicada na apelação.

16. A exigência da juntada do ato constitutivo atualizado da requerida não está ligada ao art. 34 do Decreto-lei n. 3.365/ 1941, mas se trata de controle da representação processual.

Nos termos dos arts. 998 e 999 do Código civil, há necessidade de averbação das modificações no contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, a fim de que essas produzam efeitos em relação a terceiros, mostrando-se correta a providência determinada pelo M. Juízo *a quo.*

17. 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, meu voto nega acolhida ao recurso de Tamoios Empreendimentos e Lazer S/C Ltda., dando provimento em parte ao recurso do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER para:

– definir como base de cálculo dos juros compensatórios e moratórios a diferença entre a indenização final e 80% da oferta inicial e do depósito complementar;

– determinar que os juros compensatórios incidam, à taxa de 6%, desde a imissão na posse até a expedição do precatório;

– fixar como termo inicial dos juros de mora 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição federal de 1988;

– ordenar que a correção monetária observe o Ipca-E, mantendo, no mais, a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 0001561-18.2013 da Vara da Comarca de Paraibuna.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000891-93.2017.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CASA DA CRIANÇA

DE JALES, EGMAR JALMIL BERTO, LIEGE CRISTINA ESTEVES ALTOMARI BERTO e IGREJA BAPTISTA DA COMUNIDADE.

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 23.169)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), RUBENS RIHL e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pedido de anulação de doação de imóvel e ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal em decorrência de pagamento de aluguel pela administração pública – Doação de imóvel público pelo Município de Jales para entidade de amparo ao menor não precedida por lei municipal autorizando a alienação – Doação realizada no ano de 1980 – Ação ajuizada somente no ano de 2017 – Vício sanável – Estabilidade das relações jurídicas de boa fé e demais condições do ato questionado que justificam a sua manutenção – Recurso não provido.

VOTO

Recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 411/414, que julgou improcedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Casa da Criança de Jales, do Município de Jales, de Egmar Jalmil Berto, Liege Cristina Esteves Altomari Berto e da igreja Baptista da Comunidade, reconhecendo a ocorrência de prescrição para pleitear a anulação do ato administrativo de doação do imóvel pelo Município de Jales à Casa da Criança para reintegra-lo ao patrimônio do Município e a condenação dos requeridos ao ressarcimento do erário público municipal pelo uso do imóvel, com lucros cessantes equivalentes aos alugueis devidos no período, sem condenação das partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por força do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Acesso ao Sumário

Apela o Ministério Público alegando que não ocorreu a prescrição, uma vez que no caso o autor se insurge em favor do erário municipal, pretendendo anular ato jurídico eivado de nulidade absoluta desde seu nascimento, de modo

que não se convalida pelo decurso do tempo, anotando, ainda, que não se opera a prescrição e decadência em ação declaratória; aponta que ao declarar a prescrição, reconheceu, por vias obliquas, o direito de usucapião sobre imóvel público, o que é inviável, tendo em vista que a utilização de bens públicos não induz posse, mas trata-se de mera utilização do imóvel pelo particular; sustenta que a doação do imóvel pelo Município em favor da Casa da Criança se deu sem ser precedida por lei municipal autorizando, em desrespeito ao art. 63, I, alínea "a", do Decreto-Lei Complementar Estadual nº 09/69, que correspondia a Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, de modo que está eivada de vício, assim como os demais atos subsequentes à doação; ressalta que o art. 17, *caput* e inciso I, da Lei de Licitações veda a convalidação de atos nulos; insiste que os réus, que usufruíram do imóvel desde a data da doação (novembro/1980) sem possuir o seu título, devem ressarcir a municipalidade pelos prejuízos e lucros cessantes relativos ao período que utilizaram o imóvel, destacando que a CF, em seu art. 37, § 5º, dispõe que as ações de ressarcimento são imprescritíveis; requer o prequestionamento das normas invocadas. Pede o provimento do recurso (fls. 420/436).

Recurso tempestivo e dispensado de preparo; contrarrazões apresentadas pela Casa da Criança de Jales às fls. 441/450, pela Igreja Batista da Comunidade às fls. 451/466 e por Egmar Jamil Berto e Liege Cristina Esteves Altomari Berto às fls. 468/476, não foram apresentadas contrarrazões pelo Município de Jales (fls. 477).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo acolhimento do recurso de apelação, para anular a r. sentença, afastar a prescrição reconhecida e determinar o prosseguimento do feito em 1º grau (fls. 484/491).

É o relatório.

O Ministério Público ingressou com ação civil pública em face da Casa da Criança de Jales, do Município de Jales, de Egmar Jalmil Berto, de Liege Cristina Esteves Altomari Berto e da Igreja Baptista da Comunidade, apontando que, em 14/11/1980, o Município procedeu com a doação do imóvel situado à Rua do Estado, nº 1865, descrito na matrícula nº 07/501 do Cartório de Registro de Imóveis de Jales, em favor da Casa da Criança, mediante escritura pública lavrada perante o 2º Tabelionato de Notas de Jales.

Ressaltou que, em 17/05/2012, por requerimento da Casa da Criança, aquele imóvel foi divido em duas partes; a parte A foi inscrita na matrícula 39.059 e a parte B foi inscrita na matrícula nº 39.060, ambas realizadas no Cartório de Registro de Imóveis de Jales, tendo sido vendida a parte A em 24/09/2012 para o réu Egmar Jamil Berto e Liege Cristina Esteves Altomari Berto, pela quantia de R$ 240.000,00 e, em 08/11/2012, aqueles réus alienaram-na para a Igreja Batista da Comunidade, atual proprietária de parte da área original.

Acesso ao Sumário

Já a parte B continua pertencendo à Casa da Criança, encontrando- se, atualmente, locada ao Município, mediante pagamento de aluguel mensal em favor da entidade.

É certo que o ato de doação do imóvel não foi precedido de lei municipal autorizativa, de modo que, para o Ministério Público, o ato originário de doação à Casa da Criança e os atos subsequentes de alienação daquele imóvel para terceiros estão eivados de nulidade; por isso, requereu a declaração de nulidade da doação, com a consequente reintegração do imóvel ao patrimônio municipal e o ressarcimento ao erário municipal pelo uso do imóvel, com lucros cessantes equivalentes aos alugueis devidos no período em que o imóvel ficou locado ao próprio Município.

A doação do imóvel pela administração pública à Casa da Criança efetivamente não observou o disposto no art. 63, I, "a", do Decreto-Lei Complementar Estadual nº 09/69 (Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo), vigente à época da realização do negócio jurídico, todavia, a anulação daquele ato no atual momento, decorridos mais de 35 anos, já não se mostra possível.

Ao que consta o imóvel doado não era bem público de uso comum nem de uso especial, classificando-se, então, como bem dominical (art. 66, III, do Código Civil de 1916, e art. 99, III, do Código Civil de 2002), condição que não dispensava a autorização legislativa para doação, mas igualmente não o tornava absolutamente inalienável, nem exigia desafetação.

O vício ocorrido é, então, sanável e o decurso do tempo, deve, ao lado de outros fatores, ser considerado na avaliação de eventual nulidade.

Para Weida Zancaner são "***atos absolutamente insanáveis aqueles que tem por objeto a prática de um ato criminoso, isto é, de um comportamento a que o Direito atribui sanção extrema***" (in "Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos", Ed. Malheiros, 3ª ed., p. 117); adotada a classificação proposta pela autora, o ato praticado enquadra-se na categoria dos atos relativamente insanáveis, em relação aos quais, quando ampliativos de direitos de beneficiários de boa-fé, deve ser assegurada estabilidade, quando já decorrido o prazo de cinco anos previsto na Lei Federal 9.784/99.

Acesso ao Sumário

Analisando o mesmo tema, Carlos Bastide Horbach, exemplificando com julgado do STJ (REsp 1.047.524), aponta que o prazo decadencial previsto na Lei 9.784/99 "***consagrou os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima como limites à concepção de que os atos nulos não produzem efeitos***" (in "***Teoria das Nulidades do Ato Administrativo, Ed. RT, 2ª ed., p. 226); acrescenta que "A permanência do ato administrativo eivado de ilegalidade tal como foi editado ou mediante ratificação ou convalidação dependerá da natureza do vício, do confronto do princípio da***

legalidade e de outros preceitos do ordenamento (por exemplo: segurança e certeza das relações jurídicas, consolidação de situações) do sopesamento das circunstancias envolvendo o caso, da finalidade pretendida pela norma lesada." (op. cit., p. 232).

Não há qualquer referência nos autos a eventual má-fé dos envolvidos; ao contrário, a natureza da atividade da beneficiária permite presumir um fim público na sua atuação, amparo aos menores e suas famílias, cuja incumbência cabia e cabe, preponderantemente, a própria doadora.

Inexiste, ainda, qualquer indicação de desvio de finalidade ou manutenção de situação geradora de ilegalidade ou manutenção de benefício incompatível com o ordenamento jurídico, a justificar a anulação do ato.

A iniciativa legislativa da lei autorizadora era concorrente, o próprio Executivo poderia ter apresentado aquela proposta, de modo que observada a finalidade pública do ato, compreende-se que, em períodos de maior concentração do Poder no Executivo (ato praticado em 1980), os fatos tenham se aperfeiçoado sem estrita observância a legalidade.

Neste momento, parte do imóvel já está registrado em nome de terceiros, igualmente, ao que consta, adquirentes de boa-fé a título oneroso, condição que confirma a necessidade de proteção as relações jurídicas consolidadas.

Finalmente, as recentes alterações na denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (introduzidas por meio da Lei 13.655/18), apontam a importância de aferir, nos casos de anulação de atos, "***a necessidade e adequação da medida imposta***" (art. 20, parágrafo único) e afastam a possibilidade de indiscriminada invalidação de "***situações plenamente constituídas***" (art. 24).

Assim, embora não se trate de admitir a aquisição de bens públicos pela prescrição aquisitiva (o que contraria a Sumula 340 do STF), o que se afirma é que o decurso do tempo, a boa-fé dos envolvidos, a finalidade do ato questionado e a possibilidade de sua convalidação, pela sua natureza, já não autorizam declarar a nulidade da doação, decorridos mais de 35 anos.

Mantida a validade do ato praticado, não cabe a pretensão de ressarcimento.

Para efeito de prequestionamento, anoto que não houve violação ou negativa de vigência a qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição, destacando, finalmente, que a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 15/233, 30/341, 64/183) tem admitido o prequestionamento implícito.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento do recurso de apelação, alterada em parte a fundamentação da r. sentença, sem honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000447-76.2016.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que são apelantes SIMONE GOMES PEREIRA PINHO e JOSÉ MARCELO FERREIRA PINHO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ALTAIR.

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 e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.141)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente), DANILO PANIZZA e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de indenização – Falha no setor de saúde – Falta de médico plantonista – Direito fundamental à saúde – Prévia discussão acerca da obrigação de prestar pronto atendimento à população nos casos de urgência/emergência sem necessidade de transferência para local próximo em ação civil pública, que terminou julgada procedente, em segundo grau de jurisdição – Ré, na ação indenizatória, que também foi parte na ação civil pública – Fatos próprios da ação indenizatória que também foram objeto, considerados e avaliados na ação civil pública – Interdependência de causa de pedir, embora com diversidade de pedidos – Risco de decisões conflitantes – Prevenção da 12ª Câmara desta Seção de Direito Público, ante o julgamento da apelação relativa à ação civil pública – Incompetência para julgamento do recurso da apelação desta ação configurada – RECURSO NÃO CONHECIDO com determinação de redistribuição.

"A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos,

Acesso ao Sumário

na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados" (artigo 102, "caput", do antigo RITJSP e art. 105 do novo RITJSP).

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Simone Gomes Pereira Pinho e outro** (fls. 311/316) em ação de indenização proposta em face do **Município de Altair**, contra a r. sentença (fls. 296/307) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, com condenação da apelada à reparação por danos morais no valor de R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais).

Os apelantes alegam, em síntese: **(a)** o cabimento de danos materiais, uma vez que a pensão mensal decorrente da morte de filho menor constitui recompensa pela perda da esperança futura de trabalho remunerado do filho em auxílio dos pais; **(b)** a modificação na forma de arbitramento dos honorários advocatícios.

Recebido o recurso, foi contrariado (fls. 366/372), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. sentença recorrida.

Trata-se de ação de indenização por omissão de atendimento médico no município de Altair-SP, ajuizada pelos pais, em razão da morte de seu filho, que faleceu após procurar por atendimento médico, percorrendo mais de 50 km dentro de uma ambulância, até chegar quase sem vida na cidade de Olímpia.

A discussão central da lide repousa em saber se é, ou não, imprescindível para a garantia da vida o atendimento à saúde por médico plantonista, prestando os primeiros socorros àqueles que não têm condições de serem transportados para municípios vizinhos. E, daí, nesta ação, se discute, ante essa omissão, se o município tem o dever indenizatório, e em qual medida.

Para além das questões preliminares afastadas na r. sentença ora atacada, as questões de fundo giram em torno da falta de atendimento médico imediato ao menor *Raul Vicente Gomes Pinho*, com prescrição de medicação anticonvulsiva e antitérmica, por médico plantonista, e da existência de nexo causal entre a falta desse serviço e o resultado danoso (morte do menor) e, daí, a extensão da indenização.

Todavia, em outro feito, ou seja, em ação civil pública (na qual também figura como parte a mesma parte ré deste processo), o mencionado atendimento a saúde, em regime de plantão médico (24h), à população local de urgência/emergência sem necessidade de deslocamento para cidade próxima foi objeto

Acesso ao Sumário

de exame e julgamento, no foco de sua legalidade, ou não, conforme se colhe no v. acórdão da 12ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, Ap. nº 0005171-14.2014.8.26.0400, rel. **Des. Osvaldo de Oliveira**, julgada em 27/07/2016.

E mais: os fatos próprios que estão na causa de pedir desta indenização, também se encontram na ação civil pública, e foram objeto de consideração e avaliação nessa outra ação. Confira a ementa e parte dos fundamentos desse outro julgado:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA.1. Municípios de Altair e Embaúba - Pedido de condenação na obrigação de fazer consistente no dever de prover o atendimento da população local, nos casos de urgência/emergência, em regime de plantão vinte e quatro (24) horas, com disponibilização de profissional médico capacitado para prestar os primeiros socorros em seu território, sem necessidade de deslocamento do paciente para outras localidades - Cabimento - Intervenção do Poder Judiciário que se mostra viável para o cumprimento de dever constitucional - Direito à saúde assegurado pela regra jurídica do artigo 196 da Constituição Federal, que constitui norma de eficácia imediata - Poder Judiciário que não se transforma em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública, mas apenas confere efetividade ao mandamento constitucional, que intenta preservar o direito de integral assistência à saúde - Precedentes jurisprudenciais - Reforma da sentença. 2. Recurso provido.*
>
> *(...)*
>
> *Na espécie dos autos, o triste falecimento do bebê Raul Vicente Gomes Pinho, de apenas um (1) ano e um (1) mês de vida, residente no Município de Altair, é sintomático e aponta que, efetivamente, a assistência à saúde presencial da população, em regime de plantão 24 horas, para atendimento de urgência/emergência, é absolutamente imprescindível para a garantia da vida de pacientes que não têm condições clínicas de serem deslocados para Municípios vizinhos, ainda que em curto espaço de tempo e em veiculo (ambulância) que, em tese, estaria totalmente instrumentalizado e equipado para prestar os primeiros socorros adequadamente.*
>
> *As palavras dos médicos que participaram do atendimento preliminar na Unidade de Pronto Atendimento do Município de Olímpia (destino para o qual foi encaminhado o bebê) deixam transparecer que o quadro clínico do paciente poderia ser reversível, mediante ministração de anticonvulsionante e antitérmico (fls. 44 e 63). Veja-se que a médica Solange Aparecida Cabrelli (pediatra) afirmou, em seu depoimento, que o menor, que estava com crise convulsiva e em estado cianótico (arroxeamento do corpo), estava acompanhado de apenas uma auxiliar de enfermagem, sem a aplicação de nenhum medicamento, oxigênio ou acesso venoso (fls. 63). A auxiliar de enfermagem, inclusive, que*

Acesso ao Sumário

acompanhou o bebê, confirmou, expressamente, que: "(...) não havia médico plantonista na cidade de Altair e que não ministrou nenhum medicamento para a criança, seja na cidade de Altair ou durante o percurso até a cidade de Olímpia (...)" (vide fls. 72/74).

Não se pretende, aqui, à toda evidência, examinar a adequação do primeiro atendimento realizado em favor do menor, até a sua deslocação para o Município de Olímpia. Trata-se de tema absolutamente alheio ao objeto da presente ação civil pública. O que se quer consignar, em total harmonia à pretensão ministerial, é que o atendimento dispensado no Município de Altair (domicilio do menor), nos limites da cobertura médica ministrada à criança, em delicadíssimo estado clínico, leva à ilação de que há necessidade da disponibilização, em seu território, de profissional gabaritado da área médica, nos casos de urgência/emergência, em regime de plantão 24 horas, dispensando a locomoção do enfermo para Municípios vizinhos.

É induvidoso que o atendimento de urgência/emergência, no regime de plantão 24 horas, no Município de Altair, está limitado ao horário informado no ofício de fls. 341/348 e 460/467 (7h00 às 19h00), ainda que funcione diariamente, inclusive aos sábados, domingos e feriados. Das 19h00 às 7h00, a Unidade de Suporte Básico (USB), tripulada por um condutor e um técnico ou auxiliar de enfermagem, garantiria o transporte dos usuários nas situações de urgência/emergência para atendimento na UPA II Unidade de Pronto Atendimento do Município de Olímpia (fls. 114). A distância entre os Municípios de Altair e Olímpia seria de 35 km, cujo deslocamento seria feito em 33 minutos ou 20 minutos, segundo uma estimativa mais otimista (fls. 460/467). Ainda nesse sentido, é o ofício copiado a fls. 31 do Município de Altair, segundo o qual os pacientes seriam encaminhados para a Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Município de Olímpia e/ou para a Santa Casa do Município de Barretos. De qualquer forma, segundo o próprio ofício de fls. 460/467, "(...) a distância do atendimento regionalizado pode representar um óbice ao salvamento de uma vida", o que soa claro, já que essa afirmativa expressa uma realidade de fácil constatação." (Ap. nº 0005171-14.2014.8.26.0400, rel. **Des. Osvaldo de Oliveira**, j. em 27/07/2016).

O caso, então, aponta para o risco de julgamentos conflitantes, acerca do dever, ou não, de prestação do serviço público de saúde no município de Altair em regime de plantão, por médico, que impõe a prevenção da 12ª Câmara de Direito Público em segundo grau de jurisdição.

Assim, embora ausente identidade de feitos entre aquela ação civil pública e esta ação indenizatória, e mesmo considerando a impossibilidade de reunião dos feitos conexos para julgamento conjunto, ante a evidência de que um deles já foi julgado, a solução do Regimento Interno desta Corte de Justiça, para tais situações, no esforço de manter a congruência de julgados e, portanto, de evitar decisões conflitantes acerca da avaliação do mesmo tema e no foco

Acesso ao Sumário

da mesma fundamentação jurídica (que estão na causa de pedir daqueles dois feitos), aponta para a solução da prevenção de Câmara.

É o que se infere do artigo 102 do antigo RITJSP ou do art. 105 do novo RITJSP, de igual redação:

> *"A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados" (g.n.).*

A jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, outrossim, tem aplicado a norma retro, em respeito ao critério da prevenção, em sede ações conexas, atreladas à mesma causa (Ap. nº 0000334-05.2010.8.26.0157, 5ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Fermino Magnani Filho**, j. 10/06/2013; Ap. nº 0003256-79.2009.8.26.0019, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. **Des. Mendes Pereira**, j. 28/11/2012; Ap. nº 0096050-16.2008.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, rel.ª **Des.ª Sandra Galhardo Esteves**, j. 17/10/2012; Ap. nº 0176766-84.2009.8.26.0100, 20ª Câmara de Direito Privado, rel. **Des. Álvaro Torres Júnior**, j. 06/08/2012; Ap. nº 0000081-91.2011.8.26.0606, 23ª Câmara de Direito Privado; rel. **Des. Sérgio Shimura**, j. 26/06/2013).

E a C. Turma Especial desta Seção já apontou a ocorrência de prevenção, ainda que o primeiro julgado seja de abrangência maior, ou seja, apreciando a relação jurídica em âmbito mais extenso (Conflito de competência nº 0291140-88.2010.8.26.0000, Turma Especial – Público, rel. **Des. Wanderley José Federighi**, j. 15/10/2010).

Pelo exposto, **NÃO SE CONHECE DO RECURSO**, determinando-se a redistribuição do feito, ante a prevenção apontada da 12ª Câmara de Direito Público desta Seção.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002418-10.2017.8.26.0191, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS, é apelada SIDNEYA CHACON MONTEIRO DE CASTRO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U. Sustentou oralmente a dra. Gabriela Maira Patrezzi", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº**

11.884/2018)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória de débito fiscal – ISS – Serviços notariais e de registro – Forma de cálculo do imposto – Invocada tributação pelo regime de alíquotas fixas do art. 9º, § 1º, do DL nº 406/68 – Inexistência de pessoalidade na prestação – Precedentes – Subsunção à regra geral do art. 7º, *caput*, da LC nº 116/03 – Base de cálculo do imposto é o preço do serviço – Sentido normativo da expressão "preço do serviço": quanto o serviço custa para o prestador (custos e despesas necessários da atividade) mais o lucro, ou seja, a renda bruta do prestador – Características peculiares dos emolumentos – Natureza jurídica de tributo (taxa) cobrado pelos Estados – Precedentes – Partilha das receitas entre diversos órgãos públicos – Regime do art. art. 19, I, da Lei Estadual nº 11.331/02 – Renda bruta do Tabelião que corresponde a 62,5% do rendimento total auferido pelo Estado com a cobrança dos emolumentos – Ao Tabelião é delegada unicamente a prestação do serviço público e, consequentemente, a capacidade para a cobrança dos emolumentos – Os repasses aos demais órgãos públicos não são valores deduzidos da receita bruta do Tabelião, mas receitas próprias do Estado, que jamais entram na contabilidade do oficial registrador, portanto, não compõem a base de cálculo do ISS devido ao Município – Precedentes – Subtributação das receitas brutas do Tabelião – Imposto calculado tão somente sobre o lucro (saldo final) do contribuinte, depois de deduzidos os custos e despesas ordinárias do Tabelionato – Impossibilidade – Sentença reformada, nesse ponto, para que seja julgado improcedente o pedido anulatório principal – Multa fixada em 200% do valor do débito – Alegado

Acesso ao Sumário

caráter confiscatório – O mero valor elevado da multa não configura, por si só, o intuito de confisco – Penalidade ao contribuinte que, dada a gravidade da conduta que lhe é imputada (alegada fraude fiscal) justificaria, em tese, o valor elevado da multa – Caráter fraudulento das informações prestadas ao Fisco – Necessidade de prova – Anulação da sentença, nesse ponto, e conversão do julgamento em diligência – RECURSO PROVIDO, para que seja julgado improcedente o pedido principal, convertendo-se o feito em diligência, unicamente para aferir a ocorrência da fraude alegada.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por Sidneya Chacon Monteiro de Castro contra a Municipalidade de Ferraz de Vasconcelos.

A Municipalidade lavrou os autos de infração nº 20082 e 20083, relativos, respectivamente, a diferenças não recolhidas de ISS incidente sobre serviços notariais prestados no período de julho de 2013 a junho de 2016, no valor de R$ 32.061,50, e multa no montante de 200% do valor do débito.

A autora alega que os valores cobrados são indevidos, pois a Municipalidade desconsiderou, na determinação da base de cálculo do imposto, os repasses realizados a outros órgãos públicos, conforme regime de partilha estabelecido pelo art. 19, I, da Lei Estadual nº 11.331/02.

Defende que, nos termos do art. 49 da Lei Complementar Municipal nº 163/05, apenas a receita bruta da delegatária da serventia extrajudicial deve ser considerada como preço do serviço para fins de determinação da base de cálculo do ISS, excluindo-se, portanto, os valores destinados a terceiros e que não são contabilizados como receitas próprias do Tabelião.

Alega que o imposto deve ser calculado conforme o regime de tributação fixa do art. 9º, § 1º, do antigo DL nº 406/68, independentemente da remuneração percebida pela autora, na medida em que os serviços de Tabeliães são prestados sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte.

Sustenta que a multa foi aplicada sem a comprovação da omissão ou inexatidão fraudulenta das informações prestadas pela contribuinte, nos termos do art. 74 da Lei Complementar Municipal nº 163/05. Alega, ademais, que a fixação da penalidade em 200% do valor do débito configura manifesto intuito confiscatório, vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, IV.

A Municipalidade apresentou contestação às fls. 213/223, alegando que a Lei Complementar Municipal nº 163/05 não prevê qualquer possibilidade de

Acesso ao Sumário

dedução da base de cálculo do imposto.

Aduz que negar vigência ao art. 49 da lei equivale a negar vigência ao art. 7º, *caput*, da LC nº 116/03, na medida em que os comandos de ambos os dispositivos são equivalentes.

Alega que os serviços do Tabelionato não são prestados de forma pessoal pelo contribuinte, mas mediante a contratação de funcionários, investimento de capital etc., adequando-se ao conceito de atividade empresarial.

Sustenta que a autora fraudulentamente abateu da base de cálculo do ISS o valor de todas as suas despesas, calculando o imposto devido apenas sobre "*o 'saldo final' de seus lucros*." (fl. 220).

O juiz determinou a especificação de provas (fl. 578).

A Municipalidade requereu a expedição de ofício ao juiz corregedor da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, a fim de se consultar o andamento do procedimento disciplinar instaurado em desfavor da autora, bem como o acesso às declarações de rendimentos da autora à Receita Federal, a fim de apurar a correspondência entre os valores informados para fins de cálculo do IR e do ISS (fls. 582/583).

Inobstante, o feito foi julgado antecipadamente, dando-se procedência à ação (fls. 604/608), para que fosse reconhecida a necessidade de se abater da base de cálculo do imposto os valores repassados a outros órgãos públicos, nos termos do art. 19, I, da Lei Estadual nº 11.331/02.

Foram fixados honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

Inconformada, a Municipalidade interpôs o presente recurso de apelação (fls. 615/630), alegando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, na medida em que o juiz de primeira instância não levou em consideração os documentos apresentados, que comprovam que a apelada recolheu o ISS devido apenas sobre o montante de seus lucros, descontados não apenas os repasses aos órgãos públicos, mas também todas as despesas correntes do Tabelionato.

Sustenta que o juiz ignorou o pedido de produção de outras provas que pudessem atestar a inidoneidade das informações prestadas pela contribuinte, implicando grave prejuízo ao contraditório.

Requer a cassação da sentença, convertendo-se o julgamento em diligência, para que seja reaberta a instrução probatória.

De resto, reitera todas as suas alegações de mérito deduzidas em contestação.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 634/665, reiterando, basicamente, todas as suas alegações iniciais.

A Municipalidade complementou suas razões de apelação (fls. 669/670), requerendo deste Tribunal manifestação expressa sobre a tese formada pelo STF

Acesso ao Sumário

no julgamento da ADPF nº 190/SP (Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017), segundo a qual "*É inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. [...]*", e sobre a tese formada pelo STJ no julgamento do REsp repetitivo nº 1.144.469/PR (Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016), segundo a qual "*O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica*", fazendo-se, de todo modo, a necessária distinção entre os precedentes invocados e o caso vertente.

É o relatório.

A controvérsia cinge-se aos seguintes pontos: **(i)** forma de cálculo do ISS incidente sobre serviços notariais e de registro; **(ii)** determinação da base de cálculo do imposto; **(iii)** alegada tributação a menor das receitas brutas do Tabelionato; **(iv)** ocorrência de fraude fiscal; e **(v)** caráter confiscatório da multa.

Quanto ao primeiro ponto (forma de cálculo do ISS), questiona-se se o imposto deve ser calculado sobre o preço do serviço (art. 7º, caput, da LC nº 116/03) ou conforme o regime de tributação fixa do art. 9º, § 1º, do antigo DL nº 406/68, que dispõe que "*Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.*".

Uma hipótese exclui a outra, não havendo a possibilidade do tributo ser calculado sobre o preço do serviço e, ao mesmo tempo, pela aplicação de alíquotas fixas ou variáveis em função da natureza do serviço. O regime do art. 9º, § 1º, do DL nº 406/68 exclui a base de cálculo do imposto, ao estabelecer a correspondência do *quantum* devido a um valor fixo, determinado independentemente da remuneração efetivamente percebida pelo contribuinte.

Acesso ao Sumário

Este é regime especial, aplicado aos serviços prestados sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte. O caráter de pessoalidade da prestação é indispensável para atrair a aplicação desse regime, o que, por sua vez, limita-o aos serviços cujo conteúdo, eminentemente intelectual ou técnico, demanda do prestador formação específica, sendo inviável a delegação de sua execução a terceiros, bem como, em princípio, sua qualificação como atividade empresarial, embora seja possível a associação de vários profissionais em uma

única sociedade uniprofissional (art. 9º, § 3º, do DL nº 406/68).

Profissionais liberais em geral, médicos, advogados, engenheiros, economistas, etc. subsomem-se a esta hipótese. Delegatários de serventias extrajudiciais não, posto que lhes seja exigido o título de bacharel em direito, na medida em que a atividade desempenhada não possui conteúdo intelectual relevante que impossibilite os Tabeliães de delegar sua execução através da contratação de funcionários (como, em geral, é a regra da atividade cartorial no país).

Nesse sentido caminha o entendimento do STJ, que assim já decidiu:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO PÚBLICO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO FIXA. ARTIGO 9º, § 1º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE NA ATIVIDADE. INAPLICABILIDADE.

1. A controvérsia do recurso especial cinge-se ao enquadramento dos cartórios no regime de tributação fixa, conforme disposição do artigo 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, cuja vigência é reconhecida pela jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes: REsp 1.016.688/RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 5.6.2008;

REsp 897.471/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 30.3.2007.

2. Os serviços notariais e de registro público, de acordo com o artigo 236 da Constituição Federal, são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público.

3. Ainda que essa delegação seja feita em caráter pessoal, intransferível e haja responsabilidade pessoal dos titulares de serviços notariais e de registro, tais fatores, por si só, não permitem concluir as atividades cartoriais sejam prestadas pessoalmente pelo titular do cartório.

4. O artigo 20 da Lei n. 8.935/94 autoriza os notários e os oficiais de registro a contratarem, para o desempenho de suas funções, escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados. Essa faculdade legal revela que **a consecução dos serviços cartoriais não importa em necessária intervenção pessoal do tabelião, visto que possibilita empreender capital e pessoas para a realização da atividade, não se enquadrando, por conseguinte**, em prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, nos moldes do § 1º do artigo 9º do Decreto-Lei n. 406/68.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.185.119/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010). (grifei).

Acesso ao Sumário

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TESES BASEADAS EM PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRIBUTÁRIO. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS (CARTORÁRIO E NOTARIAL). ENQUADRAMENTO NO REGIME ESPECIAL PREVISTO NO ART. 9º, § 1º, DO DECRETO-LEI 406/68. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DAS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. As teses no sentido de que há bitributação e violação ao princípio da isonomia estão baseadas na suposta contrariedade a preceitos constitucionais, razão pela qual não é possível seu exame em sede de recurso especial.

3. **A prestação de serviços de registros públicos (cartorário e notarial) não se enquadra no regime especial previsto no art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, pois, além de manifesta a finalidade lucrativa, não há a prestação de serviço sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, especialmente porque o art. 236 da CF/88 e a legislação que o regulamenta permitem a formação de uma estrutura economicamente organizada para a prestação do serviço de registro público, assemelhando-se ao próprio conceito de empresa.**

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1.328.384/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 29/05/2013). (grifei).

No mesmo sentido, consultem-se os Informativos de Jurisprudência nºs 442 e 514 do STJ.

Observo, ademais, que o STF já se manifestou reconhecendo que "*Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que, tendo por objeto a delimitação da base de cálculo do ISS devido por tabeliães, versa sobre matéria infraconstitucional*." (ARE nº 699.362/RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 28/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013), de modo que a palavra do STJ é a palavra final neste quesito.

Ou seja, o imposto é calculado sobre o preço do serviço (art. 7º, caput, da LC nº 116/03).

Mas o que se entende por preço do serviço?

O ISS é hipótese de tributo indireto. Isso quer dizer que, embora

Acesso ao Sumário

juridicamente o contribuinte do imposto seja o prestador do serviço, esse gasto é geralmente repassado para o tomador (contribuinte de fato) embutido no respectivo preço. Nele já está contido o valor do imposto, o que quer dizer que o ISS deve ser calculado sobre algo diverso daquele preço efetivamente pago pelo tomador, do contrário, incidiríamos na teratologia de assumir como pressuposto do valor imposto um *quantum* que já o contém.

Nesse sentido, preço do serviço, em seu sentido normativo, só pode corresponder àquilo que a prestação custa ao prestador, ou seja, à soma dos custos e despesas da atividade acrescida do lucro do empreendimento, sem o qual, em princípio, não se desenvolve atividade econômica privada alguma.

É a receita bruta do prestador, portanto, a base de cálculo do imposto.

Não altera em nada a questão o fato do valor do ISS ser efetivamente repassado ao tomador do serviço ou não (na hipótese, portanto, em que o imposto funciona como tributo direto). Nos casos em que há o repasse, tributam-se as receitas do prestador, mas quem paga o imposto é o tomador. Nos casos em que não há o repasse, igualmente, mas quem paga o imposto é o próprio prestador. Muda quem paga o imposto, mas, em ambos os casos, a expressão quantitativa de sua base de cálculo é a mesma: a soma dos custos e despesas do serviço mais o lucro do prestador.

No caso específico dos serviços notariais, a sistemática geral não é alterada, mas algumas características peculiares dos emolumentos exigem maiores considerações.

Embora fonte de dissídios doutrinários, é assente na jurisprudência que os emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais possuem natureza jurídica de tributo, na modalidade taxa, de competência dos Estados, que são os titulares dos serviços públicos delegados (art. 236, caput, da Constituição Federal).

Nesse sentido:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 174/1994 do Estado do Amapá. **Isenção de emolumentos. Natureza tributária de "taxa". Tributo estadual.** 3. Alegação de ofensa ao art. 22, XXV, da Constituição Federal. Inocorrência. Diploma normativo que concede isenção de emolumentos não ofende competência privativa da União para legislar sobre registros públicos. 4. Ação direta julgada improcedente.
>
> (ADI 1148, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 25-11-2015 PUBLIC 26-11-2015). (grifei).
>
> ADMINISTRATIVO – SERVENTIA NOTARIAL E REGISTRAL – REGIME DE DIREITO PÚBLICO – CUSTAS E EMOLUMENTOS – NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO – TAXA REMUNERATÓRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NÃO INCIDÊNCIA DA

Acesso ao Sumário

IMPENHORABILIDADE LEGAL CONTIDA NO ART. 649, IV DO CPC.

1. O cerne do recurso especial consiste em saber, em primeiro lugar, qual a natureza jurídica das custas e emolumentos de serviços notariais e registrais, e, após a obtenção da resposta, se tais valores estão protegidos pela impenhorabilidade legal.

2. As serventias exercem atividade por delegação do poder público, motivo pelo qual, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se, na verdade, a um regime de direito público. As custas e emolumentos devidos aos serventuários os são em razão da contraprestação do serviço que o Estado, por intermédio deles, presta aos particulares que necessitam dos serviços públicos essenciais prestados pelo foro judicial ou extrajudicial.

3. Os valores obtidos com a cobrança das taxas e emolumentos são destinados à manutenção do serviço público cartorário, e não simplesmente para remunerar o serventuário. Se tais valores tivessem a finalidade exclusiva de remunerar o serventuário, que exerce função pública, o montante auferido não poderia exceder o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 37, XI da CF.

4. Sendo assim, tendo as custas e emolumentos de serviços notariais natureza jurídica tributária, na qualidade de taxas destinadas à promover a manutenção do serviço público prestado, e não simplesmente à remuneração do serventuário, não há que se falar na incidência da impenhorabilidade legal prevista no art. 649, IV do CPC.

5. Não há ilegalidade, portanto, na decisão do juiz inicial que, nos autos de uma ação cautelar determinou a indisponibilidade de parte dos recursos da recorrente, obtidos na serventia em que era titular, com o garantir o ressarcimento dos danos causados ao erário, em ação de improbidade administrativa.

Recurso especial improvido.

(REsp 1181417/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 03/09/2010). (grifei).

Compete à lei federal estabelecer normas gerais para a fixação dos emolumentos (art. 236, § 2º, da Constituição Federal), mas, grosso modo, estes são tabelados em razão do valor dos contratos e demais atos jurídicos levados a registro.

Cada Estado estabelece suas próprias regras de divisão das receitas advindas da cobrança dos emolumentos. No caso do Estado de São Paulo, a partilha é feita nos termos do art. 19, I, da Lei Estadual nº 11.331/02, da seguinte

Acesso ao Sumário

forma:

> Art. 19. Os emolumentos correspondem aos custos dos serviços notariais e de registro na seguinte conformidade:
>
> I - relativamente aos atos de Notas, de Registro de Imóveis, de Registro de Títulos e Documentos e Registro Civil das Pessoas Jurídicas e de Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívidas:
>
> a) 62,5% (sessenta e dois inteiros e meio por cento) são receitas dos notários e registradores;
>
> b) 17,763160% (dezessete inteiros, setecentos e sessenta e três mil, cento e sessenta centésimos de milésimos percentuais) são receita do Estado, em decorrência do processamento da arrecadação e respectiva fiscalização;
>
> c) 9,157894% (nove inteiros, cento e cinquenta e sete mil, oitocentos e noventa e quatro centésimos de milésimos percentuais) são contribuição à Carteira de Previdência das Serventias Não Oficializadas da Justiça do Estado;
>
> d) 3,289473% (três inteiros, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e três centésimos de milésimos percentuais) são destinados à compensação dos atos gratuitos do registro civil das pessoas naturais e à complementação da receita mínima das serventias deficitárias;
>
> e) 4,289473% (quatro inteiros, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e três centésimos de milésimos percentuais) são destinados ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, em decorrência da fiscalização dos serviços;
>
> f) 3% (três por cento) são destinados ao Fundo Especial de Despesa do Ministério Público do Estado de São Paulo, em decorrência da fiscalização dos serviços;

Ressalte-se que, nos termos do inciso I, apenas 62,5% das receitas advindas da cobrança dos emolumentos compõem a receita bruta do Tabelião. Os demais 37,5% integram as receitas de outros órgãos públicos e, portanto, não são computadas como tais pelo oficial registrador.

A este é delegada tão somente a prestação do serviço e, consequentemente, a capacidade para a cobrança dos emolumentos. Mas ele não é o titular do serviço e, portanto, não se assenhora privadamente da totalidade das receitas auferidas. Essas são receitas tributárias do Estado, que as reparte entre os vários órgãos encarregados da execução e fiscalização dos serviços cartorários, dentre eles, o próprio oficial registrador. É o Estado que remunera o Tabelião, não o contrário.

Nesse sentido, os repasses não são valores deduzidos da receita bruta do Tabelião, mas receitas próprias do Estado, que jamais entram na contabilidade do oficial registrador e, portanto, não compõem a base de cálculo do ISS devido ao Município.

Desta feita, fica evidente a diferença entre o caso vertente e os precedentes

Acesso ao Sumário

invocados pela Municipalidade às fls. 669/670. A lei municipal não exclui quaisquer valores da base de cálculo do ISS, nem o entendimento sufragado pelo juiz de primeiro grau caminha nesse sentido. O ISS incidente sobre serviços notariais e de registro é calculado com base no preço do serviço, no sentido preciso da expressão, em que este corresponde aos custos e despesas do serviço acrescidos do lucro do prestador. De igual modo, a sentença recorrida não está afirmando que a parte da receita bruta que é empregada no pagamento de outros tributos possa ser excluída da base de cálculo do ISS. Atesta-se, tão somente, que os valores repassados pelo Tabelião, como delegado do Estado, aos demais órgãos públicos indicados nas alíneas do art. 19, I, da Lei Estadual nº 11.331/02 nunca integraram as suas receitas privadas e, portanto, não podem compor a base de cálculo do ISS.

Todas as confusões, nesse ponto, devem-se à má compreensão das diferenças entre a cobrança dos emolumentos como contrapartida pela disponibilização, pelo Estado, de serviços públicos à população e a cobrança do ISS sobre a efetiva prestação do serviço, pelo Tabelião, em caráter privado e com intuito lucrativo.

Diferenciá-los nos seus elementos constitutivos é fundamental para que fique claro que **quem** cobra (sujeito ativo), **o que** se cobra (natureza do tributo), **porque** se cobra (fato gerador), **de quem** se cobra (sujeito passivo) e **quanto** se cobra (base de cálculo) é fundamentalmente distinto em ambos os casos.

No caso dos emolumentos, o Estado cobra uma taxa em virtude da disponibilização de um serviço público diretamente do usuário e por um preço fixo.

No caso do ISS, o Município cobra um imposto em virtude da prestação de um serviço em caráter privado e com intuito lucrativo diretamente do prestador e sobre o montante de sua receita bruta.

A aparência dos fenômenos – o fato de que a disponibilização por delegação de um serviço público e a prestação de um serviço por um prestador privado se perfectibilizam no mesmo ato – não podem obscurecer a essência das coisas.

Acesso ao Sumário

Inarredável, portanto, que o ISS seja calculado tão somente sobre as receitas próprias do Tabelião, entendidas como tais aquelas que lhe competem em virtude do art. 19, I, a, da Lei Estadual nº 11.331/02.

Nesse sentido tem caminhado a jurisprudência deste TJSP:

> Agravo de Instrumento – Exceção de Preexecutividade rejeitada – **ISSQN – Serviços prestados por tabelião** – Constitucionalidade da exação declarada pelo STF no julgamento da ADIn nº 3089 – **Base de cálculo que deve ser o preço do serviço, excluídas as importâncias não destinadas ao delegatário** – Taxa destinada ao IPESP que não constitui

receita do cartório e deve ser excluída da base de cálculo do imposto – Decisão reformada – Exceção acolhida parcialmente – Recurso Provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2018081-36.2018.8.26.0000; Relator (a): Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Seção de Processamento I; Data do Julgamento: 26/04/2018; Data de Registro: 03/05/2018) (grifei).

Apelação cível e Reexame necessário. Mandado de segurança. Alíquotas do **ISSQN incidentes sobre os serviços notariais e registrários**. A sentença concessiva da ordem deve ser mantida. **A receita bruta, para fins de delimitação da base de cálculo do ISS, é aquela auferida como contraprestação dos serviços prestados, excluídos os demais emolumentos**. Nega-se provimento aos recursos (voluntário e oficial). (TJSP; Apelação 1006672-48.2015.8.26.0077; Relator (a): Beatriz Braga; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Birigui - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/04/2018; Data de Registro: 26/04/2018) (grifei).

Apelação - Ação anulatória de débito e protestos - **Débitos de ISSQN do exercício de 2014 relativos aos serviços prestados por Oficial do 5º Cartório de Registro de Títulos e Documentos da Capital** - CDA's protestadas - Constitucionalidade da exação declarada pelo STF no julgamento da ADIn nº 3089 - **Base de cálculo que deve ser o preço do serviço, excluídas as importâncias não destinadas ao delegatário** - Taxa destinada ao IPESP que não constitui receita do cartório e deve ser excluída da base de cálculo do imposto. Débitos cobrados que foram integralmente depositados sem o desconto da taxa destinada ao IPESP nos autos da ação n.º 1018037-11.2014.8.26.0053, cuja sentença foi confirmada por este C. Tribunal - Sentença que anulou os lançamentos do exercício de 2014 mantida - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1025592-11.2016.8.26.0053; Relator (a): Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/03/2018; Data de Registro: 26/03/2018) (grifei).

Na realidade, é até estranho que a Municipalidade sugira interpretação diversa desta, na medida em que, compulsando os documentos apresentados com a contestação, vê-se claramente que o ISS devido foi calculado sobre as receitas próprias da apelada, ou seja, sobre o total dos emolumentos descontados os repasses obrigatórios aos demais órgãos públicos. Confira-se, a respeito, as planilhas de fls. 229/230.

Se os argumentos tecidos até aqui ainda não convenceram as partes, com certeza o fato de que **a Municipalidade não cobra o ISS sobre o total das receitas decorrentes da cobrança dos emolumentos** convencerá.

Superadas as questões de direito, impõe-se a análise das questões de fato.

A Municipalidade alega a ocorrência de tributação a menor das receitas

Acesso ao Sumário

da apelada. Embora durante todo o processo a Municipalidade tenha expressado certa incompreensão quanto ao que se deve considerar receita própria do Tabelionato (daí, provavelmente, explica-se que o juiz de primeiro grau tenha se olvidado da questão), em suas razões de apelo o Fisco é mais claro, ao requerer que "*este Tribunal se manifeste EXPRESSAMENTE no sentido de dizer se É LÍCITA a conduta da Tabeliã de EXCLUIR da base de cálculo do ISSQN todos os custos que ela possui com o Cartório, ou se ao revés, o artigo 7º da Lei Complementar 116/03 a autorizaria a descontar APENAS os repasses legais da base de cálculo do ISSQN*." (fl. 629).

Em outras palavras, a Municipalidade alega que, mesmo considerando-se como base de cálculo do ISS apenas as receitas próprias do Tabelionato (descontados, repita-se, os repasses aos demais órgãos públicos), ainda assim teria havido tributação a menor, pois a apelada calculou o imposto devido tão somente sobre o seu lucro, ou seja, sobre o total das receitas próprias do Tabelionato descontados os custos e despesas da atividade (gastos com salários, administração, infraestrutura etc.).

Com efeito, compulsando os autos, observo que razão assiste à Municipalidade. Comparando os números das declarações mensais de contribuinte apresentadas pela apelada (fls. 269/342) aos das supracitadas planilhas da Municipalidade (fls. 229/230), bem como, e principalmente, com os dos comprovantes de recolhimento do ISS (fls. 344/379), observo que, em diversos casos, a base de cálculo informada pela contribuinte corresponde ao saldo final de seus lucros, ou seja, à diferença entre a receita bruta e os gastos ordinários do Tabelionato.

Apenas exemplificativamente, analisemos os dados relativos ao mês de julho de 2013, o primeiro da série de cobranças:

Conforme declarado pela apelada (fls. 269/270), o total arrecadado com a cobrança dos emolumentos nesse mês perfez o total de R$ 125.148,18. Descontados os repasses de R$ 42.855,96, obtemos, como renda bruta desse mês, o valor de R$ 82.292,22. Observe-se que esses números são muito similares aos constantes da planilha da Municipalidade (o valor do total arrecadado é, de fato, o mesmo), havendo pequena divergência tão somente quanto ao valor dos repasses e à receita bruta, que, nos cálculos da Municipalidade (fl. 229), somam respectivamente R$ 42.221,01 e R$ 82.927,17, diferença ínfima, incapaz de invalidar as considerações aqui tecidas. Com base nessa receita bruta, o Município calculou o imposto devido, aplicando uma alíquota de 2%, em R$ 1.658,54.

Os dados mais importantes são os do comprovante de recolhimento do imposto (fl. 344). Nele consta como base de cálculo do ISS o valor de R$ 14.638,02, montante inferior a um quinto do total de sua receita bruta.

Acesso ao Sumário

Analisando-se novamente a declaração do contribuinte, vemos que esse valor corresponde efetivamente ao lucro (saldo final) do Tabelionato, após as deduções dos montantes declarados como "despesas trabalhistas" e "outras despesas".

Dessa forma, a apelada, nesse mês, recolheu apenas R$ 292,75 a título de ISS, gerando uma subtributação de R$ 1.365,79, ou seja, aproximadamente 80% do valor devido.

As mesmas circunstâncias se repetem relativamente aos meses seguintes, de modo que não se afigura equivocada a cobrança do montante histórico de R$ 32,061,50, inscrito no auto de infração nº 20083 (fl. 233). Este cálculo apenas expressa a diferença não recolhida do ISS calculado sobre o total da receita bruta do Tabelionato no período abarcado pela fiscalização.

É, portanto, devido o imposto.

Quanto à multa aplicada, em 200% do valor do débito, duas questões ainda devem ser analisadas: a ocorrência de fraude fiscal (que, nos termos do art. 74 da Lei Complementar Municipal nº 163/05, justificaria o percentual elevado) e o alegado caráter confiscatório da penalidade.

Quanto ao último ponto, cujo fundamento é a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal), extensível logicamente aos seus consectários legais, dentre eles, as multas, a Constituição Federal não é clara e tampouco há unanimidade na doutrina ou na jurisprudência acerca do que caracterizaria o tributo com caráter de confisco, na medida em que toda tributação é, em essência, uma subtração da renda e patrimônio privados, portanto, o que deve distinguir a tributação legítima da ilegítima não é o seu caráter propriamente confiscatório, qualidade imanente a todo e qualquer tributo, mas sim uma diferença quantitativa, o que implica, portanto, em definir objetivamente esse limite entre o legal e o ilegal.

Os debates que o tema suscita são variados. De todo modo, tem-se admitido como consenso mínimo que há o confisco, nos termos da Constituição, quando o poder de tributar torna inviável o exercício da atividade econômica pelo contribuinte. No caso do ISS, por exemplo, há confisco se a tributação implica na subtração integral da renda auferida com a prestação do serviço ou se ela torna a atividade antieconômica, por meio da subtração do lucro do prestador.

O mero valor elevado da multa não configura, por si só, o caráter confiscatório da mesma. A multa representa a imposição de uma penalidade ao contribuinte, e, nesse sentido, admite-se que seu valor possa, em determinados casos, exceder o próprio passivo tributário, como medida de desestímulo à frustração da arrecadação e como punição a condutas tendencialmente fraudulentas.

Em princípio, portanto, não vejo como reputar confiscatória a multa arbitrada em 200% do valor do passivo tributário, se a própria lei municipal prevê

Acesso ao Sumário

alíquota tão elevada como forma de repressão daquelas condutas consideradas pelo legislador como as mais graves possíveis, que são as que consistem em fraude à arrecadação, sonegação de impostos etc.

A multa é alta porque a infração é grave, mas, justamente por isso, a sua aplicação tem que ser criteriosa. Não se pode presumir a fraude e simplesmente aplicar a multa, mas deve a Municipalidade prová-la.

Neste ponto, contudo, os autos encontram-se insuficientemente instruídos, não autorizando qualquer conclusão peremptória.

O juiz de primeiro grau indeferiu a prova requerida pela Municipalidade, pois antes mesmo de adentrar o tema da multa reputou indevido o tributo e, consequentemente, também a penalidade. Na medida, contudo, em que concluímos ser devido o tributo, **de rigor a conversão do feito em diligência, remetendo-se os autos à inferior instância, para que seja oportunizada a reabertura da instrução processual, unicamente para que seja aferida a ocorrência da fraude alegada.**

Pensamos que esta é a solução mais adequada, pois muito embora esteja comprovado que a apelada recolheu o tributo a menor, disso não decorre, necessariamente, que a contribuinte tenha agido com má-fé, o que, se não comprovado (e este ônus incumbe ao Fisco), desclassificaria a multa imposta para outra de alíquota mais reduzida, condizente com o mero equívoco do contribuinte que impõe recolhimento a menor de tributo.

Em outras palavras, a apelada pode ter tão somente se equivocado com relação à forma de cálculo do imposto, o que, se não é plenamente escusável, na medida em que a ninguém é permitido invocar o desconhecimento da lei, não justifica, todavia, a imposição de penalidade tão severa.

Por fim, deve ainda ser revista a forma de cálculo dos honorários advocatícios.

Tendo em vista a sucumbência da apelada em parte do pedido (anulação dos débitos de ISS inscritos no auto de infração nº 20082), reformo a sentença recorrida, para que sejam arbitrados os honorários do patrono da Municipalidade em 10% do valor atualizado tão somente desta parte do débito. Ademais, tendo em vista a sucumbência recursal da apelada, majoro os honorários para 20% deste valor, de acordo com o art. 85, § 11, do CPC, tudo conforme o método de cálculo do art. 85, § 3º, I, do CPC.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO ao recurso**, para que, quanto ao pedido principal de anulação dos débitos de ISS inscritos no auto de infração nº 20082, **seja REFORMADA a sentença recorrida, julgando-se IMPROCEDENTE o feito**. Quanto a esta parcela dos débitos, arbitro os honorários devidos ao patrono da Municipalidade em 10% de seu valor atualizado e, tendo em vista a sucumbência recursal da apelada, majoro-os para

Acesso ao Sumário

20%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, tudo conforme o método de cálculo dos honorários do art. 85, § 3º, I, do CPC.

Quanto ao pedido acessório de anulação da multa (auto de infração nº 20083), tendo em vista a necessidade de maiores esclarecimentos sobre o alegado caráter fraudulento das informações prestadas pela contribuinte, **ANULO a sentença e CONVERTO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, para que seja reaberta a instrução processual, oportunizando-se às partes manifestarem-se sobre as provas que têm interesse em produzir.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024606-57.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUPERMERCADO GUAICURUS LTDA., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.002)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória. Pretensa compensação de débitos relativos a multas aplicadas pelo PROCON para com créditos oriundos de precatórios vencidos e não pagos. Sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido. Apelante que, intimada ao recolhimento do preparo, quedou-se inerte. Hipótese do artigo 1.007, do CPC/2015. Deserção caracterizada. Recurso não conhecido.

VOTO

I. RELATÓRIO

Cuida-se de **recurso de apelação** interposto em confronto à r. sentença de **fls. 172/173** que, nos autos da ação de cognição ajuizada por

SUPERMERCADOS GUAICURUS LTDA. em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** objetivando, em resumo, o reconhecimento do direito de compensar débitos de natureza não tributária que contraiu junto ao ente requerido, débitos notadamente relativos a multas aplicadas pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON –, para com créditos que possui frente ao ente requerido consubstanciados em precatórios vencidos e não pagos, **julgou improcedente o pedido**, cominando à requerente o pagamento das custas judiciais e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) a incidir sobre o valor atualizado dado à causa.

Inconformada, apela a requerente (fls. 200/215), objetivando a inversão do julgado e consequente decreto de procedência do pedido vestibular.

Urge anotar que a requerente formulou nas razões de apelação pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, pedido este que foi indeferido por meio da decisão de **fls. 234/235**, e, assim, foi intimada a requerente/apelante a recolher as custas de preparo, sob pena de deserção do apelo. E conforme se infere do teor das certidões de **fls. 236/237**, embora devidamente intimada a recolher as custas de preparo, a demandante/apelante quedou-se inerte. **É a síntese do necessário.**

II. FUNDAMENTO E VOTO

1. Trata a hipótese, em síntese, de recurso de apelação interposto por **SUPERMERCADOS GUAICURUS LTDA**. em confronto à r. sentença que, nos autos da ação de cognição que move a apelante em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO objetivando, em resumo, o reconhecimento do direito de compensar débitos de natureza não tributária que contraiu junto ao ente requerido, débitos notadamente relativos a multas aplicadas pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON –, para com créditos que possui frente ao ente requerido consubstanciados em precatórios vencidos e não pagos, **julgou improcedente o pedido.**

2. Com efeito, a apelante requereu os benefícios da gratuidade processual, que foram indeferidos por este relator, que instou a recorrente ao devido recolhimento das custas de preparo, sob pena de deserção do reclamo (**fls. 234/235**).

3. Referida decisão foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em **11 de maio de 2018**, considerando-se a data da publicação o primeiro dia útil subsequente (**fls. 236**). Destarte, o prazo fixado para recolhimento do preparo findou em **21 de maio de 2018**, certificado o correspondente decurso em **22 de maio de 2018** (**fls.237**), sem qualquer notícia acerca do recolhimento do preparo.

4. Destarte, nos termos do artigo 1007, § 2º, do CPC/2015, o recurso deve

Acesso ao Sumário

ser considerado deserto por falta de recolhimento das custas de preparo.

5. Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço do recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020861-15.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ASSOCIAÇÃO BENEFICIENTE RECANT DA TERCEIRA IDADE, é apelado O JUÍZO.

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 15.539)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: ALVARÁ JUDICIAL – Entidade beneficente que busca autorização para realizar sorteios de cartelas (modalidade de bingo) destinados a reunir recursos econômicos imprescindíveis à assistência a idosos desamparados – Embora louvável a intenção, importa considerar a existência de impedimento legal (LF nº 9.981/00) para a realização de sorteio por parte de particulares, associações e organizações sociais – Autorização judicial que não encontra, diante disto, fundamento jurídico – Sentença mantida – Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de pedido de alvará judicial, formulado pela Associação Beneficente Recanto da Terceira Idade, no qual o requerente busca, em síntese, autorização para realização de sorteios de cartela beneficente. Afirma que está enfrentando problemas orçamentários, por falta de subsídio da Prefeitura Municipal, pelo que decidiu realizar referidos sorteios para arrecadar fundos necessários à manutenção da entidade filantrópica. Diz que impetrou *habeas*

Acesso ao Sumário

corpus preventivo, no Juizado Especial Criminal, cuja ordem foi denegada (fls. 3), razão pela qual requer agora, na esfera cível, a autorização para a realização dos sorteios, sem fins lucrativos, em salão de eventos.

O juízo de primeiro grau julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que falta interesse de agir à autora, na modalidade adequação.

A autora apresentou recurso de apelação, reiterando os argumentos desenvolvidos na inicial.

Não vieram contrarrazões.

A 5ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso, declinando a competência (fls. 64 a 68).

A Douta Procuradoria de Justiça, manifestando-se a fls. 75 a 79, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A apelante, apresentando-se como entidade sem fins lucrativos, cuja atividade é altruísta, em situação econômica delicada – à falta de repasses do incentivo fiscal por parte da Municipalidade –, pleiteia a concessão de alvará judicial para realização de sorteio de cartelas beneficentes a fim de angariar recursos pecuniários e materiais (uma vez que será exigida a doação de alimento não perecível para o ingresso no local do evento). Do resultado obtido descontar-se-á apenas o valor das despesas com a realização do evento, destinando-se o que sobrar aos cofres da entidade beneficente.

A Lei Federal nº 9.981/00 (art. 2º) revogou a norma do artigo 59 da Lei Federal n° 9.615/98, que permitia os jogos de bingo em todo território nacional, "respeitando-se as autorizações que estiverem em vigor até a data da sua expiração". Ademais, segundo a norma do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais, a exploração de jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou não, configura contravenção penal, sujeita a pena de prisão simples.

A Associação pretende obter autorização para explorar jogo de azar. Ainda que a finalidade seja nobre, não há como se afastar a legislação vigente, que tipifica a conduta como contravenção, invocando simplesmente as boas intenções dos organizadores.

Sabe-se das dificuldades enfrentadas por associações, organizações sociais e mesmo por pessoas físicas, imbuídas de bons sentimentos, na assistência de pessoas carentes ou necessitadas, altruísmo que é apanágio dos homens civilizados. Contudo, à falta de capacidade de exercer o poder de controle, a Administração Pública, olvidando-se da máxima segundo a qual *Abusus non tollit usum*, resolveu, pragmaticamente, "cortar o mal pela raiz".

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, a autorização da prática do jogo de azar – cujos recursos seriam destinados a fomentar ações sociais e desportivas – em bem pouco tempo, revelou-se desagregadora, pois o resultado econômico obtido na realização daquela atividade passou a servir a outros propósitos, acobertando toda sorte de crimes, inclusive a sonegação fiscal. Como sempre, o Poder Público optou pelo caminho mais fácil, o da intolerância absoluta, sem contemplar exceção.

A partir disto, alterando-se a legislação, as Cortes de Justiça têm se limitado a aplicar a lei, cabendo transcrever a propósito, o entendimento deste E. Tribunal:

> APELAÇÃO – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – ALVARÁ JUDICIAL – Entidade beneficente que visa a expedição de alvará autorizativo para a realização de bingo beneficente – Inadmissibilidade – Atividade tipificada como contravenção penal, nos termos do art. 50 da Lei das Contravenções Penais – Pretensão de afastar a tipicidade de conduta prevista como contravenção penal que não encontra cabimento do procedimento de alvará judicial – Sentença de improcedência mantida – Recurso improvido. (AC nº 1004897-90.2018.8.26.0562, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Maurício Fiorito, j. 19/06/2018).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – Pretensão à realização de bingos, visporas ou tombolas, pelo período de seis meses, a fim de angariar recursos para a manutenção das atividades filantrópicas da requerente – Prática tipificada como contravenção penal (artigo 50 do Decreto-lei 3.688/40) – Ausência de interesse processual – Precedente – Recurso desprovido. (AC nº 1000964-46.2018.8.26.0292, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Osvaldo de Oliveira, j. 14/06/2018).
>
> ALVARÁ JUDICIAL – Realização semanal de sorteios de cartelas beneficentes (bingo), pelo período de um ano – Inadmissibilidade – O bingo filantrópico tem caráter eventual – A exploração de jogos de azar ainda é definida como contravenção penal – Sentença de improcedência – Recurso não provido. (AC nº 1000973-85.2017.8.26.0019, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Coimbra Schmidt, j. 13/03/2018).

Não bastasse, nem mesmo à legislação estadual ou municipal, seria dado dispor de forma diversa, considerados os termos da Súmula Vinculante 2, do Supremo Tribunal Federal, que dispôs sobre a inconstitucionalidade da lei, ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1037945-49.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PRISCILA GABRIELA MOREIRA DA SILVA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL 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 25.517)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 11 de julho de 2018.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – Guarda Civil Metropolitano – Processo disciplinar que resultou em demissão de servidora – Excesso de faltas injustificadas (137), e acúmulo de advertências, repreensões e suspensões no respectivo prontuário no período compreendido entre os anos de 2011 e 2014 – Pedido de reintegração ao cargo, pagamento dos atrasados e ressarcimento moral – Ação julgada improcedente – Ausência de vícios formais no processo administrativo – Rejeição do questionamento judicial do mérito da decisão administrativa – Apelação da ex-servidora não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Priscila Gabriel Moreira da Silva contra r. sentença do digno Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 691/695), que julgou improcedente ação ajuizada em face do Município de São Paulo, com pedidos de anulação do ato administrativo de sua demissão do cargo de Guarda Civil Metropolitana, reintegração funcional, pagamento dos atrasados e ressarcimento moral.

Recurso sumariado nestas teses: a) o processo administrativo não

assegurou a ampla defesa e contraitório; b) violação da estabilidade durante a gravidez; c) demissão de servidor quando em estado gravídico configura o dano moral; d) prequestionamento constitucional (fls 697/708).

Apelo respondido (fls 714/727).

É o relatório.

Priscila Gabriela Moreira da Silva acionou o Município da Capital reclamando de demissão supostamente indevida, em 23/07/2018, do cargo de Guarda Civil Metropolitana pautada na soma de 137 faltas injustificadas e acúmulo de advertências, repreensões e suspensões disciplinares entre 2011 e 2014. Pediu a anulação do ato demissório por afronta à ampla defesa e ao contraditório, sua reintegração funcional, pagamentos não recebidos nesse período e reparo moral proposto em 20 salários mínimos.

Ação julgada improcedente.

Sem razão a apelante.

A ex-servidora pretende seja reconhecida suposta ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório, especialmente pelo que entende tratar-se de inversão atrabiliária na ordem de oitiva das testemunhas sem a posterior oportunidade de replicá-las em interrogatório. Mas não verifico tal afronta. O devido processo legal administrativo não impõe impeditivos para a oitiva do réu ao início da instrução, como, aliás, o próprio Código de Processo Penal previa na sua redação original. Seja o interrogatório meio de prova, seja meio de defesa, discussão doutrinária que perdurou ao longo de sessenta anos, importa que o servidor seja previamente cientificado do teor da acusação disciplinar, notificado para comparecer à audiência, e tenha chance de participar de todos os demais atos processuais.

A superveniência de nova interpretação majoritária (meio de defesa e não meio de prova), não acarreta, de per si, nulidade alguma.

Não há outros vícios que possam macular a validade formal ou material do dito processo. Respeitou-se a intimação prévia (fls 440), foi ouvida em audiência (fls 442), e garantida a oportunidade de apresentar defesa técnica (fls 624/632). A pretensa nulidade que agora se assaca não foi suscitada naquelas intervenções técnicas; nada impedia que a defesa reclamasse a re-oitiva da servidora ainda na órbita administrativa.

Tampouco suposta gravidez impediria a instauração e o julgamento de processos disciplinares. A tanto não chega a estabilidade do servidor.

O processo encontrava-se bem instruído.

Não é competência do Poder Judiciário analisar o mérito da decisão administrativa, admitindo-se somente, e ainda por exceção, a análise da sua legalidade e regularidade, em respeito ao sistema constitucional de separação

Acesso ao Sumário

dos Poderes.

Existe um reduto intangível do ato administrativo que não é passível de modificação pelo Poder Judiciário, atinente ao mérito, que consubstancia *a valoração imantada de discricionariedade*, em que certas interferências externas só fazem soçobrar a independência entre os Poderes. Ato do administrador que se sedimenta exclusivamente nos critérios de conveniência não pode ser revisto, por mais que se alegue a injustiça da decisão. *Se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectiva que, in concreto, o direito lhe faculta* (Celso Antonio Bandeira de Mello - Discricionariedade e Controle Judicial, 2ª edição, página 23, Malheiros, 2003).

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles: *o necessário é que a Administração Pública, ao punir seu servidor, demonstre a legalidade da punição. Feito isso, ficará justificado o ato, e resguardado de revisão judicial, visto que ao Judiciário só é permitido examinar o aspecto da legalidade do ato administrativo, não podendo adentrar os motivos de conveniência, oportunidade ou justiça das medidas da competência específica do Executivo* (Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição, página 422, Malheiros Editores, 1997).

Isso posto, afastadas as objeções que atacam a validade formal do processo administrativo e do ato de demissão, não prospera o pedido de ressarcimento moral.

Por meu voto, nego provimento à apelação da autora.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000783-50.2017.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que são apelantes BRUNO FURLAN FELICIO (E OUTROS(AS)), CLAUDIA FURLAN FELICIO e MARINA FURLAN FELICIO, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PEDERNEIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.331)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Ação Declaratória desconstitutiva de tributação – Instalação de torre de Telefonia – Pretensão de enquadramento do imóvel como edificação e não terreno – Prevalência do artigo 5º, § 1º, alíneas "a" e "d" do CTM, Lei 3.208/2014 – Honorários advocatícios mantidos em 20% sobre o valor dado à causa – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 104/106, de relatório adotado, que julgou improcedente o pedido do autor e extinguiu o processo, com julgamento do mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condenado o autor, nas despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da causa.

Inconformados, recorrem os autores, requerendo a reforma da decisão apelada, para que seja julgada totalmente procedente a ação e que seja declarado o direito dos autores na alteração cadastral do imóvel, com inscrição 01.03.316.1360.001, para que configure como terreno com edificação; pede a inversão da sucumbência e subsidiariamente a redução do arbitramento dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

Contrarrazões às fls. 132/141, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Primeiramente, cabe registrar que a sentença foi proferida em 18.10.2017, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do CPC/2015.

Cuida-se de ação declaratória desconstitutiva onde os autores alegam que são proprietários do imóvel localizado no perímetro urbano, na Av. Antonio Leandrin, Pederneiras-SP.

Informam, que em 2005 foi emitido o parecer pela requerida, referente ao protocolo 1105/2005, quanto à instalação de uma Torre de Rádio Base, em terreno de propriedade dos autores, informando sobre a viabilidade de sua instalação, de acordo com as regras municipais de uso e ocupação de solo.

Em 2007, de acordo com o requerimento 8648/2007, foi emitido o parecer, listando-se as providências para a instalação de uma torre de telefonia.

Acesso ao Sumário

Em abril de 2009, foi emitido o alvará de uso de solo definitivo, 001/2009, com a finalidade de liberação de operação da Estação Rádio Base, com referência ao processo 079/2008, no local, Av. Antônio Ademir Leandrin, nº S-1185, imóvel com cadastro municipal 01.03.316.1360.001, existindo a edificação de uma estação radio base, (telefonia móvel).

Alega, ainda que o imóvel não se enquadra na alíquota de tributação de terreno, mas sim de prédio construído, uma vez que a torre de transmissão ali instalada é o suficiente para classificar a área como "área com edificação", para o exercício de qualquer atividade e que terreno e prédio são taxados com o IPTU, diferenciando apenas a alíquota, sendo imóveis com construção a alíquota é de 0,5% e para terrenos sem construção 3%.

Analisando a Lei Municipal n.3.208/2014, não cabe o enquadramento do terreno como edificação, uma vez que não utilizado como habitação, conforme § 2º do artigo 5º, do Código Tributário Municipal.

O artigo 5º, § 1º, alíneas "a" e "d", do Código Tributário Municipal prevê:

Art. 5º. O bem imóvel para os efeitos deste imposto, será classificado como terreno ou prédio.

§1º. Considera-se terreno o bem imóvel:

a) sem edificação;

...

d) **cuja construção seja de natureza temporária ou provisória, ou possa ser removida sem destruição, alteração ou modificação.**

Já o § 2º do mesmo artigo trata da definição de prédio:

§2º - Considera-se prédio o bem imóvel no qual exista edificação que possa ser utilizada para **habitação** ou para **exercício de qualquer atividade**, seja qual for a sua denominação, forma ou destino, **desde que não compreendida nas situações do parágrafo anterior**.

Assim, o artigo 5º, § 1º, alínea "d" descreve exatamente a discussão dos autos, ou seja, uma construção de natureza temporária, que pode ser removida sem destruição, alteração ou modificação.

Quanto aos honorários advocatícios, a fixação deve permanecer em 20%, tendo em vista o baixo valor dado à causa (*Artigo 85, § 8°*).

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando- se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios

que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1503273-94.2016.8.26.0116, da Comarca de Campos do Jordão, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DO JORDÃO, é apelado JENDERSON ROBERTO BAPTISTA.

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 15.048)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 12 de julho de 2018.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO – Exercícios de 2012 e 2013 – Exigência do tributo com base na atividade do contribuinte, no número de empregados e das unidades de ocupação – Inconstitucionalidade da base de cálculo como reconheceu o C. Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade 0034111-93.2012.8.26.0000 – Cobrança que deve corresponder ao custo da atividade fiscalizatória – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação contra sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu a execução fiscal de Taxa de Fiscalização de Funcionamento, exercícios de 2012 e 2013, com base no art. 330, inciso III e art. 485, inciso I, do CPC/2015, em razão da inconstitucionalidade verificada na base de cálculo.

Inconformada, a apelante sustenta ser desnecessária a efetiva comprovação da atividade fiscalizadora para cobrança da Taxa e que a base de cálculo adotada

Acesso ao Sumário

é constitucional por não ser idêntica a de nenhum imposto.

Recurso recebido em seus regulares efeitos e processado.

Relatado.

Dispõe o artigo 77, do Código Tributário Nacional, que as taxas só podem ser instituídas em razão do exercício do poder de polícia, da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

No caso da Taxa de Licença de Funcionamento, o STJ já decidiu ser prescindível a comprovação efetiva do exercício da fiscalização por parte da Municipalidade, por considerar notória a sua atuação (cfr. REsp nº 969.015/SP; Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 22/04/2008). Contudo, ainda que o Município disponha de estrutura organizada para realizar a fiscalização, a base de cálculo do tributo sempre deve considerar o custo do serviço e não a natureza da atividade fiscalizada, o número de ocupação de hotéis ou o número de empregados do estabelecimento, como dispõe o Anexo II, da Lei nº 1.400/1983, alterada pela Lei nº 1.581/1986, da Municipalidade de Campos do Jordão.

Já o C. Órgão Especial, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0034111-93.2012.8.26.0000, declarou inconstitucional os artigos 141 e 147, do Anexo II, da Lei nº 1.400/1983, com as alterações promovidas pela Lei nº 1.581/1986, que dispõem sobre a base de cálculo da Taxa de Licença de Funcionamento do Município de Campos do Jordão, por afronta ao artigo 145, II, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> *Constitucional e Tributário - Incidente de Inconstitucionalidade - Arguição da 15ª Câmara de Direito Público em face das Leis n°s 1.400/83 e 1.581/86 do Município de Campos do Jordão - Acolhimento - Não pode o Município adotar como base de cálculo da Taxa de Licença de Funcionamento de estabelecimento hoteleiro o número de unidades de ocupação e outros elementos que não espelhem o custo efetivo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia - Arguição julgada procedente* (Rel. Des. WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, j. 25/04/2012).

Daí porque, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1508353-97.2017.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA, são apelados CLOVIS DE ABREU SAMPAIO

Acesso ao Sumário

VIDAL e KATIA FABIANA BUENO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.916)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), CARLOS VIOLANTE e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 13 de julho de 2018.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação. Execução fiscal. Sentença de extinção do processo por falta de interesse processual sob o fundamento de execução de valor antieconômico. Descabimento. O crédito tributário regularmente lançado é indisponível e só pode ser remitido se houver lei expressa do ente tributante. Inteligência da Súmula 452 do STJ. Dá-se provimento ao recurso para determinar-se o prosseguimento da execução.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de Marília** contra a sentença de fls. 04/10 que extinguiu a execução fiscal movida em face de **Espólio de Clovis de Abreu Sampaio Vidal e outra**, sem resolução de mérito (ausência de interesse de agir).

Apela o Município (fls. 22/36). Alega, em síntese, possuir interesse de agir, caber ao ente público fixar, por meio de lei, o valor que entende ser antieconômico e requer o prosseguimento da execução fiscal.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Assiste razão ao apelante.

A execução fiscal ajuizada pelo Município de Marília foi extinta liminarmente por falta de interesse de agir. No entender do juiz, a configuração dessa condição da ação teria sido elidida pelo reduzido valor da dívida, que tornaria o processamento do feito antieconômico aos cofres públicos.

O argumento, contudo, não se sustenta. Com efeito, o interesse processual não se consubstancia no resultado econômico do processo, e sim na necessidade de recurso ao Judiciário para obtenção de uma utilidade que de outro modo não seria possível alcançar, sob pena de violação ao princípio constitucional da

Acesso ao Sumário

inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Ora, conforme previsto no art. 1º da LEF, a satisfação compulsória dos créditos fiscais dá-se forçosamente pela via judicial, o que, por si só, configura o interesse processual dos entes políticos e respectivas autarquias na execução. Note-se que o art. 2º, §1º, da LEF define Dívida Ativa da Fazenda Pública como qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei à União, Estados, DF, Municípios e suas autarquias.

Conforme se vê, o importe da dívida é de todo irrelevante para efeito de inscrição e execução do crédito, não cabendo ao juiz estabelecer restrições a esse respeito, sob pena de ofensa à separação dos Poderes.

Cumpre ainda consignar que, nos termos do art. 141 do CTN, o crédito tributário regularmente lançado é indisponível. Sua remissão depende de lei expressa do próprio ente tributante, conforme estabelecem o art. 150, §6º, da CF/1988 e o art. 172 do CTN. Nesse sentido já decidiu o STJ:

> *"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. IMPOSTO MUNICIPAL. VALOR IRRISÓRIO. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A extinção da execução fiscal, sem resolução de mérito, fundada no valor irrisório do crédito tributário, é admissível quando prevista em legislação específica da entidade tributante. 2. O crédito tributário regularmente lançado é indisponível (art. 141 do CTN), somente podendo ser remitido à vista de lei expressa do próprio ente tributante (art. 150, §6º, da CF/1988 e art. 172 do CTN), o que não ocorre na presente hipótese. 3. Incumbe aos Municípios a disposição que permite legislarem sobre interesse local, nos termos do art. 30 da Carta Magna. 4. A intervenção do Judiciário na presente hipótese importa na afronta ao princípio constitucional da separação dos Poderes, restringindo, outrossim, o direito de ação do Município, uma vez que, estando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, não há qualquer impedimento legal ao ajuizamento da demanda no valor lançado pela Administração. 5. Recurso especial desprovido."* (REsp. nº 999.639-PR, STJ, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJE 18.06.2008).

Cite-se, outrossim, a Súmula 452 do STJ: "***A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício***."

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, a fim de determinar-se o prosseguimento da execução fiscal.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1057330-80.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CAROLINA BRAMBILA BEGA, é apelado TERCEIRO SUBDEFENSOR-PÚBLICO GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.805)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 24 de julho de 2018.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Servidora pública – Convocação para plantões de final de semana e feriado – Pedido para que não seja incluída nas escalas, pois sua carga horária é de 40 horas semanais, conforme previsto no edital de seu concurso – Possibilidade de compensação, de tirar folgas e obter gratificações, não havendo violação de carga horária – Plantões judiciais que garantem a continuidade do serviço público essencial – Interesse particular que não pode se sobrepor ao interesse público – Previsão do trabalho, em situações de urgência, como é o caso dos autos, no art. 164 da Lei Complementar Estadual nº 988/2016 – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Carolina Brambila Bega** contra ato do **Terceiro Subdefensor Público Geral do Estado de São Paulo**. Diz a inicial que a impetrante é defensora pública em Piracicaba e vem sendo designada para atuação em plantões judiciários nos finais de semana. Relatou que apresentou requerimento administrativo para exclusão de seu nome das listas convocatórias, informando que já cumpre com as 40 horas semanais previstas no edital do concurso, mas foi surpreendida com o indeferimento do pedido, sob o argumento de que a demanda de trabalho da comarca aumentou significativamente, principalmente com as chamadas "audiências de custódia".

Requereu o direito de trabalhar apenas as 40 horas semanais previstas na Lei Complementar Estadual nº 988/2016 e não ser mais designada involuntariamente para os plantões judiciários, nos finais de semana e feriados.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 274), sustentando a legalidade de seu ato.

A ordem foi denegada (fls. 356) pelo juiz *Luis Manuel Fonseca Pires.*

Insatisfeita, apela a impetrante, insistindo no reconhecimento de seu direito de trabalhar apenas 40 horas semanais, como previsto no edital de seu concurso, e de não ser designada para plantões judiciários nos finais de semana e feriados.

Recurso tempestivo e contrariado, a fls. 424.

É o relatório.

Insiste a impetrante no fato de que é ilegal o ato da autoridade coatora que não acolheu seu pedido de dispensa dos plantões judiciais realizados em alguns finais de semana e em feriados.

A questão foi bem apreciada em primeiro grau, ficando evidenciado nos autos que as 40 horas semanais não estão sendo violadas, pois há a possibilidade de a defensora compensar com folgas o tempo trabalhado nestes plantões de final de semana.

Ainda, o art. 164 da Lei Complementar Estadual nº 988/2006, aplicável à hipótese, esclarece que os membros da Defensoria têm, como dever, além dos previstos em lei, o de atender aos necessitados, em dias e horários previamente estabelecidos e divulgados, salvo nos casos urgentes, o que significa que, havendo a demonstração da urgência, pode ser exigido o trabalho extraordinário nos finais de semana, para o atendimento dos assistidos.

No caso em apreço, a fls. 274, a autoridade impetrada provou a necessidade da convocação de todos os defensores da comarca, em sistema de rodízio, para participar dos plantões, sob pena de se interromper o serviço da Defensoria.

Os plantões judiciais têm como característica a urgência exigida no dispositivo acima indicado, ficando justificadas as convocações feitas pela Defensoria Pública.

A possibilidade de prestação de serviços extraordinários veio prevista na Legislação aplicável aos defensores públicos, em casos de urgência, como na presente hipótese.

Correta a decisão judicial ao entender que os interesses particulares da impetrante não podem se sobrepor aos interesses de toda a coletividade. As convocações realizadas, nas hipóteses indicadas nos autos, não ferem os direitos fundamentais da recorrente, já que as horas trabalhadas podem ser compensadas.

Como bem observou o julgador, se todos os defensores, assim como os

juízes e promotores, se opusessem a prestar os serviços quando convocados para os plantões judiciais, haveria a violação do princípio da continuidade do serviço público.

Assim, não há como se acolher o pleito da ora apelante que não está sendo sobrecarregada, pois trabalha o mesmo número de horas para o qual foi contratada, com direito a compensação, folgas e gratificações especiais.

Esta ação demonstra a falta de vocação de muitos dos que trabalham no serviço público. Há alguns anos atrás o serviço fora dos horários normais era obrigatório e não havia compensação ou pagamento de horas extraordinárias. Mas aqueles que ingressavam no serviço público tinham por meta servir à população, mesmo com sacrifício pessoal. Ainda hoje é comum que muitos servidores trabalhem, sem compensação, além das horas estabelecidas, levem serviço para casa e trabalhem nos finais de semana e feriados.

Se a vocação da autora não é para o desprendimento ou para o sacrifício em benefício da coletividade, o que deve fazer é buscar outra colocação, não a de servidora pública.

Mantém-se, pois, a decisão de primeiro grau, em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021524-33.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER, é apelado JOSÉ SIDNEI PELACHINE.

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 27.126)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "APELAÇÃO – Ação anulatória de autos de infração e condenação em danos morais – Atos

administrativos de imposição de multa de trânsito abusivas – Autos de infração anulados – Dano moral caracterizado – Sentença de parcial procedência mantida – Recurso desprovido"

VOTO

JOSÉ SIDNEI PELACHINE ajuizou ação anulatória e condenatória em face do **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DER**. Relatou o autor que ao transitar pela Rodovia dos Imigrantes SP-160, o policial acenou para que parasse, contudo, diante da incerteza continuou o trajeto e, posteriormente, diante da emissão de sinal de lanterna, realizou a parada. Informou que todos os seus documentos estavam em ordem, todavia, permaneceu por mais de duas horas no posto policial. Por isso, alegou que a autoridade policial agiu com excessivo abuso, eis que foram aplicadas seis infrações de trânsito e, em virtude dessas infrações, foi instaurado processo administrativo para suspensão de sua carteira nacional de habilitação. Requereu anulação das infrações, do procedimento administrativo e condenação do réu em danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A r. sentença de fls. 185/193 julgou parcialmente procedente a pretensão inicial declarando a nulidade dos Autos de Infração de Trânsito nº 1F828031, nº 1F828034, nº 1F828028 e nº 1F828029, além de condenar o réu ao pagamento da quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização pelos danos morais, cujo valor deverá ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora. Determinou que a atualização monetária deve observar a Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até o dia 25.03.2015, quando o índice aplicável passará a ser o IPCA-E e que os juros de mora serão no importe de 6% ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180/01, ante a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/09 (ADI 4.357 e 4.425). Em razão da sucumbência preponderante, condenou o vencido ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

Acesso ao Sumário

Apela o Departamento de estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (fls. 196/204). Aduz que a autoridade autárquica agiu em consonância com a legislação de trânsito vigente e que a imposição da penalidade foi decorrente de legítimos procedimentos administrativos. Além disso, alega que não houve dano moral caracterizado, pois não se comprovou ocorrência de situação vexatória, humilhante ou ofensa à imagem do autor decorrente da conduta do agente público. Requer a reforma da r. sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 208/216).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

Consta nos autos que o autor, ora apelado, transitava com o veículo de placa EAF 7918, em 15.04.17 quando foi parado pela Polícia Rodoviária Estadual e instaurados contra ele seis Autos de Infração de Trânsito, registrados sob os números 1F828031-3, 1F828034-3, 1F828028-3, 1F828030-3, 1F828029-2 e 828035-3 (fls. 29/32).

Cinge-se a controvérsia sobre a veracidade dos mencionados atos administrativos sancionatórios, considerando que foram impostas várias multas incomuns na ocasião de blitz policial em rodovia.

Apesar dos atos administrativos, representados pelos autos de infração, serem imbuídos da presunção de veracidade e legitimidade, estes atributos pode ser perfeitamente elididos através de prova robusta, como se deu no presente caso.

Das provas trazidas aos autos, conclui-se que, de fato, o motorista desobedeceu a ordem policial para parada na blitz, além de transportar carga presa a suporte inapropriado afixado na parte superior externa do veículo. Portanto, perfeitamente cabível a imposição dos Autos de Infração nº 828030 e 828032.

No caso dos demais atos administrativos, verifica-se excesso de autoridade na aplicação das multas, vez que os fatos apresentados não condizem com a imposição das multas, sendo de rigor a anulação dos Autos de Infração nº 828028, 828029, 828031 e 828034.

Como bem fundamentou a MM. Juíza *a quo* (fls. 189):

"Em relação ao Auto de Infração nº 828031 há indício de excesso. Indiscutível ser difícil avistar, no período noturno, a ausência do cinto de segurança não só no passageiro dianteiro como naqueles que estavam no banco de trás (fl. 29). Apesar de se tratar de uma blitz no qual os veículos costumam passar com velocidade reduzida, não é crível que foi possível observar tal minúcia dentro do veículo.

(...)

Acerca do Auto de Infração nº 828034, aponta a autoridade policial que, ao evadir-se de abordagem, o condutor dirigia de forma a ameaçar os demais usuários da via (fls. 29).

Todavia, tal afirmação não condiz com a dinâmica dos fatos apresentados. Por se tratar de fiscalização, crível é que a velocidade de todos os automóveis da estrada estivesse reduzida, não havendo qualquer prova em sentido contrário.

(...)

Acesso ao Sumário

Igualmente, em relação ao Auto de Infração nº 828028, em que o policial rodoviário estadual aponta que o autor deixou de manter uma distância segura entre os veículos, também me parece descomedida, pois pelo mesmo motivo acima narrado também não condiz com a dinâmica dos fatos apresentados (fl. 30).

É notório que em uma blitz, o trânsito afunila e os carros, obrigatoriamente, reduzem a velocidade. Inclusive, tal versão foi narrada pelos informantes em Juízo (fls. 176 e 182).

(...)

Por fim, o Auto de Infração nº 828029 também possui indícios de imoderação (fl. 31). Sob o argumento de que o condutor deixou de reduzir a velocidade, causando risco aos agentes que controlam o trânsito, foi imputada infração ao autor.

Sem embargo, por todos os argumentos expostos anteriormente, tal alegação não merece prosperar. Ademais, me perece bis in idem, visto que o condutor já foi penalizado por não ter parado no momento determinado pelas autoridades policias."

Ademais, visto isso, é possível depreender-se que o conjunto probatório, como muito bem asseverado pelo Juízo *a quo*, demonstra que houve abusividade nos atos administrativos aqui apontados, fator este que, por óbvio, implica na necessidade de interferência do Poder Judiciário sem que ocorra violação ao axioma constitucional da Separação dos Poderes.

Diante da abusividade experimentada pelo apelado, inclusive tendo permanecido por mais de duas horas na estrada com a sua família aguardando a fiscalização no período noturno e sofrendo consequências pela suspensão do seu direito de dirigir, conclui-se pela configuração do dano moral.

Nesse passo, o dano moral decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, que deve ser analisada à luz do art. 37, § 6º que dispõe: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.*

Sobre a questão, nos ensina Hely Lopes Meirelles: *O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da 'responsabilidade sem culpa' pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.*

Para que haja o dever de indenizar, basta que fique demonstrado o dano

e o nexo de causalidade entre este e a ação do Estado, o qual é evidente no presente caso.

Quanto à quantia determinada para indenizar os danos morais, deve-se considerar que a indenização não constitui reparação, mas sim uma compensação, eis que, a dor, a aflição e o incômodo sofridos não podem ser mensurados. A compensação pode ser razoavelmente estabelecida, até como solução de equidade.

E, não havendo um critério legal para a fixação dos danos morais, entendo que devem ser arbitrados levando-se em consideração o prejuízo causado, a gravidade do dano e as condições do causador do dano, servindo a condenação como uma punição, para que este seja desestimulado a reiterar a conduta e, ao mesmo tempo, não sirva de enriquecimento ilícito à outra parte, que deve ter proporcionada uma satisfação justa.

Diante destas considerações, e de acordo com o princípio da razoabilidade, segundo prudente arbítrio com a análise do caso concreto, entendo que o valor fixado pelo juízo *a quo* para a indenização pelos danos morais foi adequado.

Por isso, dada a fundamentação exarada no julgado combatido, como ficou demonstrado, é digno de nota que o D. Magistrado a quo apreciou com coerência as questões e provas trazidas à colação e deu à espécie solução justa e adequada, de sorte que as suas conclusões jurídicas ficam mantidas e ratificadas por esse Egrégio Tribunal, até mesmo fazendo parte deste ato decisório, para todos os fins e efeitos de direito, segundo autorização explícita do art. 252, do Regimento Interno desta Corte.

A propósito:

> *"Não incorre em omissão o acórdão que adota os fundamentos da sentença como razão de decidir."* (STJ – REsp 592092/AL, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 26/10/2004). No mesmo sentido: REsp 265534/DF, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, 4ª Turma, j. em 20/11/2003)

Assim, merece manutenção a r. sentença.

Ante a interposição do presente recurso, conforme expresso no art. 85, § 1º e 11, do Código de Processo Civil, condeno o apelante ao pagamento, cumulativo, de honorários. Assim, fixo os honorários recursais em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, de acordo com o estabelecido no § 3º, do referido artigo do Código de Processo Civil.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015183-39.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS NATURA LTDA., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Guilherme L. Medeiros.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.670)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 1º de agosto de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação Cível. Tributário.

Anulatória de Débito Fiscal – Depósito de parte incontroversa e parte controversa – Discussão do objeto controverso com arrimo no art.95, §2º, da L.6.374/89 – Alegação de descumprimento pela ausência do depósito integral quanto à diferença de juros e pelo fato de o desconto estar condicionado à renúncia à defesa – Inadmissibilidade – Depósito efetivado em conformidade com a declaração de inconstitucionalidade da lei bandeirante – Tentativa de restabelecimento da regra *solve et repete* – Impossibilidade, pois de há muito afastada do mundo jurídico pátrio – Extinção do AIIM nº 4.092.920-6 – Sentença reformada.

Dá-se provimento ao recurso interposto.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de "pedido de tutela provisória de urgência de natureza cautelar em caráter antecedente" proposto pela Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. em face do Estado de São Paulo, deduzindo que em 24 de março de 2017, foi notificada da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.092.920-6, em razão de deixar de pagar o ICMS-ST, no período de março de 2012 a julho de 2012, por emitir Notas Fiscais modelo 55, com

erro na determinação da base de cálculo e constando a operação de substituição tributária tributadas como não tributadas para os itens relacionados, totalizando R$1.972.104,64. Assevera que efetuou o pagamento dos valores exigidos, com redução de 70% da multa aplicada.

Aduz que os juros aplicados sobre o valor principal e para apurar a base de cálculo da multa, está sendo calculado com base nos juros de mora instituídos pela Lei Estadual nº 13.918/09, mui superiores aos índices estabelecidos pela Taxa Selic. Afirma que os juros de mora instituídos pela referida lei teve seus índices limitados aos previstos pela Taxa Selic, em conformidade com o que decidido foi na arguição de inconstitucionalidade julgada pelo Colendo Órgão Especial e com a Orientação Normativa nº 01/2016 expedida pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Deduz que efetuou o pagamento integral da parte incontroversa do débito tributário (valor principal e juros de mora calculados com base na Taxa Selic e multa com base na Selic, com redução de 70% sobre o valor). Alega que no que toca à parte controversa, optou por discutir em ação judicial. Postula o recebimento do comprovante de pagamento integral da parcela incontroversa, bem como o recebimento do depósito judicial para suspender a exigibilidade da parcela remanescente controvertida e, por fim, o afastamento de qualquer óbice para obtenção de certidão de regularidade fiscal e o reconhecimento do pagamento, com redução de 70% da multa aplicada, da parcela remanescente e incontroversa, com a consequente extinção, bem como a concessão da tutela final consistente na anulação da parcela excedente exigida pelo Estado de São Paulo, relativamente à diferença entre os juros de mora instituídos pela Lei Estadual nº 13.918/09 e a Taxa Selic. Decisão que suspendeu a exigibilidade (fl. 92). Ação de "anulação de débito fiscal" foi proposta por Indústria e Comércio de Cosméticos Natura Ltda. em face do Estado de São Paulo (fl. 100/137), na qual pleiteou a procedência da ação a declaração de inexigibilidade da diferença referente à aplicação dos juros de mora determinados pela Lei Estadual nº 13.918/09, em relação à Taxa Selic, tendo em vista a inconstitucionalidade da exação, com reconhecimento da extinção integral do débito e a redução de 70% da multa nos termos do artigo 95 da Lei nº 13.918/09. Pedido julgado procedente (fl. 220/224). Embargos de Declaração opostos pelo Estado de São Paulo (fl. 229/233) e pela empresa (234/242), os quais foram acolhidos para julgar o pedido parcialmente procedente, ante a impossibilidade de declarar extinto o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.092.920-6 (fl. 263/265). A autora opôs Embargos de Declaração (Cf. fl. 271/278), os quais foram rejeitados (fl. 295/296).

Inconformada, apela a empresa, visando, em resumo, a reforma parcial da sentença, a fim de que seja reconhecida a extinção do crédito tributário, ante o pagamento integral, considerada a redução da multa de 70% (Cf. fl. 301/322).

Processado regularmente, com as contrarrazões (fl. 330/338), subindo os

Acesso ao Sumário

autos a esta Instância.

É o relatório.

2. A respeitável sentença merece reparo.

Em primeiro plano de discussão, cumpre historiar todo o ocorrido.

Em 10 de abril de 2017, a empresa autora interpôs "pedido de tutela provisória de urgência de natureza cautelar em caráter antecedente", objetivando a concessão da tutela, a fim de que seja convertida em renda e dada quitação do Estado de São Paulo no que toca ao pagamento da parcela incontroversa, com a consequente quitação, a realização de depósitos judiciais referente à parte controvertida (Cf. fl. 28/30).

Na mesma data supra mencionada, seguiu-se pedido de juntada do comprovante de pagamento referente à parte incontroversa, bem como reforço do pleito de quitação integral da parcela incontroversa, par e passo da extinção, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional; e recebimento do(s) depósito(s) judicial(is), com a suspensão da exigibilidade da parcela remanescente controvertida (Cf. fl. 62/69).

Em 11 de abril de 2017, a empresa autora requereu a juntada dos comprovantes dos depósitos judiciais da parcela controversa (Cf. fl. 77/82).

O pedido da tutela final, em obediência ao artigo 303 do Código de Processo Civil, indicado foi a fl. 87/91, nos seguintes termos: "**o pedido de tutela final consistirá na anulação da parcela excedente exigida pelo Estado de São Paulo, relativamente à diferença entre os juros de mora instituídos pela Lei Estadual nº 13.918/09 e a Taxa Selic, (...)**."

Em 17 de maio de 2017, a MM. Juíza *a quo* proferiu decisão nos seguintes termos: "**Vistos. O depósito integral do crédito tributário suspende a exigibilidade. Posto isso, ciência ao réu dos depósitos efetivados. Cite-se o réu para contestar a ação no prazo de cinco dias artigo 306 do CPC**." (Cf. fl. 92).

Nesse ponto, ante a ausência de interposição de recurso contra a decisão, supra mencionada, observa-se a ocorrência da efetivação da tutela cautelar em caráter antecedente, razão pela qual o pedido principal foi formulado com a propositura da ação de "anulação de débito fiscal", em 26 de maio de 2017, pela empresa autora em face do Estado de São Paulo, vislumbrando a procedência da ação para declarar a inexigibilidade da diferença referente à aplicação dos juros de mora determinados pela Lei Estadual nº 13.918/09, em relação à Taxa Selic e, consequentemente, o reconhecimento da extinção integral do débito objeto do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.092.920-6 (Cf. fl. 100/137).

Acesso ao Sumário

Na hipótese em questão, a empresa autora buscou com a propositura da tutela cautelar em caráter antecedente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário oriundo da lavratura do Auto de Infração e Imposição de Multa nº

4.092.920-6 (Cf. fl. 50/51) e, para tanto, efetuou, após a notificação recebida, o pagamento do valor cobrado, **denominada de parte incontroversa**, aplicando o benefício do artigo 95, inciso I e parágrafo 1º, da Lei Estadual nº 6.374/89, sendo certo que, ao final, postula a anulação da parcela excedente, ou **parte controversa**, referente à diferença entre os juros de mora instituídos pela Lei nº 13.918/09 e a Taxa Selic, de maneira que, sem haver interposição de recurso da parte contrária acerca da concessão da tutela, repita-se, e seguindo-se a interposição de ação principal, estabilizada restou a tutela concedida.

O pedido principal foi julgado procedente, num primeiro momento (Cf. fl. 220/223), porém, com a interposição de embargos de declaração efetuada por ambas as partes (Cf. fl. 229/233 e fl. 234/242), nova decisão foi prolatada, a qual acabou por julgar o pedido parcialmente procedente, determinando que sobre o débito exigido no Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.092.920-6 incida apenas a taxa de juros prevista para os tributos federais (Cf. fl. 263/265).

Com efeito, o valor da parcela remanescente e **incontroversa** – principal, acrescido de Juros de Mora (Taxa Selic) e Multa (Taxa Selic e redução de 70%) –, paga com redução de 70% da multa aplicada ocorreu em 10 de abril de 2017 (Cf. fl. 69) e o depósito do montante discutido, ou seja, **controverso** – Juros de Mora (diferença apurada entre os juros instituídos pela Lei nº 13.918/09 e Taxa Selic) e a Multa (diferença apurada ente os Juros instituídos pela Lei nº 13.918/09 e a Taxa Selic somada à Redução de 70%) –, foi feito em 12 de junho de 2017 (Cf. fl. 79/82), observe-se.

Não há falar, na espécie, na impossibilidade de discussão do objeto controverso com arrimo no parágrafo 2º do artigo 95 da Lei nº 6.374/89, que a Fazenda Pública Bandeirante afirma descumprida, quer pela ausência do depósito integral, no que diz respeito à diferença de juros, quer pelo fato de que o desconto está condicionado à renúncia à defesa do antigo artigo 100 do Regulamento do ICMS no que diz respeito aos acordos de parcelamento.

Em verdade, tanto a renúncia como a possibilidade de desconto merecem interpretação conforme, em primeiro lugar pelo fato de que o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário inibe a eficácia de renúncia quanto às questões constitucionais, sem se olvidar das questões civis que propiciam a declaração de invalidade do negócio jurídico, além de suas causas de anulação (Cf. artigo 166 e seguintes do Código Civil).

In casu, os juros que superam o percentual de 1% fixado no Código Tributário Nacional (Cf. artigo 161 parágrafo 1º), bem como a atualização de valores sem conformidade ideal com aquela praticada pelo fisco, são inconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Temas nº 810 e nº 905, estabeleceram a simetria ideal entre

Acesso ao Sumário

aquilo que é cobrado pelo Fisco, por inadimplência, quanto aos juros e correção, para a repetição do indébito.

No que toca à taxa remuneratória bandeirante, o Colendo Órgão Especial desta Corte, como é sabido, declarou inconstitucional os artigo 85 e 96 da Lei Estadual nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei Estadual nº 13.918/09, mediante provocação desta 13ª Câmara de Direito Público, em sede de arguição de inconstitucionalidade, afastando a taxa de 0,13% ao dia, determinando a assinação da taxa de 1% ao mês, assinando-se a taxa remuneratória e atualizatória com base na Taxa Selic, em relação aos créditos tributários posteriores à edição da Lei Federal nº 9.250/95 (Cf. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27.02.2013).

Desta feita, não há falar em renúncia ao direito de ação, nem tampouco ao não aproveitamento do desconto previsto no inciso I do artigo 95 da Lei nº 6.374/89, porquanto o depósito efetivado se sucedeu na exata marca da Taxa Selic, ou seja, em conformidade com a declaração de inconstitucionalidade da lei bandeirante, azo pelo qual reto o depósito.

O fundamento da impossibilidade discussão nesta ação acerca da correção do depósito efetivado, a fim de que o apelante se aproveitasse da redução mediante depósito integral do que reclamado era, nada mais é do que o restabelecimento da regra *solve et repete*, afastada do mundo jurídico pátrio de longa data.

Diante desse quadro, cumpre observar que "**o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles – e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso**." (Cf. RE 666.405/RS, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16/08/2012).

O debate não é novo, e o Colendo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal), e a liberdade de exercício profissional (artigo 5º, inciso XIII) e, considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários, firmou orientação jurisprudencial no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal de restrições de índole punitiva, quando motivada pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. Octavio Gallotti).

Esse entendimento tem sido observado em sucessivos julgamentos proferidos pela Suprema Corte, quer sob a égide do anterior regime constitucional, quer em face da vigente Constituição da República (RTJ 100/1091, Rel. Min. Djaci Falcão; RTJ 33/99, Rel. Min. Evandro Lins; RTJ 111/1307, Rel. Min.

Acesso ao Sumário

Moreira Alves; RTJ 138/847, Rel. Min. Carlos Velloso; RTJ 177/961).

A respeito do tema, vale destacar, por oportuno, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 63.026[1], pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 25/04/1968 – cujas razões inspiraram o Verbete nº 547 do STF[2] –, com a seguinte ementa:

> **"EMENTA: *Solve et repete* – Não é lícito à autoridade proibir o contribuinte em débito de adquirir estampilhas, despachar mercadorias nas Alfândegas e exercer as suas atividades profissionais."** (STF-Pleno, RE 63.026, Relator p/ o acórdão, Ministro Aliomar Baleeiro).
>
> Colhe-se trecho do voto do eminente Ministro Aliomar Baleeiro:
>
> **"(...) a ditadura de 1937, nos albores de sua inauguração, instituiu no Brasil o regime da regra solve et repete, provavelmente por imitação do Direito Fiscal italiano, que, àquele tempo, foi fonte de inspiração do novo "Estado Autoritário": - o contribuinte deverá pagar e depois acionar a União para anulação do débito e repetição do tributo indevidamente pago.**
>
> **Ora, paradoxalmente, o solve et repete foi introduzido na Itália pela lei de 20.3.1865, como medida liberal e contra-partido da apreciação judicial das reclamações de contribuintes que, antes da Unificação, no regime do Papa e da Áustria, só poderiam pleitear o reconhecimento de suas súplicas perante o Contencioso Administrativo composto dos próprios funcionários do Estado com as garantias de magistrados de carreira. (...)**
>
> **Bem diverso é o regime do Brasil, infenso ao solve et repete desde o Império. A própria ditadura recuou de seus passos e disciplinou o executivo fiscal em moldes menos ásperos no D.- Lei nº 960/38. (...)**
>
> **Pelo Direito positivo do Brasil, o Fisco já goza de todas as prerrogativas e privilégios razoáveis, como, por exemplo: a) ele cria seu próprio título, já que a lei imprime liquidez e certeza à certidão do débito inscrito nos livros da Repartição; b) executivo fiscal, decorrente dessa liquidez e certeza, de sorte que a defesa só é ouvida depois da penhora; c) privilégio e preferência do crédito, em relação a outros credores, seja ou não recentes, enquanto outros países, inclusive a Itália, consideram quirografárias as dívidas ativas de certos impostos depois de certo tempo; d) prazos quadruplicados para os procuradores da Fazenda Pública nos processos. (...)"**

1 Com votos vencidos dos eminentes Ministros Amaral Santos e Thompson Flores. "Declarou-se a inconstitucionalidade das sanções administrativas, contidas nos Decretos-Leis nºs 5 e 42, de 1937. Plenário, em 25/04/68."

2 Súmula 547/STF: "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

Nessa esteira, a Suprema Corte, por reiteradas vezes, se pronunciou pela incompatibilidade entre as normas do artigo 141, §14, da Constituição de 1946, e do artigo 150, §23, da Constituição de 1967, que enunciavam o que consta do artigo 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Sexta Carta Republicana, com preceitos que vedavam aos contribuintes o exercício de suas atividades mercantis, por estarem em débito para com a Fazenda Nacional (v.g. RE nº 63.047-SP, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira).

Assim, segundo o disposto no artigo 95, inicio I e parágrafo 2º, da Lei nº 6.374/89, o pagamento do débito fiscal com a aplicação do desconto de 70% sobre a multa, implica em renúncia à defesa ou aos recursos previstos na legislação, o que se revela nítido meio coercitivo indireto de cobrança, também chamado de sanção política e que chega a tangenciar a ilegalidade, de forma que é defeso à Administração impedir ou cercear a atividade empresarial, econômica ou profissional do contribuinte, com a finalidade de compeli-lo a solver débitos fiscais sem que sejam observados na exação, o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, as Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal. Não se trata, pois, de aplicar as Súmulas, mas sim o princípio constitucional que subjaz à sua motivação.

Por epítome, conclui-se do provimento recursal, porquanto o depósito efetivado obedeceu ao julgado deste Tribunal quanto à inconstitucionalidade dos juros de 0,13% ao dia apontados no auto de infração, fazendo *jus* o infrator, na forma do artigo 95, inciso I, da Lei nº 6.374/89 à benesse do desconto considerado, inclusive, o respeito ao prazo fixado na lei, tendo como *dies a quo* a lavratura do auto de infração, sendo certo que a impossibilidade do desconto sem discussão da norma que fere o sistema constitucional implicaria no restabelecimento do regime *solve et repete* tantas e tantas vezes declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso. Nessa esteira, o pedido é julgado procedente, declarando-se extinta a obrigação tributária decorrente do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.092.920-6, arcando o Estado de São Paulo, com a sucumbência integral quanto às custas e despesas processuais, par e passo de honorários advocatícios fixados em 10% do proveito econômico alcançado, na forma do artigo 85, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Processo Civil.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso interposto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028165-67.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante GIORGIO

CISCATO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.445)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 6 de agosto de 2018.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER – Saúde pública – Realização de cirurgia de transgenitalização – Ausência de comprovação da urgência para realização do procedimento pretendido – Demonstração do paciente já estar regulamente inscrito junto à Central de Regulação de Ofertas e Serviços de Saúde (Cross) – Ofensa ao princípio da isonomia – Pedido julgado parcialmente procedente na 1º Instância – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por GIÓRGIO CISCATO em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na qual pretende a condenação da requerida para a realização de cirurgia de transgenitalização.

A r. sentença de fls. 239/240, cujo relatório adoto, foi proferida nos seguintes termos:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido do autor para condenar a requerida a realizar o procedimento cirúrgico de adequação de sexo denominada transgenitalização, respeitada a ordem de atendimento para a hipótese em tela. Isento de custas de honorários por se tratar de ação patrocinada pela Defensoria Pública do Estado em face da Fazenda Pública Estadual."

Apela o requerente (fls. 271/277). Insurge-se em face da determinação para aguardar a ordem de atendimento.

Contrarrazões às fls. 281/284, pelo não provimento do recurso e pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por GIÓRGIO

Acesso ao Sumário

CISCATO em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na qual pretende a condenação da requerida para a realização de cirurgia de transgenitalização.

A r. sentença monocrática, considerando os elementos de convicção acostados ao feito, acolheu em parte o pedido formulado, determinando o respeito à ordem de atendimento. Face ao quanto decidido, insurge-se o requerente, alegando urgência.

Sem razão, contudo.

Em que pese a situação psicológica do autor, o certo é que pelas informações prestadas pela requerida ele já está incluído em lista de espera para realização da cirurgia aqui pleiteada, tendo, inclusive, já realizado outros dois procedimentos (mastectomia e histerectomia) junto ao SUS.

É certo que a Constituição Federal determina que o Estado deve zelar pela saúde da população, mas isso não pode ocorrer de forma desorganizada e de modo injustificável.

No caso dos autos não há comprovação de urgência para a cirurgia pretendida. Acolher o pedido, nos moldes em que formulado, implica em evidente agressão ao princípio da isonomia, o que o ordenamento jurídico não tolera.

Veja, o laudo pericial de fls. 208/213 demonstra que o autor apresenta forte identificação com o sexo masculino, pretendendo realizar a cirurgia genitoplastia masculinizante da genitália externa.

Não obstante, como se disse, nada há nos autos há demonstrar distinção entre o caso em tela e outros, relativos a pessoas que se encontram na mesma situação do apelante.

Nesse sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer. Pleito de efetivação de intervenção cirúrgica na autora, para tratamento de orteoartrose. Sentença que julga procedente a ação e determina a efetivação da cirurgia. Reforma. Cirurgia oferecida pelo SUS, mas com fila de espera. Autora que não demonstrou a urgência de seu pleito, a ponto de ultrapassar as demais pessoas que aguardam na fila. Necessidade de prova da urgência e do risco em se aguardar na fila pela cirurgia. Sentença reformada. Apelações providas." (AC n. 1009285-95.2016.8.26.0565, 10ª Câmara de Direito Público, rel. Des. **Marcelo Semer**; j. 16/07/2018).

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. Fornecimento de insumo. Aparelho auditivo. Autor que se encontra em fila de espera. Urgência premente não demonstrada. Inviabilidade de antecipar o procedimento do autor às custas dos demais pacientes. Princípio da isonomia. Ação improcedente. Invertida a sucumbência. Recurso e remessa necessária conhecidos e providos." (AC n. 1006414-

Acesso ao Sumário

90.2017.8.26.0037, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. **Vera Angrisani**, j. 27/04/2018).

Desta forma, a r. sentença atentou para os postulados constitucionais e legais acima citados, aplicando-os de maneira correta, devendo permanecer tal como foi lançada, certificando ser despiciendo maiores interpretações à luz do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por fim, já é entendimento pacifico de não estar obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Nessa esteira, ficam consideradas prequestionadas todas as matérias e disposições legais discutidas pelas partes.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 1032043-52.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados UGO OSVALDO FRUGOLI, MARIA CRISTINA MORENO QUEIROGA FRUGOLI e CARLOS HENRIQUE ANTUNES TAPARELLI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 9 de agosto de 2018.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. JUÍZO POSITIVO DE ADEQUAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 870.947/SE. Juros e Correção monetária. Alteração da fundamentação empregada pelo julgado para adequação ao entendimento fixado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário paradigma. Reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.960/09. Incidência de correção monetária e juros de mora de acordo com a Tese n. 810 da repercussão geral. Correção monetária pelo IPCA-E

Acesso ao Sumário

e juros de mora da caderneta de poupança.
ACÓRDÃO READEQUADO À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDA NO TEMA 810 DO STF.

VOTO

FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, inconformada com a respeitável sentença de fls. 78/82, que julgou procedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, (i) a aplicação do limite de 40 horas-aula; (ii) a primazia do princípio da legalidade; (iii) a aplicação da Lei n. 11.960/2009.

Os autores apresentaram suas contrarrazões (fls. 99/109), e o recurso foi regularmente processado.

O recurso foi parcialmente provido (fls. 116/121).

Diante do julgamento proferido no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, Tema 810, nos moldes do artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, o Presidente da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça determinou a devolução dos autos a esta Turma Julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão (fls. 172/173).

É o relatório.

O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE n. 870.947, no qual foi firmada a Tese de repercussão geral n. 810 estabelecendo o seguinte:

"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 ás condenações oriundas de relação jurídica não- tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, 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 fina a que se destina".

Acesso ao Sumário

Assim, ao contrário do que constou do acórdão de fls. 116/121, não há dúvida de que a correção monetária deverá ter incidência desde a data em que os valores deveriam ter sido pagos, de acordo com o IPCA-E, e os juros de mora devem incidir desde a citação, de acordo com o índice de remuneração aplicável à caderneta de poupança.

Em vista do exposto, integro a fundamentação empregada pelos v. acórdãos para fazer constar que os juros de mora e a correção monetária devem observar o Tema n. 810 do STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038973-57.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados JACYRA RICCI DE ALMEIDA, DOMINGAS DE OLIVEIRA, DARCI RICCI DOS SANTOS, LUIZ PEDRO DA SILVA, JOSE DIAS MENDES FILHO, MARIA INES DOS SANTOS e EMILIA BARBOSA DE OLIVEIRA.

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 36.446)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 9 de agosto de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA

Servidores públicos estaduais. Prescrição da pretensão executória. Inocorrência. Termo *a quo*. Prazo prescricional não se inicia com o cumprimento da obrigação de fazer, e sim quando finda a fase de liquidação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Sentença mantida.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** e **reexame** de sentença (fls. 86/87) rejeitando **embargos** (fls. 01/06) **à execução** de **ação** de servidores públicos estaduais

pretendendo o recálculo da sexta-parte sobre as vantagens incorporadas.

Sustentou a FESP, em resumo, a necessidade de reforma. Ocorrência da prescrição. Título judicial transitou em julgado em 20.06.05. Execução deveria ter se iniciado no máximo até junho/2010. Autores requereram a citação da FESP nos termos do art. 730 do CPC, apenas, em 27.08.09. Em 08.03.10, extinguiu-se a obrigação de fazer. Citação da FESP efetivou-se em 02.08.12. Despacho não interrompe prazo prescricional. Daí a reforma (fls. 90/96).

Determinou-se o retorno dos autos ao 1º grau para diligência em 18.07.17, retornaram em 20.07.18.

Silenciaram-se os autores (fls. 103).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Apresentam-se os autores como servidores públicos estaduais buscando satisfação de aresto (fls. 34/41) que lhes assegurou o recálculo da sexta-parte sobre as vantagens efetivamente incorporadas.

R. decisão *a quo* rejeitou a impugnação afastando a arguição de prescrição (fls. 86/87), daí o inconformismo.

Sem razão.

Como lá bem posto:

"Os embargos não merecem acolhida."

*"A única arguição levantada é prescrição, que **não** se operou." "Com efeito, é certo que a sentença transitou em julgado em 20/06/2005, conforme certidão copiada às fls. 43."*

"Basta que se veja o teor da parte dispositiva da sentença (fls. 31/32) para se observar que à execução relativa aos atrasados não bastaria simples iniciativa dos exequentes, pois a liquidação dependia da implantação do que lá se determinou, e para tanto basta que se observe a determinação de que as diferenças deveriam ser corrigidas '...desde quando devidas as parcelas e até o efetivo cumprimento da obrigação...' (fls. 32)."

*"Conforme se vê às fls. 44, **somente** em 12/01/2010 considerou-se cumprida dita obrigação de fazer (implementação), de modo que a partir de então passou a fluir o prazo prescricional da pretensão executiva, já que antes não tinham os exequentes elementos, e estes dependiam de atuação da Fazenda, para a devida liquidação."*

"Entre o momento em que puderam efetivar os cálculos e a conclusão das providências para fins de citação na forma do art. 730 não decorreram cinco anos."

"Prescrição da pretensão executiva, então, não houve e, tratando-

Acesso ao Sumário

se este do mote único dos embargos, o destino inexorável é a já adiantada rejeição."

"Ante o exposto, REJEITO OS EMBARGOS. Arcará a Fazenda com os honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa." (fls. 86/87).

É certo que, nos termos da **Súmula 150** do **Eg. STF**, *"... prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".*

Porém, **não** deve prevalecer, ***data maxima venia***, o **termo inicial** considerado.

Segundo jurisprudência do **C. Superior Tribunal de Justiça**, o prazo prescricional tem início apenas quando finda a **liquidação** da condenação. Confiram-se os seguintes arestos:

"PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - INCIDENTE DE LIQUIDAÇÃO - PRESCRIÇÃO."

"1. A ação de execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, nos termos da Súmula 150/STF."

"2. Sentença que condenou a Fazenda Nacional a repetir indébito transitada em julgada, mas só executada depois de cinco anos."

"3. Doutrina e jurisprudência têm entendido que a liquidação é ainda fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar-se a execução quando o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, apresenta-se também líquido."

"4. O lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação."

"5. Hipótese em que se afasta a prescrição qüinqüenal."

"6. Recurso especial provido." (grifei - REsp nº 543.559/DF v.u. DJ-e 14.12.04 Rel. Min. **ELIANA CALMON**).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL."

"1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC."

*"**2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que se considera a prescrição para fins de promoção da ação executiva, não do trânsito em julgado da sentença, mas sim quando finda a fase de liquidação**."*

"3. Agravo regimental não provido." (grifei - AgRg no AREsp

Acesso ao Sumário

nº 642.155/RS v.u. DJ-e 30.03.15 Rel. Min. **MAURO CAMPBELL MARQUES**).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO COLETIVA. SERVIDORES PÚBLICOS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA."

"1. A ação de execução de título judicial oriundo de ação coletiva prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento."

"2. ***De outro norte, consolidou-se entendimento de que a liquidação é fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar a execução se o título, certo pelo trânsito em julgado da sentença de conhecimento, estiver também líquido****."*

"3. No caso, a ação ordinária n. 95.00.16271-7 transitou em julgado em 8/3/2002, mas a decisão que fixou os critérios para a execução do título precluiu somente em 22/9/2003. Tendo sido ajuizado o protesto interruptivo da prescrição em 9/3/2007 e proposta a ação de execução em 4/9/2008, não se operou a alegada prescrição."

"4. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifei - AgRg no AREsp nº 600.293/PR v.u. DJ-e 04.02.15 Rel. Min. **OG FERNANDES**).

Confira-se entendimento deste **E. Tribunal de Justiça**:

"Preambularmente, não deve prevalecer a tese defendida pela agravante de prescrição do crédito exequendo, uma vez que o título executivo constituído nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 0.010637-12.2004.8.26.0053, embora tornado certo pelo trânsito em julgado da sentença, somente pode ser executado quando tornou-se líquido, não havendo que se falar em prescrição intercorrente enquanto o credor estiver promovendo as diligências para elaborar a memória de cálculo necessária à instrução da ação executiva."

"Desse modo, ao contrário do que quer fazer crer a impugnante/executada, ora agravante, não restou configurada a prescrição da pretensão executiva no caso dos autos. Isto porque, não obstante o trânsito em julgado o título executivo ter ocorrido em 23 de março de 2001, apenas em agosto de 2013 a Fazenda Pública executada prestou as informações necessárias à elaboração do cálculo pelos exequentes (fl. 51), iniciando-se nesta data o prazo prescricional. Nesse passo, o início da execução da obrigação de pagar deu-se antes do decurso do prazo quinquenal, com o ajuizamento do pedido de habilitação dos credores, ora agravados, em 30 de agosto de 2017 (fls. 01/06 dos autos principais." (AI nº 3.001746-22.2018.8.26.0000 – v. j. j. de 18.07.18 – Rel. Des. **REBOUÇAS DE CARVALHO**).

Tempestivamente se buscou, diversas vezes reiterados pedidos de citação

Acesso ao Sumário

(fls. 46 e 74) , dar início à fase satisfativa do processo.

Inocorreu, no caso, prescrição.

Assim também já decidi: AC nº 0.016.063-44.2000.8.26.0053 – v.u. j. de 12.09.16.

Em suma, **escorreita** a solução.

De rigor a **manutenção** da r. sentença.

Mantidos os honorários como fixados (fl. 87), com acréscimo de 2% a título de honorários recursais (art. 85, § 11 do CPC).

Mais não é preciso acrescentar.

3. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013105-51.2014.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante JUNDICESTAS COMÉRCIO E TRANSPORTE LTDA., são apelados COMERCIAL JOÃO AFONSO LTDA. e PREFEITURA MUNICIPAL DE HORTOLÂNDIA.

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 36.158)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 13 de agosto de 2018.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ação anulatória de ato administrativo. Pedido de anulação da sentença em primeiro grau que tem como embasamento questão meramente formal. Regularidade de Inquérito policial que apurou a autenticidade de assinatura mediante procedimento de perícia grafotécnica e depoimentos. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 1574/1761, que julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I do CPC e condenou o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, o qual fixou em 10% sobre o valor atualizado da causa para cada uma das requeridas.

II. A apelante, em razões recursais, sustenta, como fundamento de preliminar e mérito, a ocorrência de cerceamento de defesa em razão de não ter sido aberto vista ao apelante para manifestação após conclusão de perícia grafotécnica em laudo realizado em inquérito policial, pugnando pela anulação da sentença para que se proceda a novo exame grafotécnico e oitiva do perito. Alega que a empresa apelada vem participando de concorrências públicas mesmo diante de assinatura falsificada aposta em alteração contratual.

III. Contrarrazões às fls. 1780/1801 e 1806/1810.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Cinge-se a controvérsia recursal em apuração de veracidade de assinaturas constante em alteração de contrato social perante a JUCESP.

Em suma, o apelante alega que a referida alteração contratual teria sido datada em 02/01/2012, sendo que o falecimento do patriarca da empresa familiar apelada ocorreu em 25/01/2012 e, que a alteração contratual apenas foi comunicada em 27/04/2012 à JUCESP.

Alega que não foi oportunizado prazo para manifestação após conclusão de inquérito policial, fato que entende cercear o seu direito à defesa, pugnando pela nulidade do julgado e necessidade de realização de nova perícia.

Os argumentos, contudo, são insubsistentes uma vez que o inquérito policial às fls. 1738/1750 demonstra-se conclusivo no sentido de apurar a autenticidade de assinatura, ao passo que se utilizou de exame grafotécnico realizado pela Polícia Científica, além de depoimentos dos demais sócios-proprietários.

Acesso ao Sumário

Houve manifestação do órgão ministerial no sentido da regularidade de referida assinatura (1748/1750), não havendo de se cogitar de cerceamento de defesa tendo em vista que a suposta falsidade foi imputada à empresa apelada.

Em verdade, a parte autora não logrou êxito em se desincumbir de seu ônus processual em provar o que alega.

Ademais, o pedido de anulação de procedimento licitatório também teve como causa de pedir a alegação de que o Município de Hortolândia contratou com empresa inidônea, fato que foi rechaçado através de certidões em sentido

contrário.

Assim, tem-se que o embasamento único para manejo da presente ação anulatória de procedimento licitatório, consistiu em ações de improbidade administrativa em curso e sem trânsito em julgado imputadas à empresa apelada.

Verifica-se, pois, que a apelante apega-se em questões meramente formais e já apuradas a exaustão em processo judicial.

Daí o porquê, **nega-se** provimento ao recurso de apelação.

Em prestígio ao art. 85, §11º CPC, majora-se os honorários em 15% sobre o valor da causa, a ser igualmente repartido entre as requeridas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005834-96.2016.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GASBOM TAIPAS COMÉRCIO DE GÁS LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL 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 7.764)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 16 de agosto de 2018.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Mandado de Segurança. Empresa revendedora de GLP ("gás de cozinha"), que teve o alvará de funcionamento negado, sob a alegação de que o estabelecimento da impetrante está localizado a menos de 100 metros de uma escola. Inteligência do art. 9º, da Lei Municipal nº 11.782/95. Legislação que proíbe o funcionamento da empresa nessas condições. Inexistência de direito líquido e certo ou direito adquirido, amparáveis pela via do Mandado de Segurança. Denegação da segurança que deve ser mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Gasbom Taipas Comércio de Gás Ltda.** contra ato do **Secretário Municipal das Subprefeituras**, objetivando a concessão da segurança para que lhe seja concedido o alvará de funcionamento, viabilizando o regular funcionamento do seu estabelecimento. Alega que o pedido de concessão foi negado pela Municipalidade, sob a alegação de que há uma escola a uma distância de aproximadamente 75 metros do estabelecimento da impetrante.

A r. sentença de fls. 139/140, cujo relatório se adota, denegou a segurança.

Inconformada, apela a impetrante, requerendo a concessão da segurança, nos termos na exordial (fls. 142/147).

Recurso processado regularmente, com contrarrazões às fls. 152/154.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A impetrante afirma que é empresa atuante no ramo de revenda de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), conhecido como "gás de cozinha", e requer a concessão do alvará de funcionamento do seu estabelecimento, que foi negado com fulcro no art. 9º da Lei Municipal nº 11.782/95, uma vez que existe uma escola pública em funcionamento localizada a menos de 100 metros do local.

Como é cediço, a comprovação do direito líquido e certo alegado em sede de *mandado de segurança comporta* apenas prova documental, não havendo a previsão de dilação probatória prevista no ordenamento.

Ensina Hely Lopes Meirelles, na obra Mandado de Segurança e Ação Popular, ed. RT, 3ª edição, pág.16:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante.* ***Se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver determinada; se o seu exercício depender de situações e fatos não esclarecidos nos autos, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".*** (Grifamos)

Pois bem.

No que se observa do caso concreto, a prova apresentada não é suficiente para afastar a presunção de veracidade do ato administrativo guerreados.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella De Pietro, licença "*é o ato administrativo unilateral e vinculado pela qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade"* (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 28ª ed., p. 273").

Acesso ao Sumário

Entende-se que cabe à Administração fiscalizar e apontar irregularidades, não cabendo, *in casu*, falar-se em direito líquido e certo à concessão da licença pretendida, uma vez que o estabelecimento está localizado a menos de 100 metros de uma escola pública.

Está previsto na Lei Municipal nº 11.782/95:

"Art. 9º - As instalações para armazenamento de GLP devem distar pelo menos 100 (cem) metros de locais de grande aglomeração de pessoas, tais como escolas, hospitais, cinemas, teatros, estádios ou igrejas."

Aludida lei fala em "grande aglomeração", o que implica em interpretação da norma pelo aplicador. Por outro lado, a previsão da lei não pode ser afastada, como quer fazer crer a apelante, levando-se em conta instruções técnicas que conceituam "locais de reunião de público" como aqueles com capacidade superior a 200 (duzentas) pessoas. Quisesse o legislador municipal restringir a aplicação da norma a locais com capacidade para certo número de pessoas, certamente o teria feito. Entretanto, o que se observa do dispositivo em comento é a necessidade de proteção de estabelecimentos pela sua natureza (escolas, hospitais, igrejas, estádios etc).

Ainda, há de se ressaltar que trata-se aqui de análise de risco da atividade. Assim, embora ausente o direito líquido e certo reclamado, bem como ausente direito adquirido no mesmo sentido, poderia ser discutida a ausência de risco ou então a insignificância deste risco, porém em ação de rito ordinário, na qual pode ser produzida prova pericial e levantados dados técnicos capazes a demonstrar a adequação do estabelecimento ao seu local de funcionamento.

Assim, na estreita via de cognição do mandado de segurança, entende-se não haver direito líquido e certo a embasar a pretensão da apelante, exatamente porque, em tese a legislação não lhe favorece, uma vez que o risco da atividade é presumido.

Portanto, era mesmo de rigor a denegação da segurança, devendo ser mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

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

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame

Necessário nº 0006523-02.2006.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que são apelantes CITROSUCO S.A. AGROINDÚSTRIA, PREFEITURA MUNICIPAL DE BEBEDOURO e ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS S.A. (ATUAL DENOMINAÇÃO) e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado WALTER MARTINES RODRIGUES.

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 aos recursos dos réus e julgaram prejudicado o recurso da denunciada. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.104)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil – Residência inundada em razão de enchente – Danos materiais e morais – Responsabilidade Subjetiva – Ausência de prova de que a conduta omissiva do Município e comissiva da sociedade ré causaram, exclusivamente, os danos alegados – Alto grau de fragilidade do local atestado por perícia aliado a forte intensidade de chuva que rompem o nexo de causalidade necessário à responsabilização – Força maior caracterizada – Recursos dos réus providos e recurso da denunciada prejudicado.

VOTO

Trata-se de ação de procedimento ordinário ajuizada por Walter Martinez Rodrigues contra o Município de Bebedouro e Citrosuco S/A Agroindústria (Fisher S/A Agroindústria – antiga denominação) requerendo o pagamento de indenização, em razão da enchente ocorrida em fevereiro de 2006 ter lhe causado danos materiais consubstanciados na destruição de diversos bens móveis da residência dele, além de danos morais caracterizados no sofrimento derivado do infortúnio. A ré Citrosuco S/A Agroindústria denunciou à lide a seguradora Zurich Brasil Seguros S/A, nos termos do art. 70, III, do CPC de 1973, tendo essa sido aceita.

Acesso ao Sumário

A r. sentença de fls. 785/791 julgou procedente o pedido para "condenar os réus Município de Bebedouro e Fisher S/A Agroindústria - Citrosuco S/A Agroindústria (atual denominação), solidariamente, ao pagamento global,

a título de dano moral, de R$40.000,00, valor que deverá ser atualizado monetariamente a partir da data do arbitramento (sentença) até efetiva liquidação, e ao pagamento, a título de danos materiais, de R$ 14.205,00, com atualização a contar da data do ajuizamento da ação até a data da efetiva liquidação, acrescido de juros moratórios contados da citação (art. 406 do Código Civil), observando-se a Tabela Prática do Tribunal de Justiça, com efetivação em sede de liquidação. Diante do princípio da sucumbência e da causalidade, arcarão as rés com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o montante atualizado da condenação, já considerada a incidência da Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça". A denunciação da lide também foi julgada procedente, nos limites da condenação da ré denunciante e do contrato de seguro, respondendo a litisdenunciada também pelo pagamento das custas e honorários advocatícios da lide secundária, estes fixados em 10% sobre o valor desembolsado pela litisdenunciante.

Inconformada, a Citrosuco S/A Agroindústria interpôs recurso de apelação a fls. 797/830 sustentando, em síntese, que não há prova nos autos a indicar a culpa dela pelo suposto represamento da água da chuva que teria ocasionado o alagamento da casa do autor. Nesse ponto, sustenta (i) que a intensidade da chuva naquela data superou qualquer estimativa, tendo sido, inclusive, decretado estado de emergência no Município; (ii) que o muro de divisória por ela construído próximo ao Córrego Bebedouro foi devidamente autorizado pelo Município e não teve qualquer influência nas tragédias noticiadas, ante a ocorrência da forte chuva que superou os patamares regulares registrados no Município; (iii) que o muro foi construído para impedir a entrada de meliantes na empresa, não foi projetado para suportar qualquer impacto ou força natural, pelo que cedeu verticalmente em razão das águas que acumularam em seu redor; (iv) que conforme estudo hidrológico, a galeria existente foi subdimensionada, pois tem uma capacidade de escoamento de 64m³/s, e a chuva que ocorreu na data noticiada teve vazão estimada de 134,25 m³/s; (iv) que o caso fortuito caracterizado pelo volume de chuva anormal no dia do infortúnio é causa excludente de responsabilidade civil; (v) que inexiste prova dos danos materiais e morais. Em caráter sucessivo, requer a diminuição do valor fixado a título de indenização.

O Município de Bebedouro também interpôs recurso de apelação a fls. 831/837 sustentando que a responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão é subjetiva pelo que se faz necessário provar conduta, resultado, nexo e culpa, o que não ocorreu. Defende, no mais, a existência de causa excludente de responsabilidade civil consistente no grande volume de chuva, considerada até os dias atuais, como a maior enchente da história do Município.

A Zurich Brasil Seguros S/A, por sua vez, também interpôs recurso de apelação a fls.845/868 sustentando a ausência de responsabilidade da segurada

Acesso ao Sumário

Citrosuco S/A Agroindústria ou, subsidiariamente, requerendo a diminuição do valor da indenização, reforçando os argumentos apresentados no recurso de apelação por ela apresentado. Quanto à própria condenação, requer a reforma do julgado para (i) esclarecer que somente após o pedido de reembolso efetuado pela segurada é que incidirão juros de mora; (ii) afastar a condenação nas verbas de sucumbência, uma vez que não houve resistência ao pagamento da indenização securitária; (iii) fixar, nos termos da apólice, que o pagamento de indenização por danos morais só ocorrerá naquilo que superar o valor da franquia.

Contrarrazões apresentadas pelo autor a fls. 880/901 902/918 e 919/928.

É o relatório.

Os recursos dos réus comportam provimento.

Diz o autor que a enchente que inundou a sua residência teve por causa o represamento da água em virtude da pouca vazão proporcionada pela galeria construída debaixo da rua, aliado ao fato de ter sido construída uma grade de proteção no terreno da empresa ré, que provocou a concentração de entulhos.

Tanto no que concerne ao poder público, quanto ao particular, no caso em apreço, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade civil subjetiva.

Isso porque, em relação á sociedade corré, aplica-se ao caso os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil.

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Em relação ao poder público, tratando-se de ato omissivo, consubstanciado na suposta negligência em relação ao subdimensionamento da galeria pluvial existente sob o córrego de Bebedouro e a conivência em relação à construção pela corré do muro sobre o córrego, que teriam impedido o escoamento da água que inundou a casa do apelado, deve a ação ser resolvida no âmbito da responsabilidade civil subjetiva. Explica-se.

Acesso ao Sumário

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO seguido por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO defendem a aplicação da teoria subjetiva, com fulcro no Código Civil, às condutas omissivas, e, da teoria objetiva às condutas comissivas, fundamentando-se no artigo 37, §6ª, da CF.

Este entendimento também defendido por LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, DIOGENES GASPARINI, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO baseia-se na interpretação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal que teria como pressuposto único a atuação (ação) do agente público na provocação do dano, tendo em vista a utilização do verbo "causar".

Neste sentido, defendem que a palavra "causarem" do preceito

constitucional somente abrange os atos comissivos, uma vez que atos omissivos apenas "condicionam" o evento danoso, são "condição" e não "causa" do dano (causa seria o fato que positivamente gera um resultado enquanto condição, o evento que não ocorreu, mas que, se tivesse ocorrido, teria impedido o resultado).

Ainda, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, 16 º edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pág: 871) que:

> ***Quando do dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.***
>
> *Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.*

Assim, dentro de tal ótica, e considerando o elemento probatório dos autos, não há como negar que a inundação na casa do autor causou a ele dano material consubstanciado na perda dos móveis e eletrodomésticos que guarneciam a residência, assim como dano moral caracterizado pelo abalo psicológico sofrido.

Contudo, não há nos autos provas suficientes a demonstrar que tais danos podem ser exclusivamente imputáveis ao Município de Bebedouro e a Citrosuco S/A Agroindústria.

Com efeito, o laudo pericial acostado aos autos a fls. 464/534 traz a conclusão do estudo geológico realizado na região em que se deu a enchente da seguinte forma:

> ***"Os sistemas ambientais, face às intervenções humanas, apresentam maior ou menor fragilidade em função de suas características particulares. Qualquer alteração nos diferentes componentes da natureza (relevo, solo, hidrologia e/ou vegetação) acarreta o comprometimento da funcionalidade do sistema, quebrando o seu estado de equilíbrio dinâmico.***
>
> ***Esta frase, já citada, do professor Emérito do Departamento***

de Geologia Sedimentar e Ambiental da USP, PhD Kenitiro Suguio, pode ser a síntese da conclusão que se chega ao final deste trabalho.

O Estado de Fragilidade Ambiental Potencial e Emergente da área pesquisada, tendo em vista os resultados obtidos em, praticamente, todos os itens examinados, leva a classifica-lo como de alto grau de fragilidade quanto às usas condições de resistência a eventos de precipitações atmosféricas extremas, bem como suas condições de resiliência após estes eventos.

O resultado é apenas atenuado em dois dos itens (Solos, Uso dos Solos e Cobertura Vegetal) com fragilidade baixa e mesmo assim de maneira pontual. No entanto, em um destes (uso do Solo e cobertura vegetal na região das margens) fica evidente que ações antrópicas de recuperação ambiental, neste caso a recuperação da mata ciliar, funcionam, quando corretamente aplicadas.

Por si só o conjunto das condições físicas do meio já indicariam uma alta fragilidade quanto ao estabelecimento de inundações, já que se trata de área de declive aluvial, abaixo da cota 536 m, e o Córrego de Bebedouro tem alta taxa de armazenamento, devido às suas peculiaridades.

Porém, essas condições são maximizadas, principalmente a taxa de armazenamento, pela ação antrópica, com a instalação de aparelhos urbanos (pontes, viadutos, ruas e estradas) que, mesmo dimensionados pelas regras vigentes que levam em conta vazões de projeto baseadas em médias históricas, não estão preparadas para eventos extremos, compartimentando e estrangulando o caminho natural das águas. Para 'ajudar', em uma área de várzea com nascentes, é instalado parte de um bairro residencial.

Em um exercício de imaginação, como seria caso não existissem estes aparelhos urbanos ou estes fossem construídos obedecendo e respeitando o ambiente onde estão inseridos?

A taxa de armazenamento seria bem mais baixa e em eventos de chuvas intensas, as águas ocupariam seus lugares naturais, determinados por leis naturais, não causando danos de grande monta, mesmo porque essas áreas não seriam ocupadas.

Portanto, do ponto de vista das características geomorfológicas e hidrogeológicas, o local pesquisado apresenta alto grau de fragilidade." (fls. 516/517).

Aliada ao alto grau de fragilidade do local em que ocorreu a enchente noticiada nos autos, tem-se que na data do infortúnio foi registrado o maior volume de água dos últimos 35 anos no Município, segundo os dados registrados pela Casa da Agricultura (fls. 57/71 e 282). No sentido da intensidade anormal da chuva são ainda os depoimentos de fls. 720/728, os quais ainda afirmam que a grande quantidade de lixo e entulhos represados na grade existente sob a ponte

Acesso ao Sumário

que passa pelo córrego colaborou para impedir o transcurso da água.

Assim, não obstante prova de que a residência do apelado foi inundada acarretando-lhe diversos prejuízos, não há nos autos prova de que tal inundação ocorreu exclusivamente por omissão do Município de Bebedouro e pela ação da Citrosuco S/A Agroindústria, rompendo-se, assim, o nexo de causalidade necessário a caracterização da responsabilidade civil.

Nesse diapasão, tem-se que a inundação da residência do apelado ocorreu pela chamada força maior, causa excludente de responsabilidade civil.

Veja-se julgados a esse respeito:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Danos causados por transbordamento de córrego – Omissão do Município não comprovada: Não comprovada a omissão do Município na realização de obras para contenção de enchente, descabido exigir dele indenização por danos causados por transbordamento de córrego. Demanda endereçada a quem não responde pelo dano. Ilegitimidade passiva a ensejar a extinção do processo sem julgamento de mérito. Recurso provido tão-só para alterar dispositivo para extinção cio processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva de parte "

(Apelação 356.763.5/1-00, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Evaristo dos Santos, j. 22/06/09).

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PUBLICO - Danos morais e materiais decorrentes de enchente. Responsabilidade subjetiva. Ausência de comprovação de culpa lato senso. Recurso não provido."

(Apelação 844.544.5/5-00, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Magalhães Coelho, j.24/03/09).

***"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Inundação de córrego que passa nas proximidades de residência - Alegação de omissão do Poder Público pelo evento lesivo - Culpa "in vigilando", "in omittendo" e "in eligendo" - Sentença de improcedência - Inocorrência de responsabilidade civil do Estado por omissão - Ausência na demonstração dos fatos apontados a justificar o evento lesivo em questão - Fatos confirmados pela produção de prova pericial - Recurso não provido."* (Apelação Cível 365.583.5/0-00, 3ª Câmara de Direito Público, rel. Magalhães Coelho, j. 16/03/07).**

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ENCHENTE NO MUNICÍPIO DE BEBEDOURO. SITUAÇÃO CLIMÁTICA JAMAIS VISTA. CHUVAS TORRENCIAIS DE PROPORÇÕES SEM PRECEDENTES E IMPREVISÍVEIS.

Autores que tiveram suas casas atingidas pela inundação diante de chuva

de proporção exorbitante, fora do normal, imprevisível. Impossível atribuir responsabilidade ao Poder Público. Caso fortuito e força maior. As chuvas registradas em 3 horas de um único dia ultrapassam duas vezes a média de um mês inteiro. Córrego da cidade que suporta as chuvas normais e não tem histórico de alagamentos. Alegação de que um muro construído por uma empresa de sucos, com autorização do Município, teria travado o fluxo normal da água. Conclusão que não corresponde aos índices pluviométricos, que indicam chuva totalmente desproporcional, e que atingiria a Cidade com ou sem o muro. Não é proporcional exigir que o Município esteja preparado para suportar uma condição climática 40 vezes pior do que a média. Excludente clara de responsabilidade. Sentença reformada.

RECURSOS PROVIDOS DOS RÉUS E REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DOS AUTORES PREJUDICADO. V.U.

(Apelação Cível nº 0007008-65.2007.8.26.0072, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. DES. SOUZA NERY, j. 02/05/2018).

Em razão do provimento do recurso de apelação da denunciante Citrosuco S/A Agroindústria, o recurso de apelação da denunciada Zurich Brasil Seguros S/A resta prejudicado.

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento aos recursos de apelação do Município de Bebedouro e da Citrosuco S/A Agroindústria para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido inicial. Fica prejudicado o recurso de apelação interposto pela Zurich Brasil Seguros S/A. Em razão da sucumbência, condeno o autor no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa para cada um dos réus, nos termos do art. 85, §4º, III, do CPC, observada a concessão da gratuidade. Nos termos do art. 129, parágrafo único, do CPC, fica a denunciante Citrosuco S/A Agroindústria condenada no pagamento das custas e despesas processuais relativas à lide secundária, assim como honorários advocatícios no valor de 10% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85,§2º do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1010362-60.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado PAMPLONA EXPRESS SERVIÇOS POSTAIS LTDA. e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, bem como ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.554)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – Demanda visando à anulação do débito oriundo de autos de infração, em razão de ilegalidades formais e essenciais incidentes na cobrança de ISS – Cabimento parcial – Itens 26.01 e 10.05 da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03 – Irrelevância do fundamento legal adotado nas autuações (tipificação legal) constatada – Autora que não presta serviço postal, mas, sim, serviço auxiliar relativo ao serviço postal – Requerente que não deve ISS apenas sobre as próprias receitas auferidas – Incidência do tributo sobre as comissões pagas que deve subsistir – Parcial procedência da ação mantida – Sentença ratificada – Recursos e reexame necessário desprovidos.

VOTO

Vistos.

PAMPLONA EXPRESS SERVIÇOS POSTAIS LTDA. ajuizou a presente ação ordinária (proc. nº. 1010362-60.2015.8.26.0053, da E. 14ª Vara da Fazenda Pública da Capital), contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**, visando, em síntese, à anulação do débito oriundo de autos de infração, em razão de ilegalidades formais e essenciais incidentes na cobrança de ISSQN.

Foi deferido o depósito mensal referente ao acordo de parcelamento firmado, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito (fls. 967/976).

Registre-se que foi proferida a r. sentença, tendo o digno magistrado julgado parcialmente procedente a ação, com sujeição da decisão ao reexame necessário (fls. 1569/1603).

A autora interpôs o recurso de apelação de fls. 1605/1628, no qual requer

Acesso ao Sumário

o provimento total da ação, com o reconhecimento da nulidade de todos os débitos infracionais.

A Municipalidade também apresentou recurso de apelação (fls. 1632/1641), no qual afirma a legalidade do procedimento fiscal, devendo as autuações subsistir *in totum.*

Tempestivos os recursos, foram os mesmos regularmente processados, com a apresentação de contrarrazões (fls. 1645/1669 – requerente; fls. 1670/1679 – requerida).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Malgrado a combatividade dos dignos procuradores das litigantes, entende-se que os presentes recursos *não reúnem condições de prosperar.*

Senão, vejamos.

De proêmio, quanto à possibilidade de se discutir judicialmente débito objeto de acordo de parcelamento, impõe-se ressaltar que tal questão resta *preclusa*, haja vista o julgamento do agravo de instrumento anteriormente interposto pela ré, o qual consignou que *o fato de ter a contribuinte firmado acordo de parcelamento do débito não impede a posterior discussão judicial dos aspectos jurídicos da dívida.*

Posto isso, verifica-se que a presente pretensão anulatória refere-se a cinco autos de infração, lavrados em decorrência do não recolhimento de ISS na forma e prazo regulamentares (item 10.05 da lista anexa à LC 116/03 – "*Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios*").

No mais, constata-se que a r. sentença afastou apenas a incidência do imposto sobre as *próprias* receitas auferidas com serviços postais ou não postais, mantendo a tributação sobre as comissões pagas pela Escrituração Contábil Fiscal (ECF).

Acesso ao Sumário

E com razão, haja vista que a mesma realizou profundo e profícuo estudo sobre as questões trazidas à baila nos autos, resultando em uma abordagem *irretocável*; portanto, sendo os argumentos do ínclito julgador de primeiro grau suficientes para tanto, é desnecessário, e até contraproducente, que se fique a reproduzir tais elementos argumentativos. Cabível, destarte, a aplicação do artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim dispõe: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Neste sentido, pertinente se faz a transcrição de algumas afirmações

conclusivas da r. decisão monocrática, as quais vêm corroborar o entendimento deste Relator:

"III – DA IRRELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO LEGAL ADOTADO NAS AUTUAÇÕES (TIPIFICAÇÃO LEGAL)

"Não é causa de nulidade dos autos lavrados eventualmente definir que os serviços prestados pela autora, para serem tributáveis, se enquadram no item 26.01 e não no item 10.5 (embora assim tenha constado naqueles autos) da lista anexa à Lei Complementar Federal n. 116/03, já que (***i***) este fato em nada obstou a ampla defesa; (***ii***) a alíquota de ISS, qualquer que seja o item a considerar, é a mesma (5%); (***iii)*** nem lhe foi aplicada multa, daí que quanto menos se lhe aplicou em montante indevido à vista da alegada tipificação legal incorreta e não outra, menor, a partir de tipificação legal distinta e que seria correta e (***iv***) a adesão ao PEP (*sic*) tornou esta questão superada, visto que, por ele, a autora confessou ser devedora de ISS incidente sobre receitas auferidas por meio de suas atividades.

"(...)

"De outra banda, ainda que se reconheça – como adiante se verá – que, de fato, o item aplicável é o de n. 26.01, tal se dá apenas para serviços postais e não para os serviços não postais, para os quais o item aplicável é mesmo o de n. 10.5, razão por que não se haveria mesmo de falar em invalidade dos autos de forma integral sob esta ótica.

"IV – DA IMUNIDADE

"(...)

"(***i***) há imunidade para impostos relativamente à receita auferida mediante prestação de serviço público, (...)

"(***ii***) não há imunidade para impostos relativamente à receita auferida mediante prestação de serviço (...) que não se caracterize como público, mas que se caracterize como exploração de atividade econômica em sentido estrito que, como tal, se dá em regime de livre concorrência no mercado.

"As duas conclusões acima expostas pertinentes são à ECT e referem-se a receitas por ela auferidas, seja por si mesma, seja por intermédio da autora, que lhe é agência franqueada, pois ainda aqui tais receitas não são dela, autora (franqueada), mas da ECT (franqueadora).

"A questão que se coloca é saber se, no tocante à aqui autora e no que se refere às comissões que recebe a partir das receitas auferidas com suas atividades, tanto de serviço público (serviço postal) como de serviços representativos de exploração de atividade econômica em sentido estrito em regime de mercado, concorrencial, é lídima a tributação por meio de ISS.

"(...)

Acesso ao Sumário

"Logo, deste arcabouço constitucional, legal e infralegal se tem que a autora (***i***) **não** presta serviço postal, mas (***ii***) serviço **auxiliar** relativo ao serviço postal.

"Impossível, pois, cogitar de inconstitucionalidade da tributação pelo ISS sob o prisma de exercer a autora serviço postal que, como tal, seria imune a impostos, pois a própria franquia postal, como disposta é legalmente, **exclui** esta hipótese.

"E, realmente, não é a autora tributada em função do serviço postal, pois, fosse assim, o contribuinte acabaria sendo a ECT (esta presta o serviço postal e desta é a receita correlata, mas, como já visto, há aqui e somente aqui imunidade a ser observada), mas em razão da realização de conduta que acaba por subsumir-se ao que dispõe o item 26.01 (*'...**coleta**, remessa ou entrega de **correspondências, documentos, objetos, bens ou valores**, inclusive pelos correios e **suas agências franqueadas**; courrier e congêneres'*) da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03, mesmo porque, não fosse assim, seria eventualmente subsumível ao que dispõe o item 10.5 (*'agenciamento, corretagem ou **intermediação** de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios'*) daquela mesma lista (o que, como já visto, ocorre efetivamente para comissões auferidas a partir de serviços não postais prestados pela autora), porquanto (***i***) a autora não presta serviço postal, mas (***ii***) presta serviço auxiliar àquele serviço postal que (***iii***) acaba por representar exatamente coleta de objetos mediante intermediação entre o consumidor e a ECT, já que o serviço auxiliar a ser prestado inclui ***'produção ou preparação** de objetos de correspondência, valores e encomendas, **que antecedem o recebimento desses postados pela ECT, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais'*** (art. 2º, § 1º, do Decreto Federal n. 6.639/08 na redação do Decreto Federal n. 6.805/09).

"(...)

"À vista do quanto se apurou pela perícia e em função das explanações feitas com as respectivas conclusões, tem-se que:

"- a autora deve ISS sobre comissões que lhe são pagas pela ECF, as quais são calculadas conforme tabela própria integrante do contrato celebrado entre ambas, a partir de receitas auferidas com serviços **não** postais, *ex vi* do item 10.5 da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03, não sendo caso de aplicar o art. 9º da Lei Municipal n. 13.701/03;

"- a autora deve ISS sobre comissões que lhe são pagas pela ECF, as quais são calculadas conforme tabela própria integrante do contrato celebrado entre ambas, a partir de receitas auferidas com serviços postais, ex vi do item 26.1 da lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03, não sendo caso de aplicar o

Acesso ao Sumário

art. 9º da Lei Municipal n. 13.701/03; e

"- a autora não deve ISS sobre as próprias receitas auferidas com serviços, sejam os postais, sejam os não postais" (fls. 1578; 1579; 1594; 1595; 1598; 1599; e 1602 – grifos originais).

Diante do exposto e do fato de que as razões recursais não são capazes de afastar as lúcidas e percucientes conclusões exaradas em primeiro grau, é imperiosa a *ratificação* da r. sentença. Em razão da sucumbência em segunda instância, majoram-se os honorários advocatícios para o patamar de *11%*, no que se refere aos percentuais fixados no inciso I do § 3º do artigo 85 do CPC, e para o patamar de *9%*, no que tange aos percentuais elencados no inciso II do mencionado dispositivo legal.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos e ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1044125-81.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, são apelados SÉRGIO SABURO ARAI, MITIO ARAI, PAULO MASSATO SHIMANOE e LUIZ NOBUO ARAI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.418)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Reexame necessário e Apelação – Mandado de Segurança – Base de cálculo do ITBI, nos termos da Lei municipal n. 14.256/06 de São Paulo – Utilização pela Municipalidade do valor venal de referência – Valor atribuído ao imóvel para fins de tributação do ITBI muito superior ao lançamento do IPTU – Inadmissibilidade – Afronta ao princípio da segurança jurídica (art. 5º "*caput*", da CF) e ao da legalidade estrita (arts. 37, *caput* e 150, I, da

CF) – Impossibilidade de adoção pelo Município de um mesmo valor venal para o cálculo do IPTU e um outro, mais elevado, sem embasamento legal para o cálculo do ITBI – Sentença que determinou o recolhimento do imposto sobre o valor venal do IPTU – Admissibilidade.

Valor venal entendido como aquele que o imóvel seria negociado à vista, em condições normais de mercado – Sistemática legal que delega sua fixação prévia ao Poder Executivo – Afronta ao princípio da legalidade, insculpido no art. 150, I, da CF/88 – Violação do direito líquido e certo demonstrado – Precedente do C. Órgão Especial deste Egr. TJSP – Valor indicado para a incidência do ITBI correspondente ao valor venal do imóvel ou da transação, prevalecendo o que for maior (art. 38 do CTN). Sentença mantida em reexame necessário com observação, e recurso do Município desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de São Paulo** da r. sentença de págs. 86/89, que confirmou a liminar concedida (pág. 46/47) e concedeu a ordem do mandado de segurança impetrado por **Sérgio Saburu Arai, Luiz Nobuo Arai, Mitio Arai** e **Paulo Massato Shimanoe**, para determinar que o ITBI fosse recolhido com base no valor venal do IPTU, sem a incidência de juros e multa, fixando como data do fato gerador o registro da transferência de domínio no cartório de imóveis. Os autos foram remetidos para reexame necessário, conforme disposto no §1º, do art. 14 da Lei do Mandado de Segurança.

Em suas razões recursais, pugna o Município pela reforma da sentença, alegando em preliminar a inadequação da via eleita, por demandar produção de prova. Quanto ao mérito, em síntese, aduz que: a) toda a disciplina referente à base de cálculo do ITBI está contida na Lei municipal 11.154/91, com as alterações das leis municipais 14.125/05 e 14.256/06 de forma que não houve violação do princípio da legalidade; b) que o valor venal utilizado para cálculo do IPTU é sabidamente defasado e não corresponde ao real valor de mercado do imóvel e o STJ já pacificou entendimento de que é possível a coexistência de valores diferentes para a base de cálculo do IPTU e do ITBI; c) o fato gerador do ITBI é instantâneo, configurando-se no momento em que se verificam a transmissão e a onerosidade do bem, sendo inadmissível de se

Acesso ao Sumário

deixar a fixação do momento da incidência do imposto ao critério exclusivo do sujeito passivo, devendo ser aplicada multa de 20% do valor do imposto devido , quando recolhida espontaneamente pelo contribuinte ou a multa de 50% do valor odo imposto devido, quando apurado o débito pela fiscalização, além de juros moratórios de 1% ao mês e atualização monetária. Requer provimento ao recurso, reformando-se a r. sentença, para julgar improcedente o *mandamus* e denegar a ordem. (págs. 92/115).

Contrarrazões às págs. 118/124.

Isento de preparo, porque tempestivo e em condições de julgamento recebo recurso de págs. 98/118.

É o relatório.

O reclamo não merece guarida.

Trata-se de mandado de segurança com pedido de tutela antecipada impetrado por **Sérgio Saburu Arai, Luiz Nobuo Arai, Mitio Arai** e **Paulo Massato Shimanoe** em face do **Diretor do Departamento de Rendas Imobiliárias da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo**, objetivando o pagamento do ITBI, tendo por base de cálculo o valor venal do IPTU e não o valor venal de referência estipulado pela apelada, afastando-se a cobrança dos juros e multa.

Na exordial, os impetrantes relatam que adquiriram dois imóveis (matrículas 18.160 e 18.159 - págs. 23/36), pelo valor de R$ 1.500.000,00, sendo que pretendem pagar o ITBI, tendo por base de cálculo o valor venal para fins de IPTU que é de R$ 2.806.140,00 (Certidão de Dados Cadastrais - pág. 37), mas o Município para essa operação atribuiu o valor venal de referência dos imóveis em R$ 7.194.887,00 (cf. consulta valor venal de referência dos bens no site da Prefeitura do Município de São Paulo- pág. 38).

A r. sentença acolheu o pedido dos impetrantes e determinou o recolhimento do ITBI tomando por base de cálculo o valor venal do IPTU e não o "valor de referência".

Preambularmente, está-se frente a questão unicamente de direito, discutindo-se qual a correta base de cálculo do ITBI e, diferentemente do quanto sentenciado, não se pretende discutir aqui o valor venal do imóvel, mas qual valor deve ser utilizado como base de cálculo do ITBI: se o valor da transação, do IPTU ou o valor venal de referência imposto pelo Município. Assim, frente à documentação carreada aos autos, não há provas a serem produzidas no presente caso.

Nesse sentido vale conferir a jurisprudência desta Corte:

"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – ITBI – BASE DE CÁLCULO – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INOCORRÊNCIA

Acesso ao Sumário

– Questão que não demanda dilação probatória. VALOR VENAL DE REFERÊNCIA (...)". (TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1045030-86.2017.8.26.0053; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/04/2018; Data de Registro: 12/04/2018). – grifei –

Assim, ultrapassada a preliminar suscitada, pois cabível a via eleita do mandado de segurança no presente caso, passo à análise do mérito recursal.

A discussão sobre o valor da base de cálculo do ITBI vem se alongando nos últimos tempos, estando a discussão entre três valores, a saber: a) o venal do IPTU, b) o da negociação do bem e c) o valor de referência que a Municipalidade, por meio do Poder Executivo, está a tentar impor ao contribuinte previamente, de forma unilateral.

Observa-se, desde já, o decidido quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0056693-19.2014.8.26.0000, em 25/03/2015, pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, suscitada quanto ao art. 7º, da Lei n.º 11.154, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis n.ºs 14.125, de 29 de dezembro de 2005, e 14.256, de 29 de dezembro de 2006.

Naquela oportunidade foi pronunciada a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, todos da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo, mas não do "caput" do art. 7º.

Vale frisar que o principal argumento do voto condutor da arguição de inconstitucionalidade é no sentido de que o valor venal do imóvel, para fins de ITBI, não se confunde com aquele lançado para fins de IPTU, de modo que nada há de ilegal no art. 7º, que prevê a base de cálculo com fulcro no valor da transação declarado pelo próprio contribuinte.

Esclareço que o entendimento já consolidado desta Câmara era no sentido de que no caso do ITBI, a base de cálculo deveria ser a mesma do IPTU ou, então, o valor alcançado na venda, o que fosse maior, tendo por ilegal o valor referenciado arbitrado pela Municipalidade, unilateralmente, diferindo sutilmente do pronunciamento externado na arguição de inconstitucionalidade.

Acesso ao Sumário

A tese que fundamenta o julgamento da arguição de inconstitucionalidade parte da premissa já adiantada, entendimento esse firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: **"(...) por considerar a base de cálculo do ITBI o valor de mercado do imóvel objeto do negócio jurídico, pacificou-se a orientação no sentido de que tal grandeza não se confunde, necessariamente, com a que serve de parâmetro para o cálculo do IPTU"** (v. AgRg no AResp nº 547.755/PR, 2ª Turma, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 16/10/2014, DJe 30/10/2014).

Nesse sentido, vale transcrever a ementa e parte esclarecedora do voto,

cuja relatoria foi designada ao Des. Paulo Dimas Mascaretti:

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Artigo 7º da Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis nºs 14.125, de 29 de dezembro de 2005, e 14.256, de 29 de dezembro de 2006, todas do Município de São Paulo, que estabelece o valor pelo qual o bem ou direito é negociado à vista, em condições normais de mercado, como a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) - Acórdão que, a despeito de não manifestar de forma expressa, implicitamente também questionou as disposições dos artigos 7º-A, 7º-B e 12 da mesma legislação municipal - Valor venal atribuído ao imóvel para apuração do ITBI que não se confunde necessariamente com aquele utilizado para lançamento do IPTU - Precedentes do STJ - Previsão contida no aludido artigo 7º que, nessa linha, não representa afronta ao princípio da legalidade, haja vista que, como regra, *a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte*, o que, em princípio, espelharia o 'real valor de mercado do imóvel' - 'Valor venal de referência', todavia, que deve servir ao Município apenas como parâmetro de verificação da compatibilidade do preço declarado de venda, não podendo se prestar para a prévia fixação da base de cálculo do ITBI - Impossibilidade, outrossim, de se impor ao sujeito passivo do imposto, desde logo, a adoção da tabela realizada pelo Município - Imposto municipal em causa que está sujeito ao lançamento por homologação, cabendo ao próprio contribuinte antecipar o recolhimento - Arbitramento administrativo que é providência excepcional, da qual o Município somente pode lançar mão na hipótese de ser constatada a incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável - Providência que, de toda sorte, depende sempre da prévia instauração do pertinente procedimento administrativo, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, sob pena de restar caracterizado o lançamento de ofício da exação, ao qual o ITBI não se submete - Artigos 7º-A e 7º-B que, nesse passo, subvertem o procedimento estabelecido na legislação complementar tributária, em afronta ao princípio da legalidade estrita, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal - Inadmissibilidade, ainda, de se exigir o recolhimento antecipado do tributo, nos moldes estabelecidos no artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, por representar violação ao preceito do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal - Registro imobiliário que é constitutivo da propriedade, não tendo efeito meramente regularizador e publicitário, razão pela qual deve ser tomado como fato gerador do ITBI - Regime constitucional da substituição tributária, previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que nem tem lugar na espécie, haja vista que não se cuida

Acesso ao Sumário

de norma que autoriza a antecipação da exigibilidade do imposto de forma irrestrita - Arguição acolhida para o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo." (Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Especial; Data do julgamento: 25/03/2015;Data de registro: 23/04/2015). – grifos nossos –

A partir de então, o voto condutor desenvolveu raciocínio no seguinte sentido:

"Ora, o artigo 38 do Código Tributário Nacional estabelece textualmente que a base de cálculo do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis "é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos", sendo exatamente nesse mesmo sentido a redação original do artigo 7º da Lei Municipal nº 11.154/91.

Segundo De Plácido e Silva, valor venal é o 'valor de venda, ou o valor mercantil, isto é, o preço por que as coisas foram, são ou possam ser vendidas' (v. "Vocabulário Jurídico", 27ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 1.459).

Daí decorre que, segundo estabelece o Código Tributário Nacional, a base de cálculo do ITBI corresponde ao valor da transação realizada com o imóvel objeto da operação tributada, previsão que encontra eco na disposição legal municipal ora questionada.

Com a superveniência das Leis Municipais nºs 14.125/2005 e 14.256/2006, a redação do caput do artigo 7º da Lei Municipal nº 11.154/1991 foi modificada, para considerar como valor venal o valor de mercado do imóvel objeto do negócio jurídico tributável, assim entendido aquele preço pelo qual seria negociado à vista, em condições normais de transação.

E não se vislumbra nessa disposição legal municipal qualquer afronta ao princípio da legalidade, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, ou à segurança jurídica, pois a leitura dessa norma conduz à interpretação de que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia, efetivamente, o real valor de mercado do bem comercializado.

Entretanto, para aplicação desse conceito de "valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado", acrescentou-se à legislação municipal os artigos 7º- A e 7º-B; o primeiro (7º-A) atribuiu à Secretaria Municipal de Finanças a apuração periódica dos valores venais atualizados dos imóveis inseridos em sua base cadastral, mediante a pesquisa e coleta de amostras no mercado imobiliário; e o segundo dispositivo citado (7º-B), carreou ao contribuinte o dever de impugnar a avaliação prévia assim realizada, caso com ela não concorde.

Na verdade, tais comandos legais padecem dos vícios de inconstitucionalidade alardeados pelo autor, por afronta ao artigo 150,

Acesso ao Sumário

inciso I, da Constituição Federal e ao princípio da segurança jurídica.

Com efeito, o 'valor venal de referência', ao qual faz alusão o preceito do artigo 7º-A da Lei Municipal nº 11.154/91, pode servir ao Município tão somente como parâmetro de verificação da compatibilidade da base de cálculo obtida a partir do preço declarado de venda do imóvel, na transação objeto da exação, com a realidade do mercado imobiliário; não pode se prestar à prévia fixação daquele montante tributável, obrigando o contribuinte ao recolhimento respectivo.

O ente público local, à evidência, não está impedido de criar uma tabela de valores venais de referência, mas não pode impor ao contribuinte sua adoção sistemática para a apuração do tributo devido.

Ademais, segundo a disposição do artigo 7º- B da legislação municipal examinada, o contribuinte deve se submeter à base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, facultada a possibilidade de impugnação, com o requerimento de avaliação especial do imóvel, o que claramente desconsidera princípios estabelecidos no Código Tributário Nacional.

É de se considerar aqui o teor da manifestação do próprio Município de São Paulo, na qual perfeitamente destacado 'que o ITBI é imposto sujeito a lançamento por homologação, assim entendido aquele 'que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa', e que 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' (Código Tributário Nacional, art. 150)' (v. fl. 428).

Nessa linha, em relação ao ITBI cabe ao próprio contribuinte declarar a base de cálculo e antecipar o recolhimento do imposto, restando ao poder tributante, posteriormente, examinar a operação, homologando-a ou não.

É de se ressaltar, portanto, que, por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderá ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência; nessa oportunidade, o contribuinte deverá proceder ao recolhimento do imposto apurado com base no valor do negócio jurídico tributado, cabendo à Administração lançar mão do procedimento previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, caso discorde das declarações prestadas pelo sujeito passivo." – grifei –

Referida decisão ratifica o entendimento já firmado por esta Câmara de que a Lei municipal n.º 14.256/06, que alterou em parte a redação da Lei 11.154/91, não sanou a violação ao princípio da legalidade, uma vez que não definiu critérios para obtenção de valor venal, atribuindo, mais uma vez, a apuração de tal valor a ato do Executivo em desrespeito, novamente, à legalidade tributária, conforme se depreende dos referidos artigos declarados inconstitucionais:

Acesso ao Sumário

"Art. 7º-A. A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo. Parágrafo único. A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o 'caput' deste artigo.

"Art. 7º-B. Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido, na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Finanças, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico.

Sobre o princípio da legalidade tributária, vale ainda, destacar a lição de Luis Eduardo Schoueri:

(...) não se contenta o legislador complementar em exigir que o tributo seja genericamente previsto na lei; tampouco lhe basta a definição da hipótese tributária na lei; também o consequente normativo, isto é, o *an* e o *quantum debeatur*, representados pela definição do sujeito passivo, da base de cálculo e da alíquota, todos devem ser previstos na própria lei (Shoueri, Luis Eduardo. Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2011, p.280).

Sobre o tema discutido, ou seja, os parâmetros para se definir a base de cálculo do ITBI, as Câmaras de Direito Público especializadas em tributos municipais já se manifestaram reiteradas vezes nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – ITBI – BASE DE CÁLCULO – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INOCORRÊNCIA – Questão que não demanda dilação probatória. VALOR VENAL DE REFERÊNCIA – O Código Tributário Nacional estabelece que a base de cálculo abstrata do IPTU e do ITBI é o valor venal, ou seja, "aquele que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis". A transmissão do imóvel, para fins de configuração do fato gerador do ITBI, somente se realiza com a transferência da propriedade no cartório de registro de imóveis. O valor de mercado concreto se altera no tempo em termos monetários. No lançamento se apura a base de cálculo concreta, considerando-se a data da ocorrência do fato gerador, como ocorre com o ITBI, ou seja, o valor monetário a considerar é o da data da transmissão. Tal valor não necessariamente se iguala ao do IPTU em termos monetários, pois no caso do IPTU se aplica o valor monetário da data fixada em lei, normalmente o dia 01º de janeiro de cada ano. O ITBI tem o seu lançamento feito por homologação, assim, caso o Fisco não concorde com o valor declarado pelo contribuinte, deve apurar o valor monetário por si nos termos do art. 148 do Código Tributário Nacional. Se o contribuinte não concordar

Acesso ao Sumário

com o valor monetário arbitrado pelo Fisco, ele poderá impugná-lo administrativa ou judicialmente. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e da C. 15ª Câmara de Direito Público. Artigos 7º-A e 7º-B, ambos da Lei Municipal nº 11.154/1991 – Procedimento de arbitramento da base de cálculo – Legislação declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000, julgada em 25/03/2015 – Sentença mantida – Apelação desprovida – Reexame Necessário realizado, mantido o dispositivo." (TJSP; Apelação 1030865-34.2017.8.26.0053; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/04/2018; Data de Registro: 12/04/2018).

"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – ITBI – BASE DE CÁLCULO – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INOCORRÊNCIA – Questão que não demanda dilação probatória. VALOR VENAL DE REFERÊNCIA O Código Tributário Nacional estabelece que a base de cálculo abstrata do IPTU e do ITBI é o valor venal, ou seja, "aquele que o imóvel alcançará para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis". A transmissão do imóvel, para fins de configuração do fato gerador do ITBI, somente se realiza com a transferência da propriedade no cartório de registro de imóveis. O valor de mercado concreto se altera no tempo em termos monetários. No lançamento se apura a base de cálculo concreta, considerando-se a data da ocorrência do fato gerador, como ocorre com o ITBI, ou seja, o valor monetário a considerar é o da data da transmissão. Tal valor não necessariamente se iguala ao do IPTU em termos monetários, pois no caso do IPTU se aplica o valor monetário da data fixada em lei, normalmente o dia 01º de janeiro de cada ano. O ITBI tem o seu lançamento feito por homologação, assim, caso o Fisco não concorde com o valor declarado pelo contribuinte, deve apurar o valor monetário por si nos termos do art. 148 do Código Tributário Nacional. Se o contribuinte não concordar com o valor monetário arbitrado pelo Fisco, ele poderá impugná-lo administrativa ou judicialmente. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e da C. 15ª Câmara de Direito Público. Artigos 7º-A e 7º-B, ambos da Lei Municipal nº 11.154/1991 – Procedimento de arbitramento da base de cálculo – Legislação declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial – Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000, julgada em 25/03/2015 – Sentença mantida – Apelação desprovida – Reexame Necessário realizado, mantido o dispositivo." (TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1045030-86.2017.8.26.0053; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público;

Acesso ao Sumário

Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/04/2018; Data de Registro: 12/04/2018).

Mostra-se clara a violação ao princípio da legalidade tributária, uma vez que a base de cálculo do ITBI não pode depender de mero ato do Poder Executivo, sem os critérios definidos em lei. Deve-se observar a Constituição Federal e, especificamente, o disposto no artigo 97, inciso II e § 1º Código Tributário Nacional:

"Art.97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

II - a majoração de tributo, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; § 1º. Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso."

De outro norte, cumpre anotar que não parece razoável que um mesmo imóvel apresente valores venais distintos, segundo se trate de lançamento de ITBI ou de IPTU.

É sabido que o valor venal atribuído ao imóvel, e que é utilizado como base para o pagamento, tanto do IPTU quanto do ITBI, no mais dos casos é inferior ao real valor de mercado, até mesmo porque, sendo calculado por estimativa, dificilmente refletiria o valor exato do imóvel.

Tal estimativa, embora tenha por base dados estatísticos e matemáticos de cada região, não é precisa, mas no caso do IPTU, em que o lançamento é feito de ofício, é utilizada sem divergências como base de cálculo.

E, no caso em apreço, como já mencionado, os impetrantes pretendem pagar o ITBI tendo por base de cálculo o valor venal do IPTU, que é maior que o valor da transação imobiliária, devendo aquele ser utilizado, conforme pacífico entendimento desta Corte:

"APELAÇÃO - Base de cálculo de ITBI - Município que utiliza padrão de base de cálculo diferente do valor venal do imóvel para fins de IPTU - Ofensa ao princípio da legalidade - Utilização, para fins de tributação, do valor venal utilizado para a cobrança do IPTU ou valor do negócio traduzido no instrumento de compra e venda, o que for maior - Precedentes - Juros moratórios devidos somente a partir do trânsito em julgado - Recurso parcialmente provido." (APELAÇÃO nº 0028699-85.2013.8.26.0053, 14ª Câmara de Direito Público, Relª. Mônica Serrano, j. 05/02/2015). – grifei –

"Tributário. Cobrança de ITBI com base em valor superior tanto ao valor venal atribuído ao imóvel pelo próprio Município para efeito de IPTU, como ao valor de aquisição. Inadmissibilidade. Inconstitucionalidade do Decreto n. 46.228/2005 reconhecida pelo C. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça em controle difuso. Precedentes também no sentido de que nem mesmo a lei pode

estabelecer valores venais distintos para o IPTU e para o ITBI. Definição, de ofício, da matéria relativa aos juros da mora, porque de ordem pública. Recurso não provido" (Apelação n. 0036127-89.2011.8.26.0053- Rel. Mourão Neto, j. 13 de dezembro de 2012);

"ITBI - MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - BASE DE CÁLCULO - VALOR VENAL - Lei n. 14.256/2006 - ILEGALIDADE. É ilegal a instituição de um valor venal como base de cálculo para o ITBI distinto daquele utilizado para o IPTU, uma vez que constitui afronta aos princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita - RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO - IMPROVIDOS" (Apelação n. 9179078-83.2009.8.26.0000 - Rel. Carlos Giarusso Santos, j. 29 de setembro de 2011).

Assim, configura afronta ao princípio da segurança jurídica (art. 5º "caput", da CF) e ao da legalidade estrita (arts. 37, *caput* e 150, I, da CF), caso, no mesmo exercício, o Município adote um valor venal para o cálculo do IPTU e um outro, mais elevado, sem embasamento legal (valor venal de referência) para o cálculo do ITBI, devendo ser mantida a r. sentença que determinou o recolhimento do ITBI tendo por base de cálculo o valor venal do IPTU dos bens.

De outra parte, sobre o tema referente ao momento do fato gerador, esclareço ser cediço que a transmissão de bens imóveis, fato gerador do tributo em tela, consoante artigo 35, do Código Tributário Nacional, somente é efetuada mediante o registro do título translativo, no cartório imobiliário, nos termos do artigo 1.245 do CC.

Frise-se, ainda, que tal entendimento, consolidado nos Tribunais Superiores, é corroborado no julgado da já referida Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0056693-19.2014.8.26.0000, quando o voto condutor menciona expressamente que "(...) **É de se ressaltar, portanto, que, por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderá ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência**; (...)."

Nesse sentido vale a transcrição de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. (...).

2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel, nos termos do art.35, II,

do CTN. Dessa forma, não incide o ITBI em promessa de compra e venda, na medida que trata-se de contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo. Precedentes. Incidência do óbice da Súmula 83/STJ.

3. (...)

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 659.008/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 14/04/2015).

Ressalte-se, entretanto, ser devida a atualização monetária, que não é encargo moratório, pois não modifica valor real devido, mas impõe, apenas, a atualização do valor venal do IPTU (base de cálculo) até a data do registro imobiliário, pela Tabela Prática do TJSP, exatamente para que se mantenha o valor real, de modo a evitar o enriquecimento sem causa daquele que tem a obrigação de pagar, em detrimento daquele que tem o direito de receber. ***(Nesse sentido: Ap. em Mandado de Segurança n. 1005836-51.2014.8.26.0161, rel. Des. RICARDO CHIMENTI, j. J. 29/01/2015).***

Ante o exposto, mantem-se a r. sentença em sede de reexame necessário, e **nega-se provimento ao recurso voluntário**, com observação quanto à necessidade de atualização monetária da base de cálculo. Incabíveis honorários advocatícios (art. 25 da Lei n.º 12.016/09 e Súmulas 512 do C. STF e 105 do C. STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1060741-34.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado AF COMPRESSORS DO BRASIL LTDA.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.362)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

RENATO DELBIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Abertura de filial – Sócias da impetrante sediadas fora do país – Programa integrado à SEFAZ/SP que inviabiliza o registro de abertura da filial da impetrante diante da não aceitação dos dados de suas sócias estrangeiras – Segurança concedida de forma condicional, a fim de evitar entrave à livre atividade econômica da impetrante – Sentença mantida – Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação e reexame necessário, interpostos nos autos do mandado de segurança impetrado objetivando a concessão da ordem para que a impetrante possa abrir filial na cidade de São Paulo, julgado **procedente** pela r. sentença de fls. 69/72.

Sustenta a apelante (fls. 104/113), em resumo, a sua ilegitimidade passiva, bem como a ausência de pedido administrativo estadual, inexistindo notícia de qualquer ato coator que impeça a impetrante de abrir filial em São Paulo.

O recurso recebeu resposta (fls. 104/113). O Ministério Público declinou de manifestar-se nos autos.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A empresa impetrante ajuizou a presente ação mandamental visando à concessão da ordem para que a autoridade coatora promova o registro da sua filial no Estado de São Paulo, nos termos da alteração do contrato social já protocolado naquele órgão.

Alega que ao tentar abrir filial na cidade de São Paulo, cuja inscrição é realizada através do programa Coleta Web da Receita Federal, sistema integrado com a Secretaria da Fazenda Estadual – SEFAZ/SP, não obteve sucesso, porquanto referido programa exige a inclusão do CEP, tipo de logradouro e bairro das suas sócias, para obtenção do Documento Básico de Entrada do CNPJ (DBE – CNPJ), inviabilizando a abertura de sua filial. Afirma que o cartão CNPJ de suas sócias não apresenta tais dados, por serem empresas sediadas fora do país, não sendo possível inserir as referidas informações no sistema, tendo em vista que os campos visíveis na tela do computador não são editáveis. Por fim, pleiteia a revogação de tal exigência, procedendo ao registro de sua filial na cidade de São Paulo.

A r. sentença de fls. 69/72, concedeu *a segurança pleiteada, com base no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, e na Lei 12.016/2009, convalidando a medida liminar deferida, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos*

Acesso ao Sumário

termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

A decisão deve ser mantida.

Cinge-se a controvérsia, portanto, à possibilidade, ou não, da Administração proceder ao registro da filial da impetrante sem observar a exigência de indicação de CEP e tipo de logradouro, contidos no sistema Coleta Web, integrado à SEFAZ/SP.

Afasta-se a alegação de ilegitimidade passiva, pois muito embora o programa Coleta Web seja da Receita Federal, está integrado à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo - SEFAZ/SP, para fins de abertura de filial no referido estado, conforme se verifica da imagem incluída às fls. 03.

De ausência de pedido administrativo estadual, ou inexistência de notícia de qualquer ato coator que impeça a impetrante de abrir filial em São Paulo, também não há se falar, porquanto, não raro, a recusa administrativa é feita de forma verbal e, ainda, no caso dos autos, a impetrante informa que o sistema não permite a inserção do CEP e tipo de logradouro, inviabilizando a abertura da filial tal como pretendido, circunstância que a motivou a mover o Poder Judiciário. Ademais, ainda que não haja negativa ou postulação perante o órgão competente, não se pode exigir exaurimento da via administrativa para ajuizamento da ação judicial, ante o disposto no inciso XXXV, do art. 5.º da Constituição Federal.

No mais, é de se considerar que a impossibilidade de proceder a abertura de filial da impetrante acarretaria entrave ao desenvolvimento de suas atividades comerciais, cabendo acrescentar, conforme bem esclareceu a r. sentença, "*na data da impetração da segurança a impetrante havia apresentado documentos necessários, o que afetaria suas atividades, diante da impossibilidade de expansão e progresso das suas atividades com a abertura de novas filiais, e seu pedido não fora apreciado. É o que ocorreu nestes autos, ou seja, a impetrante apresentou documentos suficientes a demonstrar que, pretendendo alterar as informações cadastrais vinculadas ao CNPJ de sua filial em São Paulo/SP, precisava necessária diligência fiscal para os fins de direito, e, assim, pudesse dar seguimento ao processo de obtenção do Documento Básico de Entrada no CNPJ - ("DBE- CNPJ").*"

Nesse sentido, decidiu esta C. Corte, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – Documento de inscrição e registro de filiais – Demora administrativa exagerada e sem amparo legal – Precedentes – Não houve resistência da autoridade impetrada – Concessão da segurança mantida – Recurso oficial não provido.

(TJSP; Reexame Necessário 1027841-12.2016.8.26.0577; Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/02/2018; Data de Registro: 23/02/2018).

Acesso ao Sumário

Mandado de Segurança. Demora em emitir Documento Básico de Entrada (DBE). Segurança concedida em primeiro grau. Livre atividade econômica que não pode ser obstada ou retardada sem amparo legal. Ordem bem concedida. Recurso oficial, único interposto, improvido.

(TJSP; Reexame Necessário 1018336-25.2016.8.26.0309; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/06/2017; Data de Registro: 19/06/2017).

Dessa forma, restou demonstrada a violação ao direito líquido e certo da impetrante, na esteira dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

"Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. (...) Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. (...) As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado ou superveniente às informações" (*In* Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. 22.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36 – grifos nossos).

Assim, nega-se provimento ao apelo e ao reexame necessário, devendo ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, mormente pelo fato de ter convalidado a medida liminar concedida às fls. 37, de forma condicional, ou seja, determinou que a impetrada deverá proceder *o registro da filial da impetrante se, e somente se, o impedimento decorrer da necessidade de indicação de CEP, tipo de logradouro e bairro das sócias da impetrante.*

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.

Assim, pelo meu voto, **nego provimento** aos recursos interpostos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1010572-23.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS e

Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.284)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 17 de agosto de 2018.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: PROCESSO CIVIL – INTERESSE DE AGIR – Ante a divulgação da greve geral a ser realizada no Município de São José dos Campos, houve justo receio de turbação da posse por parte da Autora, a justificar a propositura do interdito proibitório.

INTERDITO PROIBITÓRIO – É de rigor reconhecer a procedência da demanda, confirmando-se a liminar anteriormente concedida, com a consequente fixação dos ônus sucumbenciais em favor da Municipalidade.

Recursos oficial e voluntário da Municipalidade providos.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela Municipalidade de São José dos Campos contra a r. sentença de fls. 226/227, declarada a fls. 236, cujo relatório se adota, que extinguiu o Interdito Proibitório sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, inciso VI do CPC/2015, condenando a autora ao pagamento de despesas processuais e verba honorária ficada em 10% do valor da causa.

Alega, em apertada síntese, que ao tempo do ajuizamento da ação o interesse de agir era patente. Afirma que a greve que seria realizada no dia 28.04.2018 era abusiva de tal modo que é incabível imputar-lhe os ônus de sucumbência em razão da perda superveniente do objeto. Bate-se pela observância do principio da causalidade. (fls. 238/245).

Contrarrazões a fls. 248/254.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Trata-se de ação de interdito proibitório proposta pela recorrente e extinta sem apreciação do mérito ante a perda superveniente do objeto.

De oficio de se registrar que não cabe se falar em extinção do feito pela falta de interesse processual superveniente, este entendido como o binômio necessidade/adequação:

"O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático. O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional Estado, invocado pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual" (LUIZ RODRIGUES WAMBIER, Curso Avançado de Processo Civil, 1º vol., p. 136, Ed. RT).

Com efeito, ante a divulgação da manifestação a ser realizada (greve geral de servidores municipais), houve justo receio de turbação da posse por parte da Autora, guardiã do interesse público, a justificar a propositura do interdito proibitório (art. 932, CPC). Daí porque a extinção sem resolução de mérito deve ser revista neste Segundo Grau de Jurisdição.

Em sentido semelhante já se decidiu:

"INTERDITO PROIBITÓRIO. Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A que pretende afastar justo receio de molestação de sua posse sobre a Rodovia Anchieta (Km 24), sob a suspeita de bloqueio da pista de rolamento. Interesse processual bem identificado e distinto da ação de reintegração de posse de imóvel lindeiro." (AC nº 0024027-24.2011.8.26.0564 – Voto nº 7984 – Rel. Rebouças de Carvalho).

Acerca do interdito proibitório ensina LUIZ RODRIGUES WAMBIER: *"Denomina-se interdito proibitório a ação possessória que objetiva evitar que a posse seja afrontada, quando houver fundado receio de moléstia (art. 932). Nessa hipótese a turbação ou esbulho ainda não terá havido. O possuidor ainda não terá sofrido qualquer óbice ao exercício da posse, mas os indícios de vir a sofrer são veementes"* (Curso Avançado de Processo Civil – V. 3 RT – 8ª ed. – pág. 184).

No caso dos autos a ameaça foi pública e notória, haja vista o conteúdo da decisão liminar proferida a fls. 32/34, cuja pertinência justifica a transcrição:

"A liminar pleiteada deve ser concedida, presentes os requisitos legais.

Os documentos acostados à inicial bem demonstram que os servidores públicos municipais, representados pelo Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal de São José dos Campos, notificaram a Administração,

cientificando-a de que farão uma paralisação, a partir das 7:00 horas do dia 28 de abril de 2017.

De efeito, o direito de greve é expressamente garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 9º. A fim de garantir a regulamentação do art. 9º, foi editada a Lei nº 7.783/89, que traz em seu bojo os requisitos para o exercício deste direito pelos trabalhadores da iniciativa privada, a serem observados pelo movimento grevista.

É bem verdade que os servidores públicos também têm o direito de greve garantido pela Constituição (artigo 37, inciso VII), que trata dos princípios e disposições gerais que norteiam a Administração Pública. Por se tratar de direito que depende de regulamentação, inexistente até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Injunção nº's 670/ES, 708/DF e 712/PA, firmou o entendimento pacífico de que o direito de greve tem aplicação imediata, devendo ser norteado pela Lei nº 7.783/89 até a edição de lei própria, regulamentadora do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Porém, na esteira do teor do disposto nos arts. 10, 11 e 12, da Lei nº 7.783/89, devem ser assegurados, durante o movimento grevista, o funcionamento dos serviços essenciais e indispensáveis à manutenção da saúde e da segurança da população.

(...)

Na hipótese, não há notícias de prévia negociação entre o Sindicato réu e o Município de São José dos Campos. Aliás, a negociação entre as partes nem sequer seria possível, já que a categoria representada pelo requerido deliberou a paralisação para protestar "contra as reformas da previdência, trabalhista e a Lei da Terceirização, bem como contra a Redução de Direitos dos Servidores" (fls. 22). Ocorre que tais reformas estão sendo discutidas em âmbito nacional, sem qualquer participação ou ingerências dos Poderes Executivo e Legislativo de São José dos Campos.

Impõe-se, assim, o deferimento da liminar."

Acesso ao Sumário

Frise-se que por oportunidade do deferimento da liminar não se pretendia desconstituir o direito à livre manifestação por parte do Sindicato, mas preservar a ordem pública e o funcionamento dos serviços essenciais de saúde e segurança à população.

Assim, não era o caso de extinção do feito por perda do objeto, mas de se confirmar a medida liminar anteriormente deferida e julgar procedente o feito, condenando-se o réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais em observância ao principio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL E CIVIL - GREVE DEFLAGRADA POR SINDICATO - INTERDITO PROIBITÓRIO - POSSE.

I - Cabível a medida contra a perturbação da posse, quando dos fatos e provas a medida se faz necessária para impedir que o movimento grevista injustamente perturbe exercício de atividade que se faz viável, utilizando-se da posse.

II - Não se discute aqui o direito inalienável do exercício de greve previsto constitucionalmente, mas tão só a salvaguarda da posse do bem que sofrerá, consoante o acórdão, ameaça de grave lesão.

III - Matéria de fato (Súmula 07-STJ).

IV - Recurso não conhecido." (REsp 186768 – Rel. Min Waldemar Zveiter – Julg. Em 22.06.1999).

E dado o acolhimento do reexame necessário e do apelo voluntário da Municipalidade, de rigor fixar verba honorária devida pelo Sindicato em 10% do valor dado à causa, em observância ao disposto no art. 85, § 2º e 3º do CPC/2015.

E em razão do disposto no § 11 do CPC, majoro o referido percentual em mais 2% do valor dado à causa.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao apelo voluntário da Municipalidade de São José dos Campos, para julgar procedente a ação, extinguindo o feito nos termos do art. 487, inciso I do CPC/2015. Condeno o réu ao pagamento de custas e despesas processuais, além de verba honorária fixada nos termos acima.

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0007315-55.2018.8.26.0000, da Comarca de São Miguel Arcanjo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Conflito conhecido e declarada a competência da 9ª Câmara de Direito Público, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.601)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), JARBAS GOMES, LUCIANA BRESCIANI, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, PAULO BARCELLOS GATTI, FERMINO MAGNANI FILHO, ANTONIO CELSO FARIA, TORRES DE CARVALHO, EDSON FERREIRA, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, RAUL DE FELICE, CARLOS MONNERAT e FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 3 de julho de 2018.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Prevenção gerada em razão de distribuição de recurso ao juiz substituto em segundo grau posteriormente promovido – Aplicação do art. 105 do Regimento Interno – Precedentes da Turma Especial – Conflito conhecido e declarada a competência da 9ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Conflito de competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Público em relação a decisão da 9ª Câmara de Direito Público, nos autos de apelação em ação declaratória de inexigibilidade de IPVA cumulada com pedido de dano moral, inicialmente distribuída ao então MM. Juiz Substituto em segundo grau em exercício na 9ª Câmara de Direito Público.

Em seguida, devido à promoção do relator original, atendendo a orientação geral fixada pela Presidência da Seção de Direito Público (fls. 98/99), o recurso de apelação foi redistribuído ao novo relator, na mesma Câmara.

Por entender inexistente a referida prevenção, deliberou a turma julgadora da 9ª Câmara a livre distribuição do recurso (acórdão a fls. 102/106), redistribuído, então, para a 6ª Câmara de Direito Público que suscitou o presente conflito (acórdão a fls. 111/115).

É o relatório.

Nos termos acima relatados a dúvida existente diz respeito a prevenção da Câmara em razão de prévia distribuição de recurso a Juiz Substituto de Segundo Grau, posteriormente promovido.

Houve a distribuição da apelação ao juiz substituto em exercício na 9ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Público e, diante da sua posterior promoção ao cargo de Desembargador, deixando de atuar na 9ª Câmara de Direito Público, o recurso foi redistribuído na mesma Câmara, seguindo determinação da Presidência da Seção (fls. 98/99).

O artigo 105 do Regimento Interno deste Tribunal dispõe que:

"A Câmara ou grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não tenha apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados

§ 1º - O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga."

Tal disposição indica que a prevenção firma-se inicialmente pela Câmara que recebe a distribuição e, no segundo momento, é fixado o relator dentre os componentes daquela Câmara no momento da distribuição.

O substituto em segundo grau auxiliando a Câmara, participa da distribuição, em igualdade de condições, na cadeira de cada um dos Desembargadores (art. 181, § 3º, do Regimento Interno); em consequência, recebida a distribuição pelo substituto, firmou-se a prevenção da Câmara na qual auxilia.

Mesmo que posteriormente já não exista juiz substituto em segundo grau naquela Câmara, ele recebeu na cadeira de um integrante, o que justifica a prevenção nos termos do Regimento, sem romper a regra de igualdade na distribuição entre as diversas Câmaras.

É o entendimento que tem prevalecido nesta Turma Especial, destacando-se, entre outros julgados: CC 0033139-50.2017, Des. Fermino Magnani Filho, j. 04.08.2017; CC 0040741-91.2017, Des. Paulo Barcelos Gatti, j. 15.12.2017; CC 0049459-78.2017, Des. Wanderley José Federighi, j. 15.12.2017).

Em seu voto, destacou o Desembargador Wanderley José Federighi, que a questão pode ser resumida nos seguintes termos: "*a promoção do Juiz Substituto em 2º Grau não rompe a prevenção, pois a competência é atribuída à Câmara, e não ao magistrado*".

Ante o exposto, meu voto é pelo conhecimento do Conflito de Competência e pela sua procedência, para declarar competente a 9ª Câmara Direito Público.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0070744-98.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Vicente, em que é embargante ORGANIZAÇÃO SOCIAL DE ATAÚDES NÓVOA LTDA., é embargado IRMANDADE DO HOSPITAL SÃO JOSÉ - SANTA CASA DE SÃO VICENTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo 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 12.202)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), ANTONIO TADEU OTTONI, J. M. RIBEIRO DE PAULA, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, FERRAZ DE ARRUDA e SOUZA NERY.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Embargos de declaração – Cabimento do recurso condicionado à existência dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/15 – Omissão quanto ao termo inicial e final da atualização monetária para cálculo da diferença de custas – Impossibilidade de substituição do depósito do art. 488 por meio de fiança bancária ou seguro garantia – Embargos acolhidos

Acesso ao Sumário

VOTO

Embargos de declaração opostos ao v. acórdão que **acolheu a impugnação ao valor da causa** determinando a retificação do valor da causa dado à ação rescisória, adotando-se como adequado aquele arbitrado na ação originaria, devidamente atualizado pela Tabela do Tribunal de Justiça, devendo a impugnada, ora embargante, proceder ao recolhimento das diferenças de custas e correspondente depósito a que se refere o **art. 488** do **CPC/73.**

Os declaratórios são opostos a pretexto de omissão acerca do termo inicial e final da atualização do valor da causa arbitrado na ação originária, esclarecendo se da data da distribuição (11/2015) ou do trânsito em julgado (08/2014), bem

como o termo final. Também indica omissão pugnando pelo pronunciamento acerca do depósito caução a que se refere o **art. 488** do **CPC/73**, se possível fazê-lo mediante fiança bancária ou seguro garantia.

Embargos tempestivos e não-contrariados, decorrido o prazo *in albis* para manifestação da parte embargada (fls. 17).

É o relatório.

À luz do **art. 1.022** do **CPC/15**, os embargos de declaração têm cabimento estrito, sendo passíveis de utilização apenas quando o pronunciamento judicial contiver omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

Com efeito, a decisão embargada, após percuciente análise jurídica da matéria, determinou que "*seja retificado o valor da causa dado à ação rescisória adotando-se como adequado aquele arbitrado na ação originária, devidamente atualizado pela Tabela do Tribunal de Justiça, procedendo a impugnada ao recolhimento das diferenças de custas e correspondente depósito a que se refere o* ***art. 488*** *do* ***CPC/73****, no prazo de quinze dias, sob pena de cancelamento da distribuição ou indeferimento da petição inicial (****art. 289 e 968, §3º,*** *do* ***CPC/15)***".

De fato, o aresto deixou de fazer constar o termo inicial e final de correção monetária do valor da causa da ação originária para o cálculo e recolhimento das diferenças de custas e depósito da ação rescisória.

Nesse contexto, compete esclarecer que o valor da causa da ação originária será atualizado pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça (INPC), a partir da **distribuição da demanda originária (novembro/2005**) - afinal era o montante correspondente à pretensão naquela época -, **até o ajuizamento da ação rescisória (11.05.2015).**

Doutro turno, no tangente à substituição do depósito exigido para o manejo da ação rescisória, conquanto não postulado nada nesse sentido anteriormente, razão pela qual não se denota qualquer vício, cumpre consignar a inadmissibilidade do cumprimento do disposto no **art. 488, II**[1], do **CPC/73** mediante fiança bancária ou seguro garantia, pois a redação do dispositivo é clara ao exigir o depósito, inexistindo previsão legal a respaldar o interesse da embargante. No mais, salienta-se a carência de fundamentação deste pedido.

Sendo assim, acolhem-se os embargos, nos termos supra.

Por fim, salienta-se que o **art. 1.025** do **CPC/15** é expresso no sentido de que "*Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*".

1 Art. 488 –
"II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente".

Acesso ao Sumário

Postas tais premissas, por meu voto, **acolho** os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0007688-85.2013.8.26.0348/50000, da Comarca de Santo André, em que é embargante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, é embargado PAULO VENICIO SANTOS LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Embargos acolhidos parcialmente, v.u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.917)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 27 de julho de 2018.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OBSERVÂNCIA DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES RETRATADO NOS TEMAS 905 (STJ) E 810 (STF), ATINENTE A ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA – RECURSO ACOLHIDO PARCIALMENTE.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão de fls. 279/285 que, por unanimidade, deu parcial provimento à remessa oficial e ao recurso do obreiro, desprovendo o apelo autárquico.

Sustenta o INSS, em resumo, que o índice de correção estabelecido no v. Acórdão (IGP-DI em todo o período) não pode prevalecer. Defende que, embora desconhecidos os limites objetivos temporais da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947/SE, a TR deveria ser utilizada no presente caso, para atualização monetária das prestações vencidas a partir de 29.6.2009, data de entrada em vigor da Lei n. 11.960/09. Requer, pois, o acolhimento de seu recurso, inclusive para fins de prequestionamento.

É o relatório.

Pois bem, o que se almeja em embargos de declaração é a revelação do verdadeiro sentido da decisão, razão pela qual deve ser afastada a obscuridade,

Acesso ao Sumário

completada a decisão omissa ou eliminada a contradição presente no *decisum.*

Somente por via excepcional, e não como pretende o recorrente, podem os embargos de declaração corrigir uma decisão que não se mostra consentânea com os preceitos legais, gerando, portanto, efeito modificativo da decisão impugnada.

No caso, o r. *decisum* embargado merece alteração no que tange aos índices de correção monetária aplicáveis.

Com efeito, em recentes decisões, os C. Tribunais Superiores fixaram entendimento sobre tais pontos e os submeteram ao regime dos recursos repetitivos (Tema 905 do STJ) e da repercussão geral (Tema 810 do STF).

Destarte, considerando também a deliberação tomada em conjunto pelos integrantes da E. 16ª Câmara de Direito Público, no sentido de alinhar suas decisões ao posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a questão dos índices de atualização, o julgado deve ser modificado para que se empregue o IGP-DI como índice de atualização monetária até dezembro de 2006; a partir daí, terá aplicação o INPC (Tema 905 do STJ, atrelado ao REsp nº 1.495.146/MG), até 29 de junho de 2009; deste marco em diante, será empregado o IPCA-E, considerando o julgamento do Tema 810 pelo STF (RE 870.947/SE).

Consigno, quanto ao afastamento da TR, com uso do IPCA-E em seu lugar, que a Suprema Corte já consolidou o entendimento de que é cabível a aplicação de precedente vinculante independentemente da publicação do respectivo acórdão (AgR 612.375; AgR-ED 1.027.677; ARE 930.647).

Aplicando-se o mesmo raciocínio, conclui-se que a pendência de julgamento de embargos declaratórios (opostos posteriormente à publicação do aresto principal) também não impede a aplicação do precedente vinculante. Por tal razão, não procede o requerimento autárquico de continuidade de aplicação da TR.

Por tal razão, ACOLHO PARCIALMENTE os embargos de declaração do INSS, nos termos acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1034812-04.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, são embargados ANTONIO DE CARVALHO, DORIVAL DE CARVALHO, JANETE MARTINS CARVALHO, LUCINDA IFIGENIA FARIAS, SIDNEI FARIAS, ISABEL CRISTINA XAVIER BASÍLIO,

Acesso ao Sumário

CLAUDEMIR BASÍLIO, IVANIA DE CARVALHO, ANDREA AMARO XAVIER, MARCIA APARECIDA XAVIER, ROSELI AMARO XAVIER, SANDRA AMARO XAVIER e MARCOS ANTONIO XAVIER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.744)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), MARREY UINT, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 3 de agosto de 2018.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Insurgência a acórdão pelo qual se deu parcial provimento à apelação outrora interposta pela ora embargante e se o negou ao recurso dos expropriados. Existência de omissão no aresto embargado. Imposição de juros (0,5%) sobre os honorários advocatícios. Inexigibilidade. Ausência de previsão legal. Observância às Súmulas 617 do Supremo Tribunal de Justiça e 141 do Superior Tribunal de Justiça. Embargos acolhidos com efeitos infringentes.

VOTO

Embargos de declaração (folhas 1 dos autos em apenso) foram opostos pela *Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ* – ao acórdão (folhas 673 a 685) pelo qual se deu parcial provimento à apelação outrora por ela interposta e se o negou ao recurso dos expropriados.

Essa embargante alega, em resumo, o seguinte: a) haver no decisório atacado omissão referente ao pedido de "*afastamento de juros de 0,5% ao mês desde a citação nos honorários advocatícios*"; b) logo, requerer o acolhimento destes embargos a fim de que sanado o apontado vício.

Decorreu *in albis* o prazo para manifestação pelos embargados (folhas 5 dos autos em apenso).

É o relatório.

Impõe-se o acolhimento destes embargos.

A propósito, com a prolação da respeitável sentença julgara-se parcialmente procedente o pedido de desapropriação e condenara-se a autora ao

Acesso ao Sumário

pagamento de R$ 608.000,00 com correção monetária e juros compensatórios. Ainda, dentre o mais, determinara-se o pagamento pela autora dos honorários advocatícios arbitrados em 1% da diferença entre o valor oferecido na inicial e a indenização devida, acrescida de atualização monetária e juros de 0,5% ao mês desde a citação (folhas 620 a 625).

E esta Câmara, mediante julgamento das apelações interpostas, reformara em parte essa respeitável sentença "*somente para acolher a pretensão do Metrô com relação ao afastamento do reexame necessário*" (folhas 673 a 685).

Sem embargo, nesta feita corrige-se omissão havida no respeitável aresto embargado relativa ao pedido de "*afastamento de juros de 0,5% ao mês desde a citação nos honorários advocatícios*".

Por sinal, inexigível a imposição de juros (0,5%) sobre a verba honorária, haja vista a ausência de previsão legal.

A esse respeito, aliás, são de consideração, respectivamente, os teores das Súmulas 617 do Supremo Tribunal Federal e 141 do Superior Tribunal de Justiça:

"A base de cálculo dos honorários advocatícios em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente."

"Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidos monetariamente."

Desse modo, para o cálculo dos honorários advocatícios na hipótese de desapropriação, considera-se a diferença entre oferta inicial e a indenização, cujos valores deverão ser atualizados monetariamente.

Logo, como supradito, de rigor afastar- se a exigência de juros (0,5%) sobre os honorários advocatícios por falta de amparo legal.

Nesse sentido, ainda, *mutatis mutandis*, é presente acórdão desta Corte cuja ementa tem seguinte conformidade:

"Embargos de declaração - Alegação de omissão no v. acórdão quanto os juros 0,5% ao mês, a partir da citação indevidamente acrescidos aos honorários advocatícios - Omissão caracterizada - Falta de previsão legal - Juros que não incidem sobre honorários advocatícios e devem ser retirados - Precedentes. Embargos acolhidos."[1]

Destarte, nesta feita retifica-se, apenas nesse ponto, o respeitável aresto embargado.

À vista do exposto, acolhem-se estes embargos com efeitos modificativos.

1 Embargos de declaração 1030492-08.2014.8.26.0053/50000, relator o desembargador Eduardo Gouvêa, 7ª Câmara de Direito Público, julgamento em 23 de abril de 2018.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1048337-82.2016.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é apelado HÉLIO DA SILVA ROCHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.156)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), CYRO BONILHA e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 1º de agosto de 2018.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: ACIDENTÁRIA – AUXÍLIO-ACIDENTE – FATOR DE CORREÇÃO DAS PARCELAS EM ATRASO – IPCA-E – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

"No caso concreto a correção dos valores em atraso decorrentes do auxílio-acidente concedido deverá se dar mediante emprego do IPCA-E na linha de entendimento dos julgados advindos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal".

Embargos de declaração rejeitados com observação.

VOTO

O INSS opõe embargos de declaração ao Acórdão que deliberou pela parcial procedência do feito, com a consequente concessão de auxílio-acidente, na presente ação acidentária ajuizada por Hélio da Silva da Rocha (Acórdão nas páginas 128/134).

Pugna o embargante, sob pretexto de omissão, obscuridade e prequestionamento, por novo pronunciamento da Turma Julgadora objetivando **substituir o IGP-DI, definido pelo Acórdão como fator de correção dos valores em atraso, pelo INPC até o advento da Lei 11.960/09, adotando-se a Taxa Referencial (TR) a partir daí** (páginas 01/12).

É o relatório.

Passo a decidir.

Insiste o INSS no propósito de validar a almejada tese de se aplicar o

Acesso ao Sumário

INPC até junho de 2009 e daí em diante a Taxa Referencial (TR) como fatores de correção das parcelas em atraso do benefício acidentário no feito deferido ao ora embargado.

Reexamino o ponto.

Em que pese o entendimento lançado no Acórdão de minha lavra, aqui juntado nas páginas 128/134, no sentido de que a correção dos valores em atraso deve se dar pelo IGP-DI, não se cogitando de emprego da Taxa Referencial (TR) ante a inconstitucionalidade sabidamente já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, **é certo que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o tema referente à correção monetária envolvendo a Fazenda Pública em sede do Recurso Especial nº 1.495.146/MG, Tema 905 - tratado como de caráter repetitivo, consolidou entendimento reconhecendo, de modo expresso e inequívoco, válida a adoção do INPC como fator de correção dos valores em atraso nas ações de natureza previdenciária nos moldes previstos pela Lei 11.430/06.**

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, Tema 810 - tratado como de repercussão geral, também de modo expresso e inequívoco, ratificou a inadmissibilidade da Taxa Referencial (TR), prevista pela Lei 11.960/09, como indexador e definiu o emprego do IPCA-E no seu lugar.

Em resumo, a interpretação conferida aos julgados supra, advindos das Cortes Superiores, leva à conclusão de que **a correção a se empregar na apuração dos valores em atraso de natureza previdenciária deve se dar pelo INPC a partir do advento da Lei 11.430/06 até junho de 2009 e, daí em diante, pelo IPCA-E, excluída de vez a adoção da Taxa Referencial (TR).**

Assim, os integrantes desta 16ª Câmara de Direito Público, em deliberação conjunta com o propósito de estabelecer uma padronização dos fatores de correção nas ações desse jaez em consonância com os Tribunais Superiores, passam a adotar o parâmetro supra.

Logo, **no caso dos autos, tratando-se de auxílio-acidente concedido, cujo termo inicial foi fixado em 14.06.2012, a hipótese é de rejeição dos presentes embargos, mas com a observação de que a correção dos valores em atraso se fará pelo IPCA-E**, no lugar do IGP-DI, não se cogitando de adoção do INPC como quer o INSS, ante a ausência de lapso temporal pertinente à sua incidência, e tampouco se justifica a pretensão de se empregar a TR porque já manifestamente descartada.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos de declaração com a observação supra.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2003360-21.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, é embargado ANTONIA MARIA DE LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.556)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente) e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 6 de agosto de 2018.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: RECURSO – Embargos de declaração – Acórdão que não se ressente dos defeitos previstos no art. 1.022 do novo CPC – Embargos rejeitados, com observação.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS, sob o fundamento de que o acórdão padece de omissão. Sustenta serem desconhecidos os limites objetivos e temporais da decisão proferida pelo STF no RE nº 579.431 acerca do período de incidência dos juros de mora, uma vez que opostos embargos de declaração pendentes de julgamento. Defende a manutenção dos critérios até então estabelecidos ou, no mínimo, o sobrestamento dos recursos que versem sobre a matéria até o julgamento dos referidos embargos, salientando a natureza integrativa do que vier a ser ali decidido. Menciona a necessidade de prequestionamento.

É o relatório.

O acórdão não se ressente de nenhum dos defeitos previstos no art. 1.022 do novo CPC.

A matéria abrangida pelo caso em tela foi devidamente apreciada em seus aspectos essenciais, havendo de se considerar afastados os argumentos e disposições legais que não se harmonizam com a fundamentação.

Ainda que o ora embargante discorde do julgamento, foram expostos os motivos que levaram a turma julgadora a, por votação unânime, alterar o julgamento do recurso para dar provimento parcial ao agravo de instrumento

Acesso ao Sumário

interposto pela autora, por entender cabível a incidência de juros de mora entre a data da conta de liquidação e a inscrição do precatório.

Não é demais repetir que *"o Supremo Tribunal Federal veio a pôr fim ao debate por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.431, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 96), aprovando a tese segundo a qual 'incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório'"* (fls. 159).

Entende este relator que a questão já está definida. De qualquer forma, fica aqui lançada a observação de que, se for o caso, será observado o que vier a ser decidido pelo STF em sede de embargos de declaração em recurso extraordinário, no que for aplicável.

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos declaratórios, com observação.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1001744-15.2017.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido JOÃO CARLOS MENDES DE CARVALHO.

ACORDAM, em 12ª 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 26.754)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MOTOCICLISTA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Não usar capacete de acordo com as especificações do CONTRAN. Vulneração à legislação de trânsito

Acesso ao Sumário

que ensejava imposição de multa de natureza gravíssima e suspensão do direito de dirigir (Resolução 203/06). Superveniência da Resolução CONTRAN nº 453/2013, que atenuou a sanção, configurando a infração como de natureza grave (art. 4º, I). Retroatividade da norma. Possibilidade. Princípio geral do Direito Sancionatório e não apenas do Direito Penal. Precedentes do STJ e desta Corte.

2. Conduzir passageiro sem capacete. Ausência de alteração na natureza da infração. Manutenção da natureza gravíssima, nos termos do art. 4º da Resolução do Contran nº 206/06.

3. Violação ao art. 230, V, do CTB (conduzir veículo que não esteja registrado e devidamente licenciado). Conduta que não representa risco à segurança do trânsito e da coletividade. Infração meramente administrativa, que não pode ser considerada para o fim de suspender o direito de dirigir (art. 261, § 1º, do CTB). Precedentes do STJ e desta Corte. Interpretação teleológica do direito infraconstitucional aplicável à espécie. Inexistência de violação à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e tampouco à Súmula Vinculante 10, do STF.

4. Concessão parcial da ordem. Sentença mantida.

5. Reexame necessário não provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **João Carlos Mendes de Carvalho** contra ato do **Diretor da 50ª Ciretran do Estado de São Paulo**, objetivando a anulação de processos administrativos de suspensão do direito de dirigir, sob a alegação de que possuem vícios.

A r. sentença concedeu em parte a segurança, para o fim de determinar que a autoridade coatora: (a) proceda à exclusão dos pontos na CNH do impetrante referentes ao Procedimento Administrativo nº 190400576514, decorrente de infrações meramente administrativas (art. 233 do CTB); (b) considere as infrações de números 5C1788581 e 3B5443682 como de natureza leve, nos termos do artigo 169 do CTB; e (c) se abstenha de promover qualquer restrição à habilitação do impetrante se, após a exclusão, a pontuação final não ultrapassar o limite legal. Não houve condenação em honorários advocatícios, a teor do artigo 25, da Lei nº 12.016/2009, e custas *ex lege*. Por fim, determinou a remessa

Acesso ao Sumário

dos autos para reexame necessário (fls. 145/148).

Não houve interposição de recurso voluntário (fls. 179).

É o relatório.

O recurso oficial não comporta provimento.

1. *Infração por não usar capacete de acordo com as especificações do CONTRAN*

O impetrante foi autuado em 23.02.2013 e 21.04.2013 (AIT's nºs 5C1788581 e 3B5443682) por "não usar capacete/vestuário de acordo com as especificações do CONTRAN" (fls. 58), ao tempo da vigência da Resolução CONTRAN nº 203/2006, que enquadrava a referida infração de trânsito como sendo de natureza gravíssima, na forma do artigo 244, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro, com perda de 07 (sete) pontos no prontuário e suspensão do direito de dirigir.

Ocorre que sobreveio a Resolução CONTRAN nº 453/2013 e a infração cometida passou a ser de natureza grave, com perda de 05 (cinco) pontos e extinção da penalidade de suspensão do direito de dirigir.

Nessa esteira, busca o autor a retroatividade da lei mais benéfica, com a extinção da penalidade de suspensão do direito de dirigir e a redução dos pontos em seu prontuário.

Assim dispunha a Resolução nº 203/06 do CONTRAN à época dos fatos:

"Art. 3º - O condutor e o passageiro de motocicleta, motoneta, ciclomotor, triciclo motorizado e quadriciclo motorizado, para circular na via pública, deverão utilizar capacete com viseira, ou na ausência desta, óculos de proteção.

(...)

Art. 4º - O não cumprimento das disposições contidas nesta Resolução implicará nas sanções previstas nos incisos I e II do Art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro, conforme o caso."

O artigo 244 do Código de Trânsito Brasileiro, por sua vez, tem o seguinte teor:

"Art. 244 - Conduzir motocicleta, motoneta e ciclomotor:

I - sem usar capacete de segurança com viseira ou óculos de proteção e vestuário de acordo com as normas e especificações aprovadas pelo CONTRAN;

II - transportando passageiro sem o capacete de segurança, na forma estabelecida no inciso anterior, ou fora do assento suplementar colocado atrás do condutor ou em carro lateral;

(...)

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa e suspensão do direito de dirigir;

Acesso ao Sumário

Medida administrativa - Recolhimento do documento de habilitação;"

Portanto, inegável que as multas em tela foram corretamente lavradas. Entretanto, em 26 de setembro de 2013 sobreveio a Resolução nº 453/2013 do CONTRAN, que atenuou a sanção ao condutor de motocicleta que não usa capacete de acordo com as especificações do CONTRAN:

"Art. 2º - Para fiscalização do cumprimento desta Resolução, as autoridades de trânsito ou seus agentes devem observar: I - Se o capacete motociclístico utilizado é certificado pelo INMETRO; II - Se o capacete motociclístico está devidamente afixado à cabeça;

III - A aposição de dispositivo retrorrefletivo de segurança nas partes laterais e traseira do capacete motociclístico, conforme especificado no item I do Anexo; IV - A existência do selo de identificação da conformidade do INMETRO, ou etiqueta interna com a logomarca do INMETRO, especificada na norma NBR7471, podendo esta ser afixada no sistema de retenção; V - O estado geral do capacete, buscando avarias ou danos que identifiquem a sua inadequação para o uso;

Parágrafo único. Os requisitos descritos nos incisos III e IV deste artigo aplicam-se aos capacetes fabricados a partir de 1º de agosto de 2007."

"Art. 4º - Dirigir ou conduzir passageiro em descumprimento às disposições contidas nesta Resolução implicará nas sanções previstas no CTB, conforme abaixo:

I - com o capacete fora das especificações contidas no art. 2º, exceto inciso II, combinado com o Anexo: ***art. 230, inciso X, do CTB****;"* (g.n.)

O artigo 230, inciso X, do Código de Trânsito Brasileiro, por sua vez, preceitua infração de natureza grave, *in verbis:*

"Art. 230 - Conduzir o veículo:

(...) X - com equipamento obrigatório em desacordo com o estabelecido pelo CONTRAN;

(...)

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização;"

Acesso ao Sumário

A questão que se apresenta, portanto, é a possibilidade da aplicação de princípio do direito penal (retroatividade da lei mais benéfica - art. 5º, XL da CF) às penalidades administrativas, no caso a infração de trânsito que teve suas consequências abrandadas por norma posterior, para o fim de reenquadrar a infração de "gravíssima" (CTB, art. 244, I) para "grave" (CTB, art. 230, X).

E a resposta à indagação é positiva, visto ser inadmissível que o Direito Administrativo Sancionador seja mais rigoroso que o próprio Direito Penal, de modo que deve ser aceito o argumento de aplicação retroativa da lei mais benéfica ao presente caso.

Sobre o tema, leciona Marçal Justen Filho:

"As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo. Lúcia Valle Figueiredo afirma que os procedimentos sancionatórios caracterizam-se pela aplicação dos princípios do processo penal."[1]

Nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

I. O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente. II. Afastado o fundamento da aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, bem como a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. III. Recurso especial parcialmente provido."

(REsp 1153083/MT - Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa - 1ª Turma - j. 06.11.2014 - DJe 19.11.2014).

No mesmo diapasão o entendimento desta 12ª Câmara:

"INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. Suspensão do direito de dirigir. Condução de motocicleta com viseira do capacete levantada. Infração considerada gravíssima à época dos fatos, pelo artigo 244 do Código de Trânsito Brasileiro e Resolução nº 203/2006 do CONTRAN. Reclassificada, pela Resolução nº 453/2013 CONTRAN, para infração de natureza leve, tipificada no artigo 169 do Código de Trânsito Brasileiro. Aplicação do princípio da retroatividade da lei punitiva mais benéfica. Constituição Federal, Artigo 5º, XL, também aplicável às sanções administrativas. Ordem de segurança para expedição da carteira de habilitação definitiva. Reexame necessário não provido."

(AC nº 1001334-59.2014.8.26.0132 - Relator: Edson Ferreira - j. 16.07.2015).

E a jurisprudência desta Corte de Justiça não discrepa:

"Infração de trânsito - Resolução 203/06 do Contran que foi expressamente revogada pela Resolução 453/13, aplicando punição mais branda - Aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna - Recapitulação da infração - Recurso improvido."

(AC nº 1008984-35.2016.8.26.0344 - Relator: José Luiz Gavião de

Acesso ao Sumário

1 Curso de Direito Administrativo. 9ª edição. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 609.

Almeida - 3ª Câmara de Direito Público - j. 28.11.2017);

"REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - Impetrante autuado por não usar capacete/vestuário de acordo com o especificado pelo Contran - Superveniência da Resolução CONTRAN nº 453/2013, que atenuou a sanção pela inobservância do ordenamento jurídico - Retroatividade da norma - Possibilidade - Princípio geral do Direito Sancionatório e não apenas do Direito Penal - Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça - Sentença que merece reforma - Recurso provido."

(AC nº 1008567-73.2015.8.26.0132 - Relator: Ponte Neto - 8ª Câmara de Direito Público - j. 14.12.2017).

Dessa forma, verifica-se que, nos procedimentos administrativos instaurados pelo DETRAN, a infração de "não usar capacete/vestuário de acordo com especificações do CONTRAN" foi considerada de natureza "gravíssima", nos termos da Resolução nº 206/06. Todavia, com a superveniência da Resolução nº 453/2013, tal infração passou a ser configurada como de natureza "grave", de modo que deve ser admitida a retroatividade da norma mais benéfica, nos termos já expostos.

2. Infração por conduzir passageiro sem capacete

Quanto ao AIT nº 5C1788591, lavrado por "conduzir passageiro sem capacete ou fora do assento", não houve alteração, sendo mantida a natureza de gravíssima, nos termos do artigo 4º da Resolução do Contran nº 203/06, *in verbis*:

"Art. 4º - Dirigir ou conduzir passageiro sem o uso do capacete implicará nas sanções previstas nos incisos I e II do art. 244, do Código de Trânsito Brasileiro. (...)"

Desta feita, mantém-se a natureza gravíssima para o AIT nº 5C1788591, conforme decidido pelo Juízo singular.

3. Infração meramente administrativa

O impetrante foi autuado por infração ao artigo 230, inciso V, do Código de Trânsito Brasileiro, consistente em dirigir veículo "*que não esteja registrado e devidamente licenciado*" (AIT's nºs 3B5445550, 3B8863821, 3B5443682 e 3B8863822), considerada de natureza "gravíssima", que resulta em 07 (sete) pontos no prontuário do condutor. Tal infração foi considerada para a somatória de pontos prevista no artigo 261, § 1º, do CTB e, por conseguinte, foi instaurado o Processo Administrativo nº 190400576514.

Todavia, pela simples leitura do dispositivo tido como violado, verifica-se que a infração imputada ao Impetrante, independentemente de sua gravidade, tem natureza administrativa, ou seja, não se refere à atuação do condutor que implique em periculosidade ou conduta temerária ao volante.

Portanto, assim como a jurisprudência vem assegurando a habilitação definitiva ao motorista que cometeu infração grave, de natureza administrativa,

Acesso ao Sumário

que não interferiu na segurança do trânsito e da coletividade, é razoável concluir que somente as infrações cometidas na condução do veículo têm o condão de obstar a renovação da CNH, pois infrações de natureza administrativa - no caso, não efetuar o registro da propriedade do veículo, no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito - não oferecem risco à segurança do trânsito e à coletividade.

De outro lado, vale consignar que, em se tratando tão somente de interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie, não há que se falar em violação à cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal e tampouco à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira, bem consignou o ilustre Magistrado singular, "*a negligência quanto à atualização do cadastro de veículos é irregularidade relacionada com a propriedade do bem, não tendo qualquer influência na capacidade de dirigir. Em verdade, deve haver uma distinção entre as sanções administrativas impostas pelas infrações cometidas enquanto proprietário do veículo daquelas praticadas na condição de condutor, sendo que apenas estas últimas possuem força a obstar a permissão para dirigir*" (fls. 147).

Em hipótese análoga, o Superior Tribunal de Justiça afastou a penalidade imposta em razão de infração de natureza administrativa que não esteja relacionada com a segurança do trânsito, como no caso em que o condutor deixou de efetuar o registro da propriedade do veículo, no prazo de trinta dias (art. 233 do CTB), conforme se infere da ementa e seguir transcrita:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. HABILITAÇÃO PARA MUDANÇA DE CATEGORIA. INFRAÇÃO DE NATUREZA GRAVE, COMETIDA POR DETENTOR DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO: AUSÊNCIA DE REGISTRO DE VEÍCULO, NO PRAZO LEGAL (ART. 233 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO DE BRASILEIRO). INFRAÇÃO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. FATO QUE NÃO É SUFICIENTE PARA OBSTAR A MUDANÇA DE CATEGORIA B PARA C. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ART. 143, § 1°, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA SÚMULA VINCULANTE 10, DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *I. Trata-se, na origem, de Apelação, interposta pelo DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN/RS, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por CRISTIAN REZENDE NUNES, em face da sentença que concedeu a segurança postulada, declarando ilegal o ato administrativo da autoridade impetrada que negou, à parte autora, inscrever-se em aulas práticas, objetivando a troca de categoria de sua CNH de B para C (art. 143, § 1°, do Código de Trânsito Brasileiro), em*

Acesso ao Sumário

decorrência da prática da infração prevista no art. 233 do CTB (deixar de efetivar o registro do veículo, no prazo legal, junto ao órgão executivo de trânsito).

II. Em situação análoga à hipótese, interpretando teleologicamente o art. 148, § 3°, do CTB, esta Corte vem decidindo não ser razoável impedir o condutor de obter a habilitação definitiva, em razão de falta administrativa, que não esteja relacionada com a segurança do trânsito, como no caso em que o condutor deixou de efetuar o registro da propriedade do veículo, no prazo de trinta dias, nos termos do art. 233 do CTB. Isso porque, diante da diversidade de natureza das infrações, às quais o Código de Trânsito Brasileiro comina as qualidades de graves e gravíssimas, deve-se fazer a interpretação teleológica do citado dispositivo, pois o objetivo da lei é que o cidadão esteja apto ao uso do veículo, habilitado à direção segura, que não ofereça risco à sua integridade, nem à de terceiro, e que não proceda de forma danosa à sociedade. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 520.462/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/08/2014; AgRg no AREsp 339.714/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/09/2013; AgRg no AREsp 311.691/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/08/2013.

III. Da mesma forma como esta Corte vem assegurando a habilitação definitiva ao motorista que cometeu infração grave, de natureza administrativa, que não interferiu na segurança do trânsito e da coletividade, é de se concluir que, conquanto não esteja expresso no art. 143, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro, sua interpretação teleológica e sistemática permite inferir que somente infrações cometidas na condução do veículo têm o condão de impossibilitar a habilitação na categoria C, pois infrações de natureza administrativa no caso, não efetuar o registro da propriedade do veículo, no prazo de trinta dias, junto ao órgão executivo de trânsito não oferecem risco à segurança do trânsito e à coletividade.

IV. Considerando que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 148, § 3°, do CTB, tampouco o afastamento deste, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie, não há que se falar em violação à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, e muito menos à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal.

V. Agravo Regimental improvido."

(AgRg no AREsp 524849/RS, Rel. Ministro Assussete Magalhães, 2ª Turma, j. 10.093.2016, Dje 17.03.2016).

No mesmo diapasão o entendimento desta Corte:

"Mandado de segurança. Processo administrativo de suspensão do direito de dirigir. Infração meramente administrativa que não pode ser considerada para a somatória de pontos prevista no art. 261, § 1º, do

Acesso ao Sumário

CTB. Precedentes. Exclusão da pontuação relativa à multa administrativa que totaliza 18 pontos em 12 meses, o que não justifica a penalidade de suspensão aplicada pela autoridade de trânsito. Sentença concessiva da segurança. Recursos oficial e voluntário não providos."

(AC nº 1002572-16.2016.8.26.0077 - Relator: Carlos Violante - 2ª Câmara de Direito Pública - j. 10.02.2017);

"Mandado de segurança. Instauração de processo administrativo com a finalidade de aplicar a pena de suspensão do direito de dirigir - Impetrante que somou 24 pontos no período de 12 meses - Infrações meramente administrativas que não podem ser consideradas para o fim de suspender o direito de dirigir, nos termos do artigo 261, § 1º, do CTB - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte - Sentença reformada Recurso provido."

(AC nº 1005332-69.2015.8.26.0077 - Relator: Rebouças de Carvalho - 9ª Câmara de Direito Público - j. 29.04.2016);

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. Suspensão da CNH.

Infração meramente administrativa. Determinada a exclusão dos pontos atinentes à infração contida no art. 233 do CTB. Conduta que não demonstra qualquer periculosidade ou conduta temerária ao volante. Precedentes do STJ e do TJSP. Reexame necessário desprovido."

(RN nº 1003531-34.2017.8.26.0438 - Relator: Marcelo Semer - 10ª Câmara de Direito Público - j. 04.12.2017).

Assim, considerando que as infrações meramente administrativas não têm o condão de restringir o direito à condução de veículos automotores, porquanto não estão relacionadas à segurança do trânsito, agiu com acerto o ilustre Magistrado singular, que afastou qualquer óbice decorrente dos autos de infração dessa natureza sobre os direitos do impetrante de conduzir veículo automotor.

Nesse contexto, era mesmo de rigor a concessão parcial da segurança, de modo que a r. sentença deve ser mantida, porém com um pequeno reparo na parte dispositiva, eis que constatado um erro material em relação à natureza das infrações relativas aos AIT's 5C1788581 e 3B5443682: onde está "de natureza leve nos termos do artigo 169 do CTB" deve constar "**de natureza grave, nos termos do artigo 230, inciso X, do CTB**", conforme fundamentação do julgado (fls. 146).

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7001825-39.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante DANIEL RIBEIRO DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 37.302)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 25 de julho de 2018.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: FALTA GRAVE – Preliminar de nulidade por ausência de oitiva judicial do sentenciado afastada – Detento que deixou o televisor da cela cair ao chão e o encaminhou ao setor de inclusão – Agentes penitenciários que constataram a falta de vários componentes do televisor – Conduta imputada de adulteração do aparelho televisor – Imputação não prevista como falta grave – Conduta atípica – Absolvição que se impõe – Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal contra a r. decisão de fls. 18, que reconheceu a prática de falta grave ocorrida em 22/02/2017, determinou a perda de 1/3 dos dias remidos e decretou o reinício da contagem do lapso temporal para a progressão no regime.

Sustenta o agravante, em preliminar, a ocorrência da prescrição da falta grave e a nulidade da decisão por ausência de sua oitiva judicial. No mérito,

sustenta a atipicidade da conduta e, como tese subsidiária, pleiteia a redução da perda dos dias remidos, ao mínimo legal.

Contraminuta a fls. 32/36.

Decisão de manutenção a fls. 37.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do agravo (fls. 41/45).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Não se vislumbra nos autos a alegada nulidade da decisão por falta de oitiva do sentenciado pelo magistrado.

Tratando-se de mera falta grave cometida durante o cumprimento da pena, ainda que resulte na regressão de regime, suficiente se mostra a oitiva do detento pela Comissão Apuradora na presença de advogado, garantindo-lhe assim a ampla defesa e o c0ontraditório.

É certo que o §2º do art. 118 da LEP exige que o reeducando seja previamente ouvido, mas deixa de fazer qualquer menção a respeito da necessidade de que essa oitiva seja feita na presença do magistrado. Em nenhum momento, também, a LEP se refere à necessidade de audiência para que o reeducando possa, perante o juiz, apresentar eventuais justificativas para o cometimento da falta grave.

Convém destacar que a lei não contém palavras inúteis e muito menos deixa de prevê-las sem razões. Quisesse o legislador que a oitiva do preso, mesmo que se trate de regressão no regime, fosse feita judicialmente, teria o dito.

Desse modo, tendo sido respeitados os princípios constitucionais na defesa dos interesses do agravante, sem qualquer irregularidade a macular o procedimento administrativo ou a prejudicá-lo, não se há falar em nulidade da sindicância.

No mérito, o recurso comporta provimento pelos fundamentos a seguir expostos.

Conforme restou apurado pelo procedimento disciplinar 137/17, em 22/02/2017, o sentenciado Daniel Ribeiro dirigiu-se ao Setor de Inclusão carregando um aparelho de televisão que era utilizado na cela 228 do Pavilhão Celular II, em razão de referido televisor estar quebrado e faltando componentes.

Ao cabo do procedimento, entendeu o Diretor Técnico de Departamento pela configuração da falta grave, prevista no art. 39, II c/c art. 50 VI, da Resolução SAP nº 144/10 (adulteração de aparelho televisor), o que resultou na aplicação das sanções ao detento.

Submetido ao crivo jurisdicional, o d. magistrado reconheceu como falta grave a conduta do sentenciado e aplicou as sanções adequadas.

Acesso ao Sumário

Todavia, em que pese o entendimento do d. juiz, atípica é a conduta do agravante.

As situações caracterizadoras de falta grave estão previstas, de forma taxativa, na Lei de Execuções Penais.

O legislador federal enumera as faltas disciplinares graves, conforme prevê expressa e taxativamente a Lei n.º 7.210/84, e dentre elas não se vê prevista a conduta de adulteração de aparelho televisor.

Assim, tal qual a norma penal incriminadora – seja o Código Penal, seja a legislação extravagante federal – veda, não pode a lei de execução penal ser interpretada elasticamente em prejuízo do condenado.

Portanto, atípica a conduta do detento, deve ser ele absolvido.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo para absolver Daniel Ribeiro de Souza da falta grave a ele imputada.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0023418-66.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes/apelados G.H.C. e F.N.S., 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 parcial provimento ao recurso ministerial e ao recurso de um dos réus e negaram provimento ao recurso do outro réu. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.450)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 19 de junho de 2018

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Pornografia infantil (art. 241-A da Lei nº 8.069/90). Crime caracterizado, integralmente. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes

e incriminatórias da vítima e de testemunhas. Versão exculpatória inverossímil. Inexistência de fragilidade probatória. Acervo probatório constante dos autos. Inexistência de erro de proibição. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento redimensionado, quanto a um dos acusados. Majoração da base adequada. Reconhecimento da atenuante da menoridade relativa de um dos acusados à época dos fatos. Prestação pecuniária bem aplicada. Regime inicial alterado, sendo o semiaberto mais adequado, em face das circunstâncias judiciais negativas. Apelos, ministerial e de um dos acusados, parcialmente providos e improvido o do outro réu.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta (*f. 260/264*), que se acolhe e adota, acrescenta-se que G.H.C. e F.N.S. saíram **condenados** às penas de ***4 anos de reclusão*** (*regime aberto*), ***mais 10 dias-multa***, no piso – ***substituída a corporal*** *por duas restritivas de direitos, consistentes em* ***prestação de serviços à comunidade*** *e* ***prestação pecuniária*** –, pela prática da infração penal capitulada no art. 241-A da Lei nº 8.069/90 (*pornografia infantil*).

Apelam os **acusados** e o **Ministério Público.**

O reclamo dos acusados (*f. 274/289*) pretende a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendido erro de proibição.

G. alega, ainda, insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, postulam a redução das penas.

F. pleiteia, também, o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

Já o apelo ministerial (*f. 290/295*) busca ***(i)*** a majoração da fração de aumento da pena-base, ***(ii)*** a majoração do valor da pena substitutiva de prestação pecuniária e ***(iii)*** a fixação do regime prisional semiaberto.

Anotam-se contrarrazões de lado a lado, que defendem o improvimento dos apelos adversos (*f. 301/305 e 311/314*).

Autos distribuídos (*f. 316*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável,

Acesso ao Sumário

pelo parcial provimento dos recursos (f. 320/326), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***30.jan.2018*** (*f. 327*).

É o relatório.

Pornografia infantil (*art. 241-A da Lei nº 8.069/90*).

Aos fatos.

Acusado *G.* e *vítima contando com 15 anos de idade à época dos fatos*, conhecem-se, trocam números de telefones e passam a conversar através de aplicativo de telefone celular.

Em dado momento, a *vítima* envia, a *G.*, um vídeo de cunho sexual, onde masturbava-se.

Posteriormente, *G.* envia referido vídeo a *H. – colega de trabalho da vítima –*, que o transmite a *R.*, que encaminha ao acusado *F*, que, por sua vez, o remete a *K.*, que, por seu turno, o envia a *G.*

Esses os fatos, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Essa restou demonstrada no ***(i)*** boletim de ocorrência (*f. 6/8*) e ***(ii)*** auto de exibição e apreensão (*f. 9*).

E a **autoria** também é certa.

A começar pelas **palavras da vítima *J.*** (*f. 11 e 220/231*), que narra os fatos em riqueza de detalhes.

Relata que trabalhava em um *buffet*, onde, certo dia, realizou-se uma festa, da qual o acusado *G.* era convidado, oportunidade em que ele pegou seu número de telefone com *H. – também funcionário do buffet –*.

Descreve que encontraram-se uma vez, ocasião em que foram ao *Parque Central*, onde *G.* disse-lhe: "*Vai no banheiro, mas fica quieta. Não fala nada se não eu posso ser preso por pedofilia. Não fala nada para o seu pai, se não eu posso acabar com ele*." e puxou-lhe pelo cabelo.

Afirma que, quando *G.* virou-se para lavar as mãos, saiu correndo, pois ele queria que fosse ao banheiro para ir atrás, sendo que, depois disso, *G.* enviava-lhe mensagens ameaçando-a, de modo que acabou enviando-o um vídeo.

Diz que depois soube que todos, na escola, receberam o vídeo, motivo pelo qual a diretora chamou seu pai e teve que mudar de escola.

Declara que o irmão, a prima e o primo estudam na mesma escola em que estudava à época do ocorrido e que, desde então, passaram a ser motivo de chacota.

Destaca que, em razão dos fatos, não pôde ir à formatura de seu irmão;

Acesso ao Sumário

ficou incomunicável por um bom tempo – *sem celular e sem Facebook* –; teve de cortar e pintar os cabelos; seu pai acabou tendo de matriculá-la em uma escola particular e, em decorrência disso, adquiriu uma dívida que suporta até os dias atuais e que o impediu de pagar o aluguel da lanchonete que possuía, fechando-a; não pode sair ao portão de casa, nem arrumar emprego; passou a ser xingada pelo *whatsapp*, tanto no privado como nos grupos, de *puta* e de outras tantas coisas; engordou *20 quilos* e sente-se culpada pelos problemas econômicos da família.

Assevera que enviou o vídeo apenas para *G*. e que soube que *F.* transmitiu o vídeo para *K.*

No mesmo sentido incriminador, as **palavras das testemunhas *(i) K***. (*f. 14 e 205/216*), ***(ii) A.*** (*f. 217/219*), ***(iii) H.*** (*f. 16/17, 258 e mídia*) e ***(iv) A.*** (*f. 232/238*).

K. narra que conheceu a vítima na escola e que eram da mesma série, porém de classes diversas.

Assevera que recebeu o vídeo com imagens da *vítima* de *F.* e que o repassou a *G.*

Aduz que *F.* conhecia a *vítima*, pois os três trabalhavam no *buffet.*

Destaca que referido vídeo "*circulou*" na escola toda e entre os funcionários do *buffet*, "*o comentário foi geral*".

A., irmã de *K*., confirma que este recebeu, de *F*., o vídeo com imagens da *vítima.*

H. relata que trabalhou com a *vítima* e com *F.* no *buffet* e que conhece *G.* de perto de sua casa.

Afirma que recebeu o vídeo com imagens da *vítima* em um grupo de *WhatsApp*, mas não se recorda quem o enviou.

Acrescenta que os acusados não integravam referido grupo e que não o recebeu da *vítima.*

A., *genitor da vítima*, descreve que tomou conhecimento do vídeo através da escola da filha, vez que a diretora convocou-lhe e disse-lhe que não seria possível que a *vítima* ali continuasse a estudar, por conta do vídeo que estava "circulando", com imagens da *vítima.*

Declara que o vídeo espalhou-se por oito escolas e que acabou tendo que matricular sua filha em uma escola particular, o que causou-lhe sérios problemas financeiros, que suporta até os dias atuais, com dívida de *R$ 10.000,00.*

Expõe que, após os fatos, foi necessário cortar e tingir os cabelos da *vítima* e que vivem constrangidos até mesmo de sair na rua.

Ressalta que seu filho, que estudava na mesma escola em que estudava a *vítima*, à época dos acontecimentos, sequer pôde participar de sua formatura,

Acesso ao Sumário

porque virou alvo de chacota.

Informa que todos os parentes e vizinhos ficaram sabendo do vídeo, de modo que vivem em uma situação constrangedora, sem conseguir olhar mais para as pessoas.

Noticia que sua esposa não sai mais de casa, com vergonha, e que a *vítima* engordou *20 quilos* e só chora.

Diz que a *vítima* ficou tão desesperada, que chegou a temer que ela pudesse atentar contra a própria vida.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

De sorte que, exatamente como aqui, estando as palavras da *vítima* e das testemunhas absolutamente seguras, fortes, coerentes e harmônicas com o resultado condenatório, solução é emprestar-lhes a credibilidade que merecem, o que resulta na conclusividade única de aceitação das palavras daquelas.

Daí porque sem razão o reclamo recursal que procura diminuir ou desconsiderar o contexto probante ou as palavras da *vítima* e das testemunhas.

O que só pode levar à certeza do quadro.

No vazio, portanto, a ***versão exculpatória*** oferecida pelo acusado ***G.*** (*f. 19/20, 259 e mídia*) – *nas oportunidades em que foi ouvido, admitiu ter recebido, da vítima, um vídeo com imagens dela masturbando-se, mas* ***negou*** *que o tivesse repassado a alguém* –, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

F., em Polícia, afirmou que trabalhava no *buffet*, juntamente com a *vítima, K., H.* e *W.*, e admitiu ter recebido o vídeo com imagens da vítima de seu irmão *R.* (*f. 15*), e, em Juízo, foi declarado ***revel*** (*f. 252*).

Nesses termos, aceitar a versão do acusado *G.* seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Acesso ao Sumário

A prova, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Donde o quadro probatório indicar como autores do delito exatamente aqueles que apontados e responsabilizados.

De outro modo, absolutamente despropositado cogitar-se, aqui, em **erro de proibição**, seja ele inevitável ou evitável.

De efeito.

Ignorantia legis neminem excusat.

Como do art. 21, "caput", do Código Penal, e do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Ora.

Não se pode admitir que os acusados se furtem à aplicação da lei, alegando seu desconhecimento, pois aquela é válida para todos, sem distinção.

Quem se dispõe a disseminar vídeo de conteúdo pornográfico, envolvendo adolescente, sabe ou deve pelo menos presumir a ilicitude de sua conduta.

A ciência de tal fato faz com que se tenha plenamente caracterizada a infração, porque sabiam os acusados de sua ilegitimidade.

Essa a certeza de conclusão.

Reprise-se: ***não é possível, verossímil ou crível*** que alguém desconheça tal questão comezinha.

Desconhecer esta regra ***mais que*** comezinha, repita- se, seria viver em um mundo irreal, como nos tempos das cavernas.

O que faz concluir da ***plena ciência*** dos acusados quanto ao dever de não transmitir vídeo com referido conteúdo.

Donde impossível justificar-se a conduta dos réus.

Condenação de ambos os acusados por ***pornografia infantil***, portanto, inevitável.

Quantum satis.

Apenamento que comporta **redimensionamento**, quanto a um dos acusados.

Isso porque o d. Juízo sentenciante deixou de reconhecer a atenuante genérica da menoridade relativa, que deve ser considerada em benefício do acusado *F.*

Aos novos cálculos, então.

Mantido o critério do d. Juízo de origem, base fixada, para ambos os acusados, com ***adequado acréscimo na fração equivalente a 1/3***, em razão do expressivo prejuízo suportado pela vítima, como bem justificou a origem (*f.*

Acesso ao Sumário

263), *'data venia'* do entendimento do '*Parquet*' e da defesa.

Com efeito, conforme se pode depreender dos autos, os fatos impuseram, à vítima e a seus familiares, mudanças graves, com radical alteração em seus hábitos e rotinas, quadro que não pode ser jamais olvidado pelo julgador ao momento da fixação da pena.

Tudo como bem fundamentou o d. Juízo sentenciante, nos moldes do ***art. 59 do Cód. Penal.***

Ademais, vale dizer.

Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com os acusados e sua personalidade e, por isso e por certo, com maior e muito mais preciso sentir e direcionamento voltados para a realidade do caso concreto.

Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda.

Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes dos artigos 59 e 68 do Cód. Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

A seguir, considerando o reconhecimento, por esta Instância, da menoridade relativa de *F.*, sua pena é reduzida em ***1/6.***

Assim, ausentes outras circunstâncias modificadoras, finaliza o apenamento em ***4 anos de reclusão, mais 13 dias-multa***, no piso, para o acusado *G.*, e em ***3 anos e 4 meses de reclusão, mais 10 dias-multa***, no piso, para o acusado *F.*

Não obstante, observa-se que, por erro material, constou no dispositivo sentencial ***10 dias-multa.***

Nada há a fazer aqui, dada a ausência de recurso ministerial quanto a tanto, sob pena de *reformatio in pejus.*

Preenchidos os requisitos legais (*art. 44 do Código Penal*), oportuna substituição da corporal por duas penas **restritivas de direitos –** *consistentes em* ***prestação de serviços à comunidade*** e ***prestação pecuniária*** *em favor da vítima, fixada em 10 salários mínimos (cada réu) –.*

Inviável a majoração do valor fixado para a prestação pecuniária, com o devido respeito ao entendimento do i. órgão ministerial nos dois graus de jurisdição.

Isto porque as consequências do crime já foram sopesadas na fixação da

Acesso ao Sumário

pena-base e as condutas dos acusados não excederam ao dolo normal à espécie, motivo pelo qual a pena imposta pela origem é proporcional e adequada ao juízo de reprovabilidade das condutas.

Ademais, a fixação da pena substitutiva pecuniária deve observar a condição econômica dos acusados, que já tiveram fixado o dia-multa no valor mínimo unitário.

Finalmente, quanto ao **regime**, foi aplicado pela origem o ***aberto.***

Necessário, entretanto – *neste ponto* –, o ajuste requerido pelo recurso do *Parquet.*

Isto porque o regime ***semiaberto*** é o mais adequado ao caso, considerando as **consequências gravosas do crime** praticado.

Assim, efetivamente se faz necessária, *in casu*, a fixação do regime semiaberto, na medida em que o *quantum* da pena não é o único critério para fixação do regime.

O disposto no art. 33, § 2º, em sua alínea 'c', refere-se às condições em que os acusados poderão usufruir de regime mais brando, o que demanda apreciação, dentre outros critérios, das consequências do crime, nos exatos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

E esta avaliação, na hipótese concreta, justifica plenamente a imposição de regime prisional semiaberto para o caso de cumprimento da pena privativa de liberdade, exatamente como pretende o apelo ministerial.

POSTO, mantido o mais decidido,

(i) nega-se provimento ao apelo de *G;*

(ii) dá-se parcial provimento ao apelo de *F.*, apenas para, reconhecida a atenuante da menoridade relativa, ***reduzir as penas aplicadas ao acusado*** para ***3 anos e 4 meses de reclusão,*** mais ***pagamento de 10 dias-multa***, no piso; e

(iii) dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para **aplicar *o regime semiaberto*** para ***ambos os acusados.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008863-74.2015.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante JOSÉ DANILO BIBANCO, 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.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº 33.168)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 21 de junho de 2018.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: Apelação – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – Preliminares – Prescrição e inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 8.137/90 – Inadmissibilidade – Mérito – Conjunto probatório amplamente desfavorável – Prova documental e testemunhal robustas – Inexigibilidade de conduta diversa – Dirimente que não merece guarida na espécie – Dificuldades financeiras que não autorizam a prática delituosa – Penas, regime prisional e substituição incensuráveis, definidos de forma mais branda – NEGADO PROVIMENTO.

VOTO

JOSÉ DANILO BIBANCO foi condenado a cumprir penas de **02 (dois) anos de reclusão**, em **regime aberto**, mais o pagamento de **10 (dez) dias-multa**, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária de 05 (cinco) salários mínimos em favor de entidade assistencial, como incurso no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.137/90 (fls. 269/273).

O acusado apelou arguindo, preliminarmente, prescrição da pretensão punitiva e inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei 8.137/90; pugnando, no mérito, pela absolvição por falta de provas, por ausência de dolo ou com arrimo em causa excludente (inexigibilidade de conduta diversa) e, subsidiariamente, a redução da pena-base ao mínimo legal, a modificação do regime prisional e a substituição por restritivas (fls. 279/299).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 310/316), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento ao reclamo (fls. 327/334).

É O RELATÓRIO.

A matéria preliminar arguida pela Defesa não comporta acolhimento.

A pena aplicada tem lapso prescricional de 04 (quatro) anos, lapso que não restou superado entre os marcos interruptivos, consignando-se que, em se tratando de crime contra a ordem tributária, a tipificação ocorre somente com o lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante nº 24) que, no caso,

Acesso ao Sumário

ocorreu em 30 de março de 2015 (fls. 31/36), sendo certo que a denúncia foi recebida em 06 de dezembro de 2016 (fls. 108).

Não se trata de aplicar retroativamente a referida Súmula Vinculante, porquanto, mesmo antes de sua edição, o entendimento jurisprudencial amplamente majoritário, com o qual também se alinhava esta Turma Julgadora, era nesse sentido.

A Defesa também argúi a inconstitucionalidade do tipo penal pelo qual o réu foi responsabilizado, aduzindo, para tanto, que ninguém pode receber uma pena reclusiva por dívida civil de valor.

Sem razão.

O acusado não está sendo responsabilizado criminalmente pela dívida em si, porquanto esta será executada na esfera judicial competente, encerrada a apuração administrativa, mas, sim, pela fraude contra o Fisco, consubstanciada em conduta dolosa de suprimir tributos. E, como bem assentado em contrarrazões, a Constituição Federal veda a prisão civil e não a penal.

O tipo penal, portanto, é constitucional.

Rejeita-se, pois, a matéria preliminar arguida.

No mérito, o réu foi responsabilizado porque, na condição de sócio-gerente da empresa "Dan Aço", reduziu ICMS no montante de R$ 248.780,95, utilizando notas fiscais supostamente emitidas pela empresa "Bampe Com. de Metais Ltda.", considerada inidônea pelo Fisco, uma vez que inexistia o estabelecimento comercial para o qual foi obtida a inscrição. Assim agindo, a empresa gerida pelo acusado creditou-se indevidamente de ICMS, locupletando-se indevidamente.

A extensa prova documental aliada às declarações da testemunha Francisco, agente fiscal, corroborando os fatos descritos na inicial, não deixam a menor dúvida nesse sentido, conferindo suporte fático-probatório à acusação.

A conduta fraudulenta restou demonstrada à saciedade no processo administrativo, iniciado a partir de auto de infração e imposição de multa, demonstrativo do débito fiscal e notas fiscais supostamente falsificadas (há informação nos autos de que não foram confeccionadas pela gráfica indicada nos respectivos documentos), e que culminou, ao final, com a responsabilização da empresa depois de exaustiva análise pelo Fisco.

A fraude tributária favorecia o apelante no esquema, não sendo crível que, na condição de sócio e gestor, desconhecesse as irregularidades relacionadas na incoativa.

A versão do acusado, no sentido de que negociava pelo telefone e não tinha o hábito de verificar a situação da empresa, porquanto se amparava apenas em notas fiscais, não é digna de credibilidade.

Acesso ao Sumário

O acusado era o responsável pelo recolhimento dos tributos e informações prestadas ao Fisco, de modo que lhe incumbia zelar pela devida escrituração contábil em absoluta conformidade com as transações comerciais realizadas. Na espécie, a robusta prova documental produzida, roborada pelo depoimento do agente fiscal, demonstra, com segurança, que não houve efetiva circulação das mercadorias, notadamente porque a empresa com a qual o réu negociava não possuía instalações físicas.

Por fim, a tese de inexigibilidade de conduta diversa não comporta acolhimento. Com efeito, dificuldades financeiras que, vale anotar, assolam sobremaneira a sociedade, não autorizam a prática de ilícitos penais, como fraudes contra a Fazenda Pública. A alegação de dificuldade econômica para honrar compromissos trabalhistas não justifica a conduta delituosa, até porque, os danos advindos da sonegação fiscal para a coletividade se sobrepõem aos prejuízos individuais decorrentes da má gestão que, em tese, poderiam afetar seus empregados.

O reconhecimento da causa dirimente, assim, exige prova inequívoca de uma situação de perigo capaz de atingir bem jurídico de maior relevância, cujo sacrifício é inexigível.

A condenação é mesmo de rigor.

Penas, regime prisional e substituição estabelecidos de forma mais favorável ao acusado, carecendo, assim, de interesse recursal nesse aspecto.

Posto isto, por meu voto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002156-22.2015.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante SANDRA APARECIDA NICOLICHI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 15.906)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 26 de junho de 2018.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Estelionato. Apelo defensivo. Alegada fragilidade probatória. Acusada que cobra dinheiro para desfazer um "trabalho de macumba". Fato atípico. Verdadeiro exercício do direito constitucional de liberdade de crença. Vítima que acredita nos métodos empregados pela acusada. Atipicidade reconhecida. Apelo provido.

VOTO

Pela sentença de fls. 224/228, proferida em 18/10/2017 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Antônio César Hildebrand e Silva, da Vara Criminal da Comarca de Araras, SANDRA APARECIDA NICOLICHI foi condenada às penas de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 dias-multa, dando-a como incursa no art. 171, *caput*, do Código Penal. A privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária em favor da vítima no montante de R$ 2.000,00.

Irresignada, a defensoria da ré maneja recurso de apelação, alegando fragilidade probatória (fls. 239/244).

O Ministério Público se bateu pelo acerto do *decisum* (fls. 253/254) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 267/271).

É o relatório.

Segundo consta da exordial acusatória, a apelante passava-se por vidente, anunciando seus serviços na local. Assim, no mês de fevereiro de 2015, a ofendida, Josefa, agendou uma consulta com a ré. Durante a consulta a acusada informou à vítima que haviam feito um "trabalho" contra sua família, de forma que seu marido e filho morreriam. Para "quebrar o trabalho" seria necessário o pagamento de R$ 930,00. Valor pago pela vítima.

No dia seguinte, para dar continuidade ao serviço, a acusada exigiu a entrega de um televisor de tela plana, 52 polegadas, além de um tapete novo. Os produtos foram comprados pela vítima e entregues à ré.

Posteriormente, ao conversar com seu esposo, percebeu ter caído em uma fraude.

Interrogada em solo policial, a apelante negou os fatos descritos na denúncia. Disse ser astróloga e confirmou divulgar seus serviços através do rádio. Narrou ter sido procurada pela vítima apenas para fazer um "trabalho de amor", o qual foi efetivamente realizado. Porém negou ter dito à vítima existir um "trabalho contra sua família", e negou ter dito que seu marido e filho

Acesso ao Sumário

poderiam morrer. Também confirmou ter recebido dinheiro, uma televisão e um tapete, afirmando apenas ter cobrado pelos serviços prestados.

Sob o crivo do contraditório, contudo, alterou a versão anteriormente apresentada, passando a afirmar que não divulga seus serviços pelo rádio, bem como jamais ter atendido a ofendida, ou mesmo nenhuma outra pessoa na cidade de Araras.

A vítima, por sua vez, narrou os fatos tais como constam da denúncia.

Relatou ser depressiva e ter ouvido no rádio um anúncio de uma mulher que dizia curar a depressão, motivo pelo qual a procurou. Inicialmente, a consulta não teria custo, tendo a ré pedido apenas um maço de velas brancas. Porém, no decorrer do atendimento, a apelante passou a dizer que haviam feito um "trabalho" contra sua família, pois haviam jogado terra de cemitério sobre seu telhado, afirmando que seu marido e filho morreriam.

A depoente, assustada, pois seu filho reside na cidade de São Paulo, conhecida por sua violência urbana, aceitou pagar o valor de R$ 930,00 para "quebrar o trabalho".

No dia seguinte, voltou para dar continuidade, ocasião na qual a apelante lhe disse que seria necessário sacrificar 45 bodes, sendo que cada animal custaria R$ 270,00, totalizando R$ 12.125,00. A ofendida não possuía tal numerário, tendo a apelante sugerido que a depoente fizesse um empréstimo bancário para realizar o pagamento. A vítima dirigiu-se a algumas instituições de crédito, porém não conseguiu aprovação para o empréstimo. A ré, então, passou a pressionar a vítima, dizendo que via a morte se seu filho. Desesperada, a ofendida aceitou comprar objetos a prestação e entregá-los à acusada como forma de pagamento. Assim, comprou uma televisão de 52 polegadas, dividindo a compra em doze prestações, além de um tapete, avaliado em R$ 459,00.

A testemunha Raquel, investigadora de polícia, confirmou ter atendido a ocorrência, e ter apreendido o televisor e o tapete no interior da residência da acusada. Confirmou, ainda, haver a vítima lhe narrado os fatos de forma clara e harmônica.

Acesso ao Sumário

Embora restem demonstrados os fatos descritos na exordial acusatória, uma observação deve ser feita.

Isto porque a conduta da apelante não se subsume ao tipo penal de estelionato, devendo ser considerada atípica.

Note-se que a suposta "*fraude*" empregada consistente justamente no exercício de crença da apelante, não se podendo considerar como fraudulentos os meios propostos pela acusada para solucionar os problemas pessoais indicados pela ofendida.

Não se trata, portanto, de indução da vítima em erro, mas sim, em exercício de direito constitucionalmente assegurado, sendo importante ressaltar que a

vítima, assim como a ré, crê nos métodos empregados pela religião seguida por ambas.

Entendo, portanto, tratar-se de conduta atípica em respeito ao livre exercício do direito de crença.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo defensivo para absolvê-la com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009260-20.2015.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE MANOEL SABATINE LAIN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, restando mantida, integralmente, a sentença impugnada. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.803)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 27 de junho de 2018.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: USO DE DOCUMENTO FALSO. Carteira Nacional de Habilitação. Prova robusta da autoria e da materialidade delitiva. Ausência de dolo não verificada. Falso grosseiro. Inocorrência. Documento hábil a enganar o homem médio. Condenação mantida. Penas mínimas, substituída a corporal, na forma do art. 44, do CP, eleito o regime aberto para o caso de conversão. Medida de prestação de serviços à comunidade que é a mais adequada e socialmente recomendável e deve ser mantida. Apelo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por ALEXANDRE MANOEL SABATINE

Acesso ao Sumário

LAIN de sentença que o condenou, como incurso no artigo 304, *caput*, c.c. o artigo 297, *caput*, ambos do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, de valor unitário mínimo, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, por igual período, e 10 (dez) dias-multa, de unidade mínima, postulando a absolvição, por atipicidade da conduta, em razão se tratar de hipótese de "crime impossível", diante da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, pois a falsificação era grosseira e inapta a enganar (ineficácia absoluta do meio), ou por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pretende a substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária, ao argumento de que trabalha como *motoboy* de segunda a sexta-feira, das 7h30 às 18h.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 196/200).

É o relatório.

Consta da denúncia que, em 07 de dezembro de 2015, por volta das 22h30, na Avenida Luiz Dummont Villares, nº 395, Vila Guilherme, nesta Capital, o acusado fez uso de documento falso, consistente em uma Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

O apelo não comporta provimento.

Com efeito, a prova da materialidade do crime está estampada no laudo pericial de fls. 36/38, o qual atestou que o documento exibido pelo acusado em abordagem policial, conforme noticiam o boletim de ocorrência de fls. 10/12 e o auto de exibição e apreensão de fls. 13, era falso, diante da "***ausência dos elementos de segurança documental inerentes aos similares legítimos***".

A autoria também é inegável, tendo em vista que o policial militar Jonathan Silva Alves dos Santos confirmou que, em patrulhamento de trânsito, abordou o veículo conduzido pelo réu e constatou que a Carteira de Habilitação dele era falsa, em razão da textura do papel, a posição de alguns números e outros sinais identificadores. Disse que o acusado aparentou estar surpreso com a falsidade do documento e alegou tê-lo adquirido em uma autoescola (fls. 126 e mídia digital).

O policial militar Israel da Conceição Barbosa não se recordou dos fatos (fls. 120 – mídia digital), mas reconheceu a sua assinatura às fls. 06, ocasião em que declarou que em bloqueio da operação "Direção Segura" pararam o *Fiat/Siena* conduzido pelo réu e que ele apresentou documento do veículo e a Carteira Nacional de Habilitação. Em consulta ao COPOM constataram que o documento era falsificado.

O apelante, por sua vez, alegou ter ficado surpreso ao tomar conhecimento da falsidade do documento. Informou que sua Carteira de Habilitação foi

Acesso ao Sumário

suspensa por três meses e, em razão de trabalhar como *motoboy* para sustentar a família, recorreu a uma empresa para conseguir a habilitação de volta em tempo menor, tendo sido informado de que o procedimento era legal, porque a empresa trabalhava em parceria com o Detran. Disse que até desconfiou, mas achou que o documento era verdadeiro. Esclareceu que pagou R$ 850,00, em dinheiro, não recebeu recibo e que perdeu os dados referentes ao serviço (fls. 08 e 127/128 – mídia digital).

A testemunha Noidia Florentino Queiroga, que estava na companhia do acusado, confirmou tais declarações, afirmando que ele não sabia da falsidade da Carteira de Habilitação. O acusado contou-lhe que ligou para uma empresa cujo responsável afirmou que trabalhava com o Detran e conseguiria recuperar sua habilitação, que estava suspensa. Relatou que, na data dos fatos, ao avistarem a *blitz* de trânsito, perguntou ao réu se estava tudo certo com a documentação dele e se ofereceu para assumir a direção do veículo, mas ele confirmou que estava tranquilo e foram em direção aos policiais (fls. 120 – mídia digital).

Assim, não obstante o apelante tenha asseverado que desconhecia a falsidade documental, é certo que contratou uma empresa que lhe forneceu uma Carteira de Habilitação nova após a dele ter sido suspensa, sem se submeter a qualquer curso ou exame. Ademais, o réu não apresentou qualquer documentação ou dados da referida empresa, não sabendo informar sequer o nome dela. Evidente, portanto, que possuía conhecimento da falsidade do documento e dos trâmites necessários para a recuperação da habilitação, tendo ciência de que não poderia obtê-la regularmente da maneira mencionada.

Diante disso, uma vez comprovado que o recorrente utilizou Carteira de Habilitação que efetivamente sabia ser falso, inegável, além da autoria e da materialidade, o dolo do uso de documento público falso, sendo, portanto, inafastável a condenação nos termos da sentença.

Também não se pode falar em falsificação grosseira, o que caracterizaria crime impossível ou a atipicidade da conduta, pois o policial militar desconfiou da autenticidade do documento exibido pelo acusado, mas isso apenas porque não era leigo no assunto.

Consoante julgado a respeito da matéria, "***falsificação grosseira ocorre, apenas, se a qualquer um é dado perceber a adulteração, à vista de singelo exame ocular do documento. Falsificação grosseira é aquela evidente, clara, que a todos se faz sentir. É a perceptível pelo leigo, é a feita sem nenhum cuidado, com rasuras e alterações grosseiras***" (TJSP, Apelação Criminal n.º 108.225-3/5).

As penas foram fixadas no piso, diante da primariedade do réu (fls. 52), a corporal em regime aberto e substituída na forma do artigo 44, do Código Penal, por prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e mais dez dias-multa, de unidade mínima, de modo que nada mais pode pleitear a Defesa

Acesso ao Sumário

a respeito.

Ressalte-se que a pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade estabelecida na sentença atende à finalidade da lei penal e é a mais adequada e socialmente recomendável, diante do caso concreto. Eventual pedido sobre o modo de cumprimento ou a substituição por outra restritiva de direitos deve ser feito e discutido perante o juízo da execução.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, restando mantida, integralmente, a sentença impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1064905-25.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante S. M. DA S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao apelo para cassar a decisão de extinção do processo sem apreciação do mérito e determinar o seguimento normal da ação de justificação criminal, com produção das provas pretendidas na inicial. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.980)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL. Apelação contra decisão que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, impossibilitando a justificação criminal que buscava produzir prova apta a instruir ação de revisão criminal. Decisão equivocada ao afirmar que a competência seria do Tribunal. Competência do Juízo de primeiro grau. Impossibilidade de produção de provas no bojo da ação revisional. Cabimento da justificação aplicada analogicamente com base no CPC/73, com parcial, mas suficiente correspondência no CPC/15, art. 381 a 383. Testemunha que, por escritura pública, refere ter ouvido da vítima a afirmação de que o apelante

Acesso ao Sumário

seria inocente. Necessidade de produção da prova em primeiro grau para que seja avaliada pelo Tribunal se é realmente nova e se basta para a desconstrução da coisa julgada. Recurso provido.

VOTO

1. S.M.S. (RG nº (...)) foi denunciado, processado e condenado às penas de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por crimes de estupro de vulnerável que teria praticado em 2011 contra seu primo W.S.A.O., à época com 11 anos de idade (denúncia a fls. 19/20 e sentença, proferida em agosto de 2014, a fls. 73/75).

Esta C. 16ª Câmara, em sessão de julgamento realizada aos 17 de maio de 2016, negou provimento ao seu recurso de apelação, mantendo integralmente a condenação (fls. 94/99). Com o trânsito em julgado, S. foi preso e se encontra resgatando a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta.

Em dezembro de 2017, seu defensor ajuizou ação de justificação criminal perante o Juízo de primeiro grau responsável pela condenação, juntando ata notarial contendo declaração da avó do ofendido em que afirma que W. lhe confidenciou que seu primo S. seria inocente e que outra pessoa seria responsável pelos abusos (fls.18).

Na petição inicial, pleiteava a oitiva da vítima e de sua avó, além de mais outras duas testemunhas, a fim de instruir futura ação de revisão criminal (fls. 1/15). O representante ministerial manifestou-se favoravelmente ao processamento e realização das oitivas pleiteadas, com adição da representante legal da vítima, sua mãe (fls. 105/107).

Logo em seguida, a MM. Juíza julgou extinto o processo sem julgamento do mérito depois de se considerar incompetente para a ação, por reputar ausente demonstração da existência de provas novas a produzir (fls. 109/110).

Inconformado, oferece recurso de apelação buscando o regular processamento da ação de justificação, destacando que a competência era mesmo do Juízo de primeiro grau e que a prova nova a ser produzida gravita em torno da declaração da avó da vítima de que esta teria se retratado da acusação a S. (fls. 116/133).

A Justiça Pública, ao ser instada a apresentar contrarrazões, concordou com o que S. pretende e se posicionou pelo provimento do recurso. A douta Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, ofertou parecer sugerindo o desprovimento do recurso, com correção do dispositivo da decisão.

É o relatório.

2. Voto pelo provimento da apelação.

Acesso ao Sumário

A decisão proferida em primeiro grau deve ser cassada. Ao contrário do que declarou a MM. Juíza, não havia incompetência a declarar na ocasião, tendo em vista que não cabe instrução perante o segundo grau no bojo da ação revisional criminal. Quando é fundamentada em alegação de prova nova, deve esta ser trazida já constituída, o que se faz tradicionalmente por ação de justificação criminal.

Nos precisos termos que já constam da petição inicial e que foram repetidos nas razões recursais, ainda que a previsão expressa da ação de justificação não tenha sido literalmente reproduzida na novel codificação cível, é tranquila a doutrina processual penal no sentido de que ainda se pode (e deve) ajuizar ação da espécie previamente à revisional, mesmo que se considere necessário adotar as particularidades procedimentais do artigo 381 e seguintes do novo Código de Processo Civil, com pequeno impacto no caso concreto.

Do magistério de Renato Brasileiro de Lima, transcrevo: "*Prevalece, no entanto, o entendimento de que essa prova nova somente pode ser produzida no âmbito da justificação prévia, na medida em que o material probatório para instruir a ação de revisão criminal deve ser pré-constituído. Medida cautelar de natureza preparatória, essa justificação deve tramitar perante o juízo penal de 1º grau, em contraditório pleno, nos termos dos arts. 861 a 866 do CPC, aplicável subsidiariamente no processo penal por força do art. 3º do CPP. O novo CPC, por sua vez, dispõe que deve ser aplicado o procedimento atinente à produção antecipada de provas (art. 381 a 383) àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção (art. 381, § 5º, do novo CPC)*" (Manual de Processo Penal, JusPodium, 2018, p. 1834).

Assim, havendo indícios de que a vítima, criança ao tempo dos fatos, tenha relatado a um parente que a pessoa que foi condenada não teria sido o autor dos abusos sexuais sofridos, há razão para – ao menos – colherem-se os depoimentos em questão no procedimento conhecido como justificação criminal, cabendo posteriormente a um Grupo de Câmaras Criminais decidir se são realmente novas e se levam ou não à absolvição que provavelmente será pleiteada em ação revisional.

Não cabe ao Juízo de primeiro grau decidir sobre a questão, caso em que usurpa a competência do Grupo de Câmaras.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao apelo para cassar a decisão de extinção do processo sem apreciação do mérito e determinar o seguimento normal da ação de justificação criminal, com produção das provas pretendidas na inicial.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001071-22.2016.8.26.0537, da Comarca de Diadema, em que é apelante ADRIANO DA CONCEIÇÃO NASCIMENTO, e é apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 30.232)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 29 de junho de 2018.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Apelação criminal – Recurso defensivo – Tráfico ilícito – Apreensão de 62 porções de *maconha* e 20 embalagens contendo *cocaína* – Materialidade, autoria e culpabilidade comprovadas – Informes anônimos noticiando a prática do comércio proscrito no local dos fatos – Acusado surpreendido comercializando entorpecentes e em poder de quantia de dinheiro – Circunstâncias da prisão em flagrante confirmadas pelo teor dos depoimentos prestados pelos policiais civis responsáveis pela diligência, inexistindo motivos para lhes retirar a credibilidade – Crime comprovado e caracterizado – Condenação mantida – Dosimetria – Penas que não comportam ajuste, porque remanesceram no piso – Reincidência que obsta a aplicação do redutor previsto no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas – Sanção pecuniária fixada em conformidade com preceito secundário vigente, respaldado pela Lei Maior (CF, art. 5º, XLVI, c) – Ausência de violação aos princípios constitucionais – Regime imposto (fechado), único adequado, *in casu* – Detração penal (CPP, art. 387, §2º), cuja análise se reserva ao juízo da execução, a fim de se evitar supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição – Apelo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

ADRIANO DA CONCEIÇÃO NASCIMENTO, inconformado com a sentença que o condenou a cinco anos de reclusão, em regime fechado, e a quinhentos dias-multa, no piso, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, apela postulando a absolvição por insuficiência de provas.

Requer, alternativamente, a redução das penas e o abrandamento do regime prisional.

Regularmente processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento.

É, em síntese, o relatório.

O recorrente foi condenado por tráfico ilícito porque, nas condições de tempo e lugar descritas na denúncia, tinha em depósito vinte embalagens contendo *cocaína*, com peso aproximado de 16,6g, e sessenta e duas porções de *maconha*, pesando cerca de 109,7g, substâncias entorpecentes que determinam dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade está estampada no teor dos laudos de constatação prévia e de exame químico-toxicológico, não impugnados.

E, no que tange a autoria e culpabilidade, também não pairou dúvida, nada obstante o enredo defensivo externado pelo réu em juízo, pois rompeu o (sintomático) silêncio inicial e negou a imputação, aduzindo que estava no interior da padaria, *tomando café com o filho do dono (sic),* quando foi abordado pelos agentes da lei. Negou, por fim, a posse dos entorpecentes apreendidos na ocasião.

Todavia, essa versão, além de inverossímil, não convence nem é suficiente para afastar sua responsabilidade criminal porque foi infirmada pelos demais elementos de convicção coligidos durante a *persecutio criminis.*

É que os policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante - Denis Fabricio Paiola e Ezequiel Dias Veiga - relataram que encetaram diligência no sítio dos acontecimentos em virtude do recebimento de diversos informes anônimos noticiando a prática do tráfico ilícito, certo que já se tratava de lugar conhecido como sendo ponto de venda de substâncias proscritas.

Durante campana, observaram o apelante em atividade típica de mercancia espúria: pessoas se aproximavam dele, que, em seguida, rumava até um *matagal (sic)* situado nas proximidades, retornava e efetuava a entrega de *algo (sic).*

Abordado e revistado, em seu poder encontraram a quantia de R$ 25,00, ao passo que, no local de onde despontava depois de manter contato com possíveis usuários, localizaram uma sacola plástica contendo as drogas apreendidas (vinte invólucros contendo *cocaína* e sessenta e duas porções de *maconha*). Indagado,

Acesso ao Sumário

ele negou o cometimento do crime.

Nesse contexto, em que pese o empenho da combativa defesa, o edito condenatório era mesmo imperativo, sobretudo diante do conteúdo dos depoimentos dos agentes da lei responsáveis pela diligência, pois confirmaram, inclusive sob a garantia do contraditório, os termos da acusação, não se podendo olvidar que foram coesos e seguros ao descrever o cenário encontrado naquele local, certo que a pequena imprecisão acerca do lapso temporal que perdurou a campana (se 5, 10 ou 20 minutos) não tem o condão de elidir a credibilidade de suas palavras, máxime porque plenamente justificável em razão do transcurso de mais de seis meses entre o episódio e a realização da audiência.

Não bastasse, os policiais civis sequer conheciam o apelante, não tendo, portanto, motivos para falsamente imputar-lhe crime dessa gravidade, ao menos nada nesse sentido foi demonstrado, além do que não parece crível que fossem reunir considerável e variada quantidade de entorpecentes, de inegável valor comercial, e alterar a dinâmica dos acontecimentos somente para acusá-lo maliciosamente, simplesmente para prejudicá-lo.

Assim, diante da natureza e do volume de substâncias proscritas apreendidas, embaladas em porções individuais, prontas para a entrega ao consumo de terceiros, e de quantia de dinheiro (R$ 25,00), bem assim do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante - concretizada após breve campana em local conhecido como sendo *ponto de tráfico*, ocasião em que o acusado foi visto em plena atividade criminosa -, não há como negar que o material ilícito em tela se destinava ao comércio vil, inarredável, pois, o desfecho condenatório.

As penas, de igual forma, não comportam ajuste, porque remanesceram no piso, inviável, outrossim, a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas ante a presença da agravante da reincidência (réu registra condenação definitiva por roubo majorado – cf. certidões de fls. 129/131 e 167).

E nem há se cogitar de *bis in idem*, porquanto, na hipótese, olvidou-se o e. magistrado de considerar a recidiva para o aumento das reprimendas na segunda fase, sopesando-a apenas para afastar a incidência da mencionada causa especial de diminuição de pena.

De todo modo, cumpre frisar que *(...) não há se falar em bis in idem pelo uso da reincidência em fases distintas da dosimetria da pena, porquanto é possível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos, conforme previsão legal específica. Precedentes.* (STJ, HC 410.990/SP, 5ª Turma, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. 07.11.2017).

Impossível também a redução da sanção pecuniária, tampouco a isenção de seu pagamento, porque foi fixada com fulcro em preceito secundário vigente,

Acesso ao Sumário

que nada tem de inconstitucional, diante de sua previsão expressa na Lei Maior (CF, art. 5º, XLVI, c), não havendo falar-se, evidentemente, de declaração de inconstitucionalidade das normas penais questionadas e de sua violação, ou a qualquer norma legal ou a princípio constitucional, notadamente o da isonomia e da individualização da pena.

Ademais, diante da recidiva e do *quantum* imposto, superior ao limite legal, era mesmo inaplicável a substituição da carcerária por restritivas de direitos (CP, art. 44, I e II).

De outro vértice, correta a fixação do regime prisional fechado para o início da expiação, por ser o único pertinente e condizente para a prevenção e repressão de delitos desta natureza.

E, não custa lembrar, o legislador deixou bem claro que a regência carcerária não é mero consectário do *quantum* da reprimenda, *ex vi* do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, estando, portanto, sujeita ao preenchimento dos pressupostos do artigo 59, combinado com o seu inciso III, do mesmo Código, os quais, como se viu, não são favoráveis ao réu e justificam, com folga, o rigor adotado, não só em razão da recidiva, mas também em virtude da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (artigo 42, da Lei nº 11.343/06), entre eles, *cocaína*, por se tratar de uma das substâncias mais nocivas, a exigir, portanto, a fixação do regime de segregação plena.

Em arremate, embora não se desconheça o teor do artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, não há se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos a respeito da existência (ou não) de outras condenações em desfavor do recorrente, do seu comportamento no cárcere e do efetivo lapso que permaneceu preso, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada, por primeiro, pelo juízo das execuções, evitando-se, ainda, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Por tais razões, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001564-51.2013.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante NEY LOPES DE ARANTES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.390)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 5 de julho de 2018.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: Apelação. Violação de direito autoral. Recurso defensivo. Pleito de absolvição em razão da incidência do princípio da insignificância. Impossibilidade. Expressiva quantidade de mídias apreendidas e relevância da lesão ao bem jurídico tutelado. Adequação social. Tolerância social que não tem o condão de revogar tipo penal. Dosimetria da pena e regime para o seu cumprimento que não comportam reparos. Pena privativa de liberdade convertida em duas restritivas de direitos de prestação pecuniária. Negado provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por NEY LOPES DE ARANTES contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Julio da Silva Branchini, da Vara Criminal da Comarca de Caçapava, que o condenou à pena de 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em pagamento de duas prestações pecuniárias, fixadas no valor de 01 salário mínimo cada, devido a prática do crime previsto no artigo 184, §2º, do Código Penal (fls. 145/149).

Em suas razões de recurso, a Defesa requer a absolvição do acusado em razão da incidência do princípio da insignificância. Subsidiariamente, pugna pela redução do valor da pena restritiva de direitos de pagamento de prestação pecuniária (fls. 161/163).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso defensivo (fls. 165/167).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar Mendes Ferreira, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 176/181).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

O apelante foi condenado porque, no dia 07 de fevereiro de 2011, por volta das 15h45, na Rua Professor José Benedito de Araújo, na cidade de Caçapava, expunha a venda, com intuito de lucro direto, cópias de fonogramas e videofonogramas reproduzidos com violação dos direitos do autor, consistentes em 932 unidades de CDs e DVDs diversos.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria criminosa restaram demonstradas a partir do conjunto probatório, de tal modo que tais pontos sequer foram objeto de impugnação no apelo defensivo, limitando-se o recurso à aplicação do princípio da insignificância ou à redução do valor prestação pecuniária aplicada.

Não comporta acolhimento o pleito defensivo de atipicidade da conduta em razão da aplicação do princípio da insignificância.

Isso porque, seja em razão da expressiva quantidade de mídias apreendidas (932 unidades de CDs e DVDs diversos), seja porque a violação de direitos autorais merece a reprovabilidade legal, haja vista os prejuízos decorrentes da disseminação da "*pirataria*" em razão do seu impacto econômico, não apenas para a indústria fonográfica, mas também para os cofres públicos, que deixam de arrecadar os tributos devidos.

Ademais, ainda que não alegada pela Defesa, a hipótese de que a conduta do acusado estaria amparada pelo princípio da adequação social igualmente não comporta amparo. Conforme é cediço, o costume ou mesmo a tolerância social não tem o condão de revogar um tipo penal, sendo certo que a *abolitio criminis* depende de expressa modificação legal por meio de lei posterior revogadora.

Nesse sentido, inclusive, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 502, cuja dicção expressamente reafirma a vigência do artigo em comento, prevendo, que, *"presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica em relação ao crime previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal, a conduta de expor à venda CDs e DVDs 'piratas'"*.

Diante do exposto, bem caraterizada e comprovada a conduta descrita no artigo 184, § 2º, do Código Penal, e superada a incidência de qualquer justificante capaz de afastar a ilicitude, merece ser confirmado o édito condenatório com relação à prática de tal delito.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passo à análise da dosimetria da pena.

A reprimenda foi aplicada de forma criteriosa pelo i. magistrado sentenciante, que operou com precisão o processo de individualização da pena, manejando de forma escorreita o sistema trifásico da dosimetria, não comportando qualquer reparo.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, o d. juízo a quo corretamente fixou a pena-base no mínimo legal de 02 anos de reclusão e

Acesso ao Sumário

pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em seguida, na segunda etapa, não obstante a incidência da atenuante da confissão, não era mesmo o caso de redução da pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.[1]

Este também é o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **– I A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal.** [...] (STF - RHC: 118996 AM, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/02/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-045 DIVULG 06-03-2014 PUBLIC 07-03-2014).

À míngua de agravantes, bem como de causas de aumento e diminuição, tornou-se definitiva a reprimenda de 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

No mais, mantenho o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, nos termos do que dispõe o artigo 33, §2º, alínea "c", do Código Penal.

Presentes os requisitos estabelecidos no artigo 44, do Código Penal, e por ser medida socialmente recomendável, adequada a substituição da pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direitos, consistentes em duplo pagamento de prestação pecuniária, fixada no valor de 01 salário mínimo cada, que não se revela claramente incompatível com a condição econômica do réu, salientando que eventual substituição por outra pena alternativa, caso se mostre necessária, poderá ser pleiteada no juízo da execução.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso defensivo, subsistindo, na íntegra, a r. sentença de primeiro grau.

1 Súmula n. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003481-92.2012.8.26.0246, da Comarca de Ilha Solteira, em que é apelante ARENILTON PEDRO BARBOSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal 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 16.504)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente) e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 19 de julho de 2018.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Homicídio qualificado – Art. 121, §2º, II, III e IV, do Código Penal – Nulidades não verificadas – Conselho de Sentença que julgou apreciando as provas produzidas nos autos – Decisão que não pode ser considerada manifestamente contrária a elas – Soberania do veredicto – Qualificadoras, outrossim, não afastadas, porquanto acatadas pelos jurados na interpretação do acervo probatório – Recurso parcialmente provido, somente para redução da pena.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por ARENILTON PEDRO BARBOSA contra a sentença de fls. 406/408 que, em atenção ao decidido pelo Colendo Conselho de Sentença, condenou-o, como incurso no artigo 121, § 2º, inciso II, III e IV, do Código Penal, a 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Inconformado, apela o réu (fls. 415/427), "*na forma do art. 593, inciso III, letras 'a', 'c' e 'd', do Código de Processo Penal*". Argui, em preliminar, nulidade do julgamento, porque a acusação "*fez leitura e alusão de foram bastante evidenciada, aos Srs. Jurados, de documentos que não haviam sido juntados nos autos com a antecedência estabelecida no art. 479 do Código de Processo Penal, apesar dos veementes protestos da defesa*", bem como utilizou um vídeo. Quanto ao mérito, sustenta que a decisão contrariou as

Acesso ao Sumário

provas dos autos, alegando, em síntese, que: a) "*as únicas provas que sustentam a denúncia, são as declarações da Nayara e o aparelho de telefone celular do acusado encontrado na residência da vítima*"; b) o depoimento da menor, "*desde quando coletado pela autoridade policial, sempre foi de quem não viu e não ouviu absolutamente nada porque se encontrava dormindo e tão logo sentiu o arrombamento da porta se cobriu ainda mais*"; c) "*na polícia consta ter ouvido o acusado conversando com a vítima, e em juízo afirma não ter ouvido a voz do acusado, mas, apenas, depois do arrombamento a vítima ter pedido que chamasse a polícia*"; d) "*conclusão outra não se poderia – ou pode – ter senão de que a menor somente passou a falar no nome do acusado depois que ambas as autoridades (policial e judicial) passaram a referenciar o acusado como autor do delito*"; e) quanto ao aparelho de celular, o acusado esclareceu que se encontrava em poder da vítima; f) a vítima estava namorando na data dos fatos com uma outra pessoa, que desapareceu da cidade após o crime; g) as provas não são suficientes para uma condenação; h) as qualificadoras também não restaram comprovadas. Requer a anulação do julgamento ou, ainda, a exclusão das qualificadoras, com a fixação de regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 433/440).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 446/453).

É o relatório.

Ab initio, não se vislumbra qualquer nulidade no julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

Alega o apelante que a acusação teria feito leitura e referência a documentos que não haviam sido juntados aos autos com a antecedência prevista no artigo 479 do Código de Processo Penal, bem como utilizado um vídeo, também não acostado aos autos.

Entretanto, da leitura da ata da sessão de julgamento não se verifica a existência de qualquer insurgência oportuna da douta Defesa a respeito de qualquer irregularidade dessa natureza (fls. 389/389vº):

> "Pelo Juiz Presidente foi feita a leitura do artigo 478 do CPP, advertindo as partes do seu inteiro conteúdo. Às 14h35min, a sessão foi suspensa para intervalo. Retomados os trabalhos às 14h50min, **foi dada a palavra à D. Promotora de Justiça, para a acusação do réu, oportunidade em que fez as saudações de estilo e pediu a condenação do acusado de acordo com a decisão de pronúncia**, encerrando seu pronunciamento às 16h25min. Em seguida, a sessão foi suspensa para intervalo. Reiniciados os trabalhos, às 16h48min, **o Meritíssimo Juiz deu a palavra ao Dr. defensor para a defesa do réu. Este se manifestou até às 18h24min. Fez as saudações de estilo e**

Acesso ao Sumário

pediu a absolvição do acusado por ausência de provas suficientes para a condenação. Dada a palavra à D. Promotora de Justiça esta dispensou a réplica, o que, consequentemente ensejou a dispensa da tréplica. Foram, então, pelo MM. Juiz Presidente declarados concluídos os debates, indagando o Magistrado aos senhores jurados se estavam habilitados a julgar a causa ou se precisavam de mais esclarecimentos, nos termos do artigo 480 e seus parágrafos do Código de Processo Penal. Obtendo a resposta de que estavam habilitados a julgar e dispensavam esclarecimentos, declarou que ia organizar os quesitos, o que fez com observância ao disposto no artigo 483 e seus incisos do Código de Processo Penal. Lidos os quesitos e explicada a significação legal de cada um, **o Meritíssimo Juiz, em obediência ao artigo 484, do Código de Processo Penal, indagou das partes se tinham algum requerimento ou reclamação a fazer. Obtendo das partes a resposta de que não tinham requerimentos ou reclamação a fazer, declarou que o Tribunal passaria a funcionar em caráter secreto**, dirigindo-se para a sala secreta, acompanhado do Conselho de Sentença, da Dra. Promotora de Justiça, do Defensor, comigo Escrivão e os Oficiais de Justiça no início citados". Grifei.

Ou seja, embora nas razões recursais se alegue que houve "*veementes protestos da defesa*", é nítido que, como sobejamente sabido, prevalece o conteúdo da Ata de Julgamento, não se confirmando a presença, em momento próprio, da necessária e expressa insurgência, cujo registro formal seria imprescindível para que se pudesse levar em conta a preliminar do apelante.

Não é possível, portanto, o acolhimento da arguição de nulidade formulada pelo apelante em suas razões recursais. Como visto, não há comprovação de qualquer mácula no julgamento, destacando-se que, naquela ocasião, não se insurgiu *formalmente* a Defesa e constou, expressamente, da Ata de Julgamento que as partes "*não tinham requerimentos ou reclamação a fazer*".

Assim, por um lado, não está confirmada a efetividade jurídica da alegada insurgência (já que nada se requereu que constasse em ata) e, por outro, trata-se de matéria preclusa (por ausência de oportuna e necessária reclamação a respeito que houvesse ficado consignada).

Passa-se ao exame do mérito.

Não se pode acolher a alegação de que a decisão do Conselho de Sentença foi contrária à prova produzida nos autos.

O réu foi pronunciado pela prática de homicídio qualificado por motivo fútil, uso de meio cruel e emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima e, ao final, foi condenado à pena já exposta no relatório *supra.*

A materialidade da morte da vítima está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 04/05), laudos de fls. 34/39 e 41/43, documentos e fotos de fls. 58/68, além do laudo de exame necroscópico de fls. 69/70, no qual concluiu-se

Acesso ao Sumário

que "*a causa da morte foi anemia aguda devido lesão na veia cava superior por ação de instrumento pérfuro-cortante*".

A autoria, da mesma forma, é incontroversa.

Como consta dos autos, na fase policial o filho do réu, Arinilton Pereira Barboza, afirmou: "*por diversas vezes meu pai reclamou comigo que Circe havia 'colocado outro homem para dentro de casa', 'na casa e na cama dele', antes de 'resolver tudo'; que meu pai também acrescentou que pessoas lhe falavam que Circe estava 'fazendo academia de ginástica', 'fez o cabelo', 'está assim e assado' e eu sei dizer que enquanto esteve casada com meu pai Circe nem se levantava para fazer comida quando ele ia trabalhar; que meu pai me dizia isso; que meu pai chorava e reclamava que estava 'doendo muito', 'angustiado', por saber da atual conduta de Circe, com a qual viveu por mais de vinte anos, mas não tiveram filhos; que meu pai também dizia que Circe 'colocou um homem muito rápido dentro de casa'; que eu percebia que isso 'doía' muito em meu pai; que eu acho que foi a desfeita de Circe que levou meu pai a este ato extremo hoje de manhã, assassinando sua ex-amásia*" (fls. 13/14).

Embora tenha se retratado dessas declarações em juízo, na primeira fase do procedimento, referidas palavras encontram eco nos demais depoimentos colhidos nos autos.

Também na fase policial, Nayara, neta da ofendida, prestou depoimento, na presença de seus pais, dizendo: "*estava dormindo com a avó Circe quando escutou alguém batendo na porta e a abriu com violência; que viu que a avó se levantou e reconheceu que a mesma conversava com Arenilton; que escutou que a avó pediu-lhe para chamar a polícia, mas não foi e cobriu a cabeça com um cobertor*" (fls. 09)

Na primeira fase do procedimento judicial, Nayara narrou, desta feita em juízo, que, no dia dos fatos, encontrava-se na casa da vítima, sua avó, dormindo no quarto, quando ouviu um barulho alto procedente da porta. Disse que era ruído de arrombamento. Chegou a se levantar e viu o réu, conhecido como "Barbosa", dentro da casa, mas voltou correndo para a cama e se cobriu, com medo. Contou que sua avó clamou por socorro e pediu que chamasse a polícia, mas a depoente não conseguiu. Afirmou que foi o réu quem matou sua avó. A depoente declarou, ainda, que soube por outra pessoa que o réu já havia agredido a ofendida anteriormente (cf. mídia digital – fls. 235).

Nos autos do inquérito, a testemunha Márcia Aparecida, declarou: "*há mais ou menos um mês passei a manter um relacionamento com Arenilton Pedro Barbosa e há uns oito dias ele passou a residir comigo em minha casa; que hoje, por volta de 01h20min, o filho de Arenilton, vulgo 'Tilão' ligou para o pai dizendo que precisava resolver uma questão; que Arenilton não me disse o que era e disse que ia ver o que o filho queria; que como era madrugada, me dispus*

Acesso ao Sumário

a ir com Arenilton e chegando a casa da filha dele, 'Tilão' chamou o pai para um lado e conversou com ele; que findada a conversa, Arenilton disse que vinha até a delegacia tratar de uma ocorrência envolvendo a filha; que eu me despedi dele e voltei para minha casa; que por volta de 04h30min eu liguei para Arenilton e lhe disse para voltar para casa e ele me disse que logo chegava; que dormi e acordei por volta de 06h30min e fui para o trabalho, sendo que Arenilton ainda não havia chegado; que por volta de 08h00 a polícia foi até meu trabalho e me comunicou que Arenilton havia esfaqueado e matado sua ex-amásia (Circe), da qual não sei o nome; que Arenilton comentou comigo há alguns dias que ficara sabendo que a ex- amásia havia 'arrumado outro homem', mas complementou que 'não estava nem aí', e que estava feliz em minha companhia; que hoje fiquei sabendo que um vizinho da ex-amásia de Arenilton havia lhe dito, ainda na madrugada, que a ex-amásia estava 'zombando da cara dele e ficando com outra pessoa', que não sou moradora recente desta cidade e não conheço a pessoa que comentou esse fato" (fls. 10/11).

Em Plenário, Márcia foi ouvida novamente, sem compromisso, por ser companheira do réu. Quando a vítima morreu, já namorava o réu, mas ele não morava com ela, apenas dormia na casa dela em alguns dias e também ficava na casa da irmã. Soube que Circe já tinha um novo namorado também. Disse que o réu comentou que ficou sabendo que ela tinha um namorado, e que ele estava contente e desejava que ela pudesse ser feliz como ele estava. Ouviu comentários de que depois do falecimento da vítima o namorado dela havia desaparecido da cidade. A depoente disse que o réu é um ótimo marido, trabalhador e dedicado à família. A depoente ouviu boatos de que a vida conjugal do réu e da vítima era estável e ele era um pai para os filhos dela. Houve desentendimentos com um filho e com uma filha dela, por causa de um terreno e que foi por causa disso que foi processado pela Lei Maria da Penha. A depoente disse que ouviu comentários de que a vítima tinha um temperamento "quente". A testemunha afirmou ter dito na Delegacia que o réu já morava com ela porque tinha esperança em Deus que isto ainda viesse a acontecer. Relatou que no dia dos fatos, estava em casa com o réu, quando o filho dele ligou, chamando-o, pois sua irmã havia se desentendido com a sogra. Saiu com o réu para ir à casa da filha dele. A depoente ficou lá pouco tempo e logo voltou para sua casa, porque não tinha muita intimidade com os filhos do réu. O réu foi para a casa da irmã. Disse que ligou para o réu pedindo que ele voltasse para casa, que disse que ainda estava conversando com o filho e iria dormir por lá, e só iria embora no dia seguinte. Negou ter ficado sabendo que um vizinho de Circe disse, naquela mesma madrugada, que ela estava zombando do Arenilton e ficando com outro (cf. mídia digital – fls. 409).

Acesso ao Sumário

Na fase policial, a testemunha Josefa Adenilda de Oliveira Peroba vizinha da vítima, prestou depoimento do seguinte teor: "*hoje, bem de manhã, em horário que não me recordo, escutei um barulho como se alguém estivesse*

'arrebentando' uma porta; que demorei um pouco e logo saí, quando vi que havia muitas pessoas na rua e logo notei que havia uma garotinha (Nayara) dentro do quintal da casa da vizinha Circe; que perguntei à mesma o que havia ocorrido e ela disse que sua avó estava caída na cozinha e sangrando; que então pedi a alguém que serrasse o cadeado do portão e entramos quando vi Circe caída no chão da cozinha, com um ferimento sangrante no peito de onde saia abundante quantidade de sangue; que ela tinha outros ferimentos pelo rosto e corpo; que Circe não disse mais nada somente respirava com dificuldade e tinha os olhos fechados; que a ambulância logo foi acionada e Circe foi encaminhada ao hospital de Ilha Solteira onde já chegou em óbito; que perguntei à neta de Circe, Nayara, quem havia feito aquilo com sua avó e ela me disse que fora o 'Barbosa', que é como é conhecido Arenilton, ex-amásio de Circe, e acrescentou que havia entrado debaixo da coberta porque havia ficado com medo dele mata-la também; que fiquei sabendo que Circe estava morando com um rapaz, que foi embora na sexta-feira para o Estado do Ceará, sendo que não conheci e nem sei quem é; que não vi se Arenilton foi até a casa de Circe discutir com a mesma acerca da pessoa que atualmente morava com ela" (fls. 12).

Em plenário, a testemunha Josefa Adenilda de Oliveira Peroba, vizinha da vítima, narrou que o réu chegou a morar com a réu, mas na época dos fatos não mais residiam juntos. No dia dos fatos, não ouviu nada, pois estava dormindo. Quando acordou, a vítima estava praticamente morta. Ajudou a socorrê-la. A depoente esclareceu que faz tratamento para depressão e tem dificuldade de se recordar de algumas coisas. Confirmou o que disse na Delegacia de Polícia, sobre ter ouvido um barulho como se alguém estivesse arrebentando uma porta. Depois dos fatos, encontrou Nayara, que estava fora da casa, quando a ambulância chegou. A depoente disse que viu a vítima caída no chão da cozinha, com uma poça de sangue. Confirmou que o depoimento que dera na fase policial foi espontâneo. Disse que falou a verdade na delegacia e que era o que se lembrava na época. Conhece o réu há certo tempo e disse que ele era uma boa pessoa. Não chegou a ouvir brigas entre o réu e a vítima. Na época dos fatos, chegou a ver passar na rua o namorado da vítima, mas não sabe se ele desapareceu. Não sabe se o réu namorava outra pessoa na época dos fatos. Conhece Márcia, atual companheira do réu, mas não sabe se na época dos fatos eles já estavam juntos (cf. mídia digital – fls. 409).

Ao ser interrogado, em Plenário, o réu negou a acusação. Disse que no dia dos fatos estava na casa de sua namorada, Márcia, quando seu filho telefonou. Foi então ajudar sua filha que estava discutindo com a sogra. Saiu da casa de Márcia às 01h20 da manhã. Depois, foi para a casa de seu irmão às 03h00 da manhã, de onde saiu no dia seguinte. Afirmou que viu sua filha naquela noite, tomando medicamento no posto de saúde. Não soube dizer por que ela disse na Delegacia que não o tinha visto. Afirmou que o celular que fora encontrado

Acesso ao Sumário

próximo à casa de Circe, foi comprado por ele e dado de presente para a vítima. Como o celular que usava quebrou a tela, pediu um aparelho emprestado a Circe e ficou usando. No dia dos fatos, quando saiu com a Márcia da casa desta e, no caminho, em frente ao Shopping Santander, Circe o chamou e perguntou do celular. Ela pediu o aparelho e disse que depois entregaria o chip para ele. Ele então entregou o aparelho a ela e continuou seu caminho. O interrogando disse que embora tivesse saído com Marcia e fossem para o mesmo local, cada um seguiu por uma rua diferente, porque a cidade era pequena e ele não queria expor seu namoro. Disse que era 1:30 da manhã e a rua estava cheia de gente. Negou ter problemas de relacionamento com Nayara e não soube dizer por que ela teria inventado que ouvira a voz dele na casa da vítima. Confirmou que havia medidas protetivas que o impediam de se aproximar da vítima e de sua residência. Disse que o seu filho estava bêbado quando foi ouvido na Delegacia. Cerca de quatro meses antes de seu falecimento, a vítima registrou um Boletim de Ocorrência contra o réu, por agressão. Contudo, disse que na verdade ele se desentendeu com o filho da vítima, por causa de um terreno, que partiu para cima do réu (cf. mídia digital – fls. 410).

Em face do acervo probatório exposto, todavia, não há que se alegar que a decisão contrariou a prova dos autos pelo fato do Conselho de Sentença haver reconhecido a autoria, mesmo porque também lastreada nas palavras das testemunhas ouvidas nas diversas fases do procedimento.

Note-se que, como visto, o próprio filho do acusado, Arinilton, chegou a declarar: "*meu pai também dizia que Circe 'colocou um homem muito rápido dentro de casa'; que eu percebia que isso 'doía' muito em meu pai; que eu acho que foi a desfeita de Circe que levou meu pai a este ato extremo hoje de manhã, assassinando sua ex-amásia*".

E, conforme também consignado acima, Nayara, neta da vítima, confirmou, em juízo, que, imediatamente antes da vítima ser morta, ouviu ruído de arrombamento viu que era o réu, o qual ingressara na casa. Ela voltou correndo para a cama e se cobriu, com medo, mas ouviu sua avó pedir socorro e que chamasse a polícia, o que a depoente não conseguiu fazer. Afirmou que foi o réu quem matou sua avó.

No mais, verifica-se que, no contexto propiciado pelo conjunto da prova, mostra-se perfeitamente compreensível que os jurados tenham decidido pela condenação.

Assim, além da versão exposta pela douta Defesa se achar desprovida de elementos probatórios seguros que a confirmem, tem-se que, ao revés, a análise da prova dos autos, como demonstrado acima, traz indicações em sentido contrário, que não permitem entender que a decisão do Conselho de Sentença foi *manifestamente contrária* à prova dos autos (hipótese que autorizaria o

Acesso ao Sumário

acolhimento de apelo contra a decisão do Tribunal do Júri).

Assim, os jurados não afrontaram o acervo probatório ao desacolherem a tese de negativa de autoria.

O Conselho de Sentença reconheceu, ainda, a presença das três qualificadoras: motivo fútil, uso de meio cruel e de recurso que dificultou a defesa da ofendida.

Com efeito, o filho do réu, quando na fase policial, declarou que o pai não se conformava com o término do relacionamento com a vítima. Além disto, restou incontroverso, pela prova oral produzida, que o réu e a vítima haviam mantido um relacionamento amoroso por muitos anos, já findo, e que ela partira para uma nova relação.

É possível, outrossim, entender que a vítima foi colhida de surpresa, em sua residência, durante o período de repouso, o que permite o acolhimento da qualificadora da utilização de recurso que dificultou a sua defesa.

E, finalmente, de acordo com o laudo necroscópico de fls. 69, a causa da morte da vítima foi "*anemia aguda devido lesão na veia cava superior por ação de instrumento pérfuro- cortante*". Esta conclusão, cotejada com as fotografias de fls. 66/68, não permite afastar a possibilidade de que à vítima tenha sido infligido grande sofrimento por ocasião de sua morte. O profundo ferimento fotografado a fls. 66, em especial, demonstra a aparente intensidade da violência na ação em tela e, também por sua localização, corrobora o acolhimento da qualificadora pelos jurados.

Efetivamente, o Conselho de Sentença considerou, na interpretação da prova testemunhal e técnica e na esfera de sua soberania, ante as peculiaridades do caso, reconheceu a presença das referidas qualificadoras.

Assim, como a decisão do Júri se baseou em tese acusatória amparada por elementos de convicção trazidos aos autos, descabe cogitar de contrariedade do julgado com a prova. A reforma só se justifica quando a decisão é arbitrária, por não encontrar apoio algum nos elementos colhidos, seja durante a instrução, seja em plenário. Tal discrepância não se verificou no caso.

No sentido de que a opção do Conselho de Sentença por versão fluente da prova deixa hígido o julgamento é o comentário de Guilherme de Souza Nucci:

> "Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: esta é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização

Acesso ao Sumário

de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Conferir: STJ: "Não cabe aos tribunais analisar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas verificar se a decisão do Tribunal Popular está completamente divorciada da prova dos autos. Isso porque reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões e teses porventura discrepantes, optar pela qual lhe pareça mais razoável. Assim, ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de sua função constitucional." (HC 201812 – SP, 5ª T. rel. Marco Aurélio Belizze, 07.08.2012, v.u.)" – (in Código de Processo Penal Comentado, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 1048)

Assim, na hipótese vertente, ante o já ponderado, deve ser mantido o veredicto.

Quanto à dosimetria, cabe alteração.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, considerando-se o reconhecimento das três qualificadoras pelos jurados.

Anote-se ser possível esse entendimento de que uma das qualificadoras serve para qualificar o delito, enquanto as outras podem ser sopesadas como circunstâncias do crime ou como agravantes, porquanto geradoras do aumento de seu potencial lesivo e reveladoras de mais intenso dolo do agente, mesmo porque entender de forma diversa implicaria equiparar um homicídio triplamente qualificado (que evidentemente corresponde a conduta merecedora de maior reprovação) a outro em que houvesse apenas uma qualificadora.

Acesso ao Sumário

A respeito, confira-se a jurisprudência assente do C. Superior Tribunal de Justiça: "*A Quinta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que, diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, somente uma enseja o tipo qualificado, enquanto as outras devem ser consideradas circunstâncias agravantes, na hipótese de previsão legal, ou, de forma residual, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal*." (HC 220.526/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

Logo, se três foram as qualificadoras reputadas presentes, tem-se que uma já serviu para qualificar o delito, restando as duas outras, que o Juízo sopesou na primeira fase. Mas, computando-se a fração de um sexto para cada uma delas, conclui-se que cabe um aumento na proporção de dois sextos. Ou seja, 1/3 (um terço).

A pena-base, portanto, deve ficar em 16 (dezesseis) anos de reclusão (e não em 16 anos e 04 meses de reclusão, como estabelecido em sentença).

Nas fases seguintes, não configuradas agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição.

Fica, portanto, consolidada a pena acima mencionada.

Em face da quantidade da pena final e da natureza do delito (que é hediondo), como bem decidido na sentença, o regime prisional inicial deve ser o fechado.

Diante do exposto, dou **parcial provimento** ao recurso, somente a fim de reduzir a pena do réu para 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicial fechado. Após o esgotamento das vias recursais ordinárias, providencie-se o necessário para a expedição de mandado de prisão, nos termos do decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP (Rel. E. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016), reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 43 e 44, em 05/10/2016.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002382-58.2016.8.26.0372, da Comarca de Monte Mor, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUCIANO DE ARRUDA.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para, quanto ao delito de roubo duplamente circunstanciado, elevar a pena imposta ao réu ao patamar de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso, ficando mantida, no mais, a r. decisão ora hostilizada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.849)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 26 de julho de 2018.

Acesso ao Sumário

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Roubo majorado e corrupção de menores – Recurso do Ministério Público – Pretensão de que o recorrido seja condenado pela prática do crime de porte de arma de fogo com numeração suprimida – Inadmissibilidade – Porte ilegal de arma – Meio para a prática do roubo – Absorção – Princípio da consunção – A utilização da arma de fogo ilegalmente portada para a prática do crime de roubo é por este absorvida – Majoração da pena base acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como para aplicar a causa de diminuição prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, em seu redutor mínimo – Admissibilidade – Recorrido que agiu com dolo acima do normal para a espécie, pois abordou a vítima com uma coronhada na cabeça, arrancou-a do veículo e arrastou-a pelo chão, assim como apontou a arma de fogo na direção de duas crianças, que contavam com apenas oito e dez anos de idade – Réu que chegou muito próximo da consumação do delito – Imperiosa a redução da pena em somente 1/3 (um terço), tendo agido com dolo normal à espécie – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação criminal, interposta pelo Ministério Público, contra a r. decisão de fls.169/173, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar parcialmente procedente a ação penal, condenou o réu Luciano de Arruda, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 02 anos e 09 meses de reclusão, além do pagamento de 06 dias-multa, no piso, bem como, condená-lo como incurso no artigo 244- B do ECA, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 ano de reclusão, em concurso material de crimes, na forma do artigo 69 do Código Penal, totalizando a pena de 03 anos e 09 meses de reclusão, e o pagamento de 06 dias-multa, no piso. Em seguida, o Magistrado absolveu o acusado do crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do

Acesso ao Sumário

Código Processual Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público, com razões de apelação às fls. 175/182, nas quais requer a exasperação da reprimenda corporal imposta ao apelado, fixando-se a pena base acima do mínimo legal, assim como a diminuição em 1/3 da pena em razão da tentativa. Por fim, requer seja o recorrido condenado pela prática do crime de porte de arma de fogo com numeração suprimida.

Recurso regularmente processado e contrariado pela ilustre defesa (fls. 190/193).

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se a fls. 233/241, apresentando parecer pelo parcial provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 09 de agosto de 2016, por volta das 00h45min, na Rua João Carlos de Lima, numero 787, Carimã, na cidade de Elias Fausto e comarca de Monte Mor, o acusado, previamente ajustado com o adolescente Felipe Alves da Silva, agindo em concurso e com unidade de propósitos, tentou subtrair, para ambos, mediante grave ameaça e violência exercidas com emprego de arma de fogo contra Ana da Costa, Paulo Sérgio da Silva e outras vítimas - inclusive duas crianças, um veículo Fiat/Uno 2012 e bens que se encontravam no interior da residência das vítimas supramencionadas, dentre eles uma televisão LG de 42 polegadas e um aparelho celular da marca Motorola, preto, somente não se consumando o delito em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, vez que a polícia militar foi acionada e surpreendeu os agentes durante a prática do crime.

Consta também que nas mesmas circunstâncias de data e local, o recorrido portava arma de fogo, tipo revólver, calibre 38, marca Rossi, com numeração suprimida, municiada com 05 (cinco) cartuchos íntegros, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Por fim, consta que nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar mencionadas, corrompeu o adolescente Felipe Alves da Silva, com ele praticando o delito de roubo tentado já mencionado.

Estes são os fatos.

O apelo interposto pelo "*parquet*" comporta parcial provimento.

Materialidade e autoria do delito restaram amplamente demonstradas ao longo da persecução penal, tanto que sequer existe impugnação recursal da defesa, sendo certo que a r sentença condenatória somente não transitou em julgado em razão do presente recurso da acusação, visando modificar aspectos inerentes à dosimetria da pena com relação ao crime de roubo circunstanciado e condenação no que se refere ao porte ilegal de arma de fogo.

Inicialmente, analisa-se a pretensão ministerial com relação ao crime de

Acesso ao Sumário

porte ilegal de arma de fogo.

Com relação à condenação pelo delito acima aludido, em que pese o entendimento firmado pela ilustre representante do *parquet*, verifica-se que portar arma de fogo foi meio para a prática do crime roubo majorado, ficando, por conseguinte, absorvido pela execução desse delito, em respeito ao princípio da consunção.

Com efeito, a absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de roubo pressupõe que as condutas tenham sido praticadas em um mesmo contexto fático, guardando entre si uma relação de dependência ou de subordinação, como no caso vertente.

Desse modo, o crime de porte ilegal de arma de fogo é absorvido pelo delito de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar demonstrado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os crimes foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que o crime de roubo e o porte ilegal de arma, quando em concurso, há de se considerar o princípio da consunção, onde o crime fim (roubo) absorve o crime meio (porte ilegal). Recurso conhecido em parte e, nesta parte, provido para a fixação da pena do crime de roubo, somente." (REsp 683.109/DF, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ 7/3/05 - grifei).

"PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33 C/C O ARTIGO 40, I, TODOS DA LEI Nº 11.343/06. ROUBO QUALIFICADO. ARTIGO 157, PARÁGRAFO SEGUNDO, I, DO CP. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, ACESSÓRIOS E MUNIÇÕES DE USO PROIBIDO E ARMA DE FOGO COM A NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ARTIGOS 14, 16, CAPUT, E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, TODOS DA LEI Nº 10.826/2003. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIOS E MUNIÇÕES DE USO PROIBIDO PELO DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. 1. Materialidade e autoria dos delitos de tráfico internacional de entorpecentes, roubo qualificado, porte ilegal de arma de fogo, acessórios e munições de uso proibido e de arma de fogo com a numeração suprimida, devidamente comprovados nos autos, em face do conjunto probatório que bem demonstra a ocorrência dos fatos imputados ao réu na denúncia. 2. Verifica-se, no caso em exame, a incidência do princípio da consunção, considerando que o uso permitido

de arma de fogo, acessório e munições de uso proibido e arma de fogo com a numeração suprimida, conduta anterior, que se têm como crimes autônomos, estão absorvidos pelo crime de roubo. O crime de roubo qualificado foi praticado no mesmo contexto fático dos demais crimes, sendo estes consecução para a prática daquele. 3. Dosimetria da pena estabelecida nos termos das disposições legais aplicáveis à espécie, não se configurando qualquer desproporcionalidade, ou ocorrência de bis in idem a justificar sua alteração.

4. Apelação parcialmente provida." (ACR 0003215-65.2009.4.01.3601/MT, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1 p.128 de 20/01/2011 - grifei) Diante disso, considerando a impossibilidade de dupla apenação quanto aos crimes de roubo (artigo 157, parágrafo segundo, incisos I, II e V, do Código Penal) e porte ilegal de arma de fogo (artigos 14, caput e 16, IV, ambos da Lei nº 10.826/2003), mantenho a r. sentença, nesse ponto.

Passa-se à análise do apelo ministerial, no que se refere à dosimetria.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso.

O Ministério Público pretende a exasperação da pena-base sustentando que na mensuração da pena-base para fixação da reprimenda corporal devem ser observados os motivos, as circunstâncias e, sobretudo, as consequências do crime, sem olvidar da conduta social, personalidade e antecedentes do agente, e bem assim a necessidade e suficiência na reprovação e prevenção do crime.

Correto o entendimento esposado pelo ilustre representante do parquet.

Saliente-se que no caso em comento o recorrido agiu com dolo acima do normal para a espécie, pois abordou a vítima com uma coronhada na cabeça, arrancou-a do veículo e arrastou-a pelo chão para ingressar no imóvel.

Acrescente-se que no interior do imóvel, o recorrido apontou a arma de fogo na direção de duas crianças, que contavam com apenas oito e dez anos de idade, consoante depoimentos colhidos em audiência.

Outrossim, os depoimentos dos ofendidos comprovam os graves traumas sofridos por eles e pelas crianças que lá estavam, assim como a gravidade das consequências deixadas pelo delito em suas vidas.

Assim, no que toca à majoração da pena-base em virtude da culpabilidade, havida para fins de dosimetria como reprovabilidade concreta da ação delitiva, que, no caso específico, se reveste de maior censurabilidade por ter o réu agredido cruelmente a vítima com coronhada na cabeça e arrastando-a e ainda apontado a arma de fogo para duas crianças, num ato de extrema covardia, a pena deve ser majorada em 1/2.

Isto porque, a violência usada na ação do réu foi absolutamente

Acesso ao Sumário

desproporcional e extrapolou os limites da violência inerente ao tipo penal, em casos análogos.

Desta feita, eleva-se a pena-base em 1/2 (metade), fixando-a em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias- multa.

Na fase seguinte, ausentes atenuantes ou agravantes, razão pela qual a pena fica mantida no patamar acima aludido.

Na última etapa, levando-se em conta a majorante do emprego de arma e concurso de agentes, mantido o aumento de 3/8, resultando em 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no piso.

Posteriormente, tendo em vista o reconhecimento da tentativa, o douto magistrado entendeu por bem reduzir a pena em ½ (metade).

O Ministério Público apela, visando à diminuição mínima da pena em razão da tentativa, isto é, redução de somente 1/3 (um terço) da reprimenda.

Razão também lhe assiste.

Insta frisar que o critério para redução da pena leva-se em conta o *extenso iter criminis* percorrido pelo agente.

Quanto maior a proximidade da consumação, menor será a diminuição da pena, e vice-versa.

Nesse sentido:

"A tentativa constitui-se em causa obrigatória de diminuição da pena. Incide na terceira fase de aplicação da pena privativa de liberdade, e sempre a reduz. A liberdade do magistrado repousa unicamente no quantum da diminuição, balizando-se entre os limites legais, de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Deve reduzi-la, podendo somente escolher o montante de diminuição. E, para navegar entre tais parâmetros, o critério decisivo é a maior ou menor proximidade da consumação, é dizer, a distância percorrida do iter criminis" (Masson Cleber. "Direito penal esquematizado – parte geral – volume 1". 9ª ed. São Paulo: Método, 2015 – p. 393).

Acesso ao Sumário

Na mesma toada, confira-se a jurisprudência do Pretório Excelso:

"A quantificação da causa de diminuição de pena relativa à tentativa (art. 14, II, CP) há de ser realizada conforme o iter criminis percorrido pelo agente: a redução será inversamente proporcional à maior proximidade do resultado almejado" (STF – Rel. Ministro Gilmar Mendes – 2ª Turma – HC nº 118.203/MT – j. 15/10/2013).

No caso dos autos, o réu percorreu longo caminho do crime, chegando muito próximo de sua consumação, eis que adentrou na casa da vítima, anunciou o roubo e mostrou a arma de fogo, gerando grande temor à vítima, atingindo-a com coronhadas. Vê-se que a grave ameaça e a violência foram exercidas,

faltando somente a subtração, a qual estava prestes a ocorrer, que não aconteceu apenas por circunstâncias alheias à vontade do agente, isto é, graças a pronta ação policial.

Portanto, diante da grande proximidade da consumação do crime, imperiosa a aplicação do redutor da tentativa em seu patamar mínimo, ou seja, em somente 1/3 (um terço), fixando ao acusado a pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso.

Via de consequência, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para, quanto ao delito de roubo duplamente circunstanciado, elevar a pena imposta ao réu ao patamar de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso, ficando mantida, no mais, a r. decisão ora hostilizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017058-77.2010.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GILSON XAVIER DE MAGALHÃES.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso ministerial, anulando-se a ação penal desde o recebimento da denúncia em razão da ilegitimidade *ad causam* para propositura da ação penal com relação às mídias eletrônicas (DVD) de jogos, de títulos diversos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.253)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Apelação criminal. Violação de direito autoral. Absolvição pelo Juízo *a quo*. Recurso ministerial pretendendo a condenação nos termos da denúncia. Ilegitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação penal. Inteligência do art. 12, §3º, da Lei nº 9.609/98. Anulada a ação penal. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

GILSON XAVIER DE MAGALHÃES foi denunciado como incurso no art. 184, §2º, do Código Penal.

Por decisão de fls. 59/61 foi absolvido da imputação da exordial com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (não constituir o fato infração penal).

Dessa decisão recorreu o i. Representante do Ministério Público postulando a reforma da decisão para que seja recebida a denúncia (fls. 64/68).

Foi contrariado o reclamo e a D. Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso (fls. 71/72 e 77/79).

É o relatório.

Consta dos autos que GILSON XAVIER DE MAGALHÃES, ora apelado, no dia 22 de junho de 2010, por volta das 10:30 horas, na Avenida Inocêncio Seráfico, nº 3913, em Carapicuíba, expôs à venda 200 mídias eletrônicas (DVD) de jogos, de títulos diversos, produtos estes produzidos com violação de direito autoral.

Conforme se apurou, Policiais Civis realizavam diligências pelo local dos fatos, para averiguar informação de venda de produtos falsificados em estabelecimento comercial. Em abordagem, constataram a exposição de 200 mídias eletrônicas (DVD) de jogos, de títulos diversos, os quais foram periciados.

O pleito ministerial não merece acolhida dada a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para propor a ação penal no que tange à exposição à venda das 200 mídias eletrônicas (DVD) de jogos, de títulos diversos.

Em primeiro lugar, cabe determinar que a Lei a ser aplicada no caso em tela é a Lei nº 9.609/98 (Lei de *Softwares*), e não o Código Penal, em função da observância do Princípio da Especialidade.

O Código Penal, em seu art. 184, §2º, trata de violação dos direitos autorais no que tange a "obra intelectual ou fonograma". A Lei nº 9.609/98, por sua vez, traz, em seu art. 12, *caput*, a problemática da violação de "programa de computador", sendo este conceito definido, pelo art. 1º do mesmo diploma legal, da seguinte forma:

> *"Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados".*

A questão inerente ao caso concreto em análise traz o conceito de "jogo de videogame". Por meio de um exercício de subsunção, parece ser claro que

Acesso ao Sumário

este conceito mais se aproxima de "programa de computador", nos termos da Lei nº 9.609/98.

Pelo exposto, e com a resolução do conflito de normas com a observância do Princípio da Especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral ("lex specialis derogat legi generali"), temos que a Lei a ser aplicada neste caso é, de fato, a Lei de Softwares, inclusive porque a Lei citada instituiu um regime peculiar, diverso do regime trazido pelo Código Penal, ao trato dos crimes de violação autoral de programa de computador. Inclusive, neste sentido, leciona Denis Borges Barbosa:

> *"A par da aplicação subsidiária da Lei 9.609/98 para definir-se o conteúdo civil do direito de exclusiva sobre os programas de computador, a lei especial institui um regime próprio, e excludente, da sancionamento penal das violações do direito. Assim, não se aplica o disposto no Código Penal, art. 184, mas a lei especial".*

O art. 12, § 3º, da referida Lei afirma que os crimes trazidos pelo *caput* somente serão processados e julgados mediante queixa. Nestes termos, é imprescindível a apresentação de queixa do ofendido em relação ao crime de violação de direitos autorais de programa de computador contido nos autos, e não há que se falar em prescindibilidade da queixa em função da alteração legislativa do art. 186 do Código Penal, trazida pela Lei nº 10.695/03, pela qual a ação penal nos crimes de violação de direitos autorais trazidos pelos §§1º e 2º do art. 184-CP seria pública incondicionada. Em verdade, esta alteração apenas se aplica aos crimes de violação de direito autoral tratados no Código Penal e, como já foi exposto, a Lei de Softwares inaugurou novo regime de trato jurídico-penal em relação a crimes de violação de direitos autorais de programas de computador, afastando a incidência do Código Penal.

Neste sentido:

> *"16. Ação privada: a regra, para os delitos descritos nesta Lei, é a ação de iniciativa do ofendido. Entretanto, deve-se ressaltar que, no contexto dos crimes contra a propriedade intelectual em geral (art. 184, CP), passou-se a considerar de ação pública incondicionada os casos que envolvessem o intuito de lucro. Se assim fosse aplicado nesta Lei, as condutas previstas no art. 12, 1. º e 2.º, deveriam ser de ação pública incondicionada. Porém, a alteração introduzida no Código Penal não abrange esta Lei, que é especial. Mantém-se, pois, a ação privada"* (NUCCI, 2014, p. 64).

Além disso, a aplicação por analogia do art. 186, do Código Penal, na presente Apelação seria prejudicial ao réu, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, é de rigor a anulação da ação penal, desde o recebimento da

Acesso ao Sumário

denúncia, no que tange a contrafação das mídias eletrônicas (DVD) de jogos, de títulos diversos, em virtude da ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, nos termos do parecer da d. Procuradoria de Justiça.

Isso posto, **nega-se provimento ao recurso ministerial, anulando-se a ação penal desde o recebimento da denúncia em razão da ilegitimidade *ad causam* para propositura da ação penal com relação às mídias eletrônicas (DVD) de jogos, de títulos diversos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001396-92.2013.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante ANTONIO CARLOS BORTOLINI, 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: "Julgaram prejudicado o exame do mérito do apelo, reconhecendo a prescrição retroativa e, por consequência, DECLARARAM, de ofício, a extinção da punibilidade de Antônio Carlos Bortoloni, com fulcro nos artigos 107, IV, 109, VI e 110, §1º, todos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.030)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. CRIME DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA.

Pretendida a absolvição por inocorrência dos delitos ou insuficiência probatória dos mesmos. *Reconhecimento de prescrição que prejudica o mérito.* Condenado, pelo art. 306 do CTB, a 06 meses de detenção, 10 dias-multa e 03 meses de suspensão da habilitação, e 06 meses de detenção pelo art. 331 do CP. Conforme art. 119 do CP, pena, em caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide em cada pena,

Acesso ao Sumário

isoladamente. Assim, entre a data do recebimento da denúncia (09/08/2013) e a da publicação da sentença (07/07/2017), mais de 03 anos se passaram (art. 109, VI, do CP), verificando-se a ocorrência da *prescrição retroativa* – art. 107, IV, c.c. 109, VI, 110, §1º e 119, todos do Código Penal.

Reconhecida prescrição, com extinção de punibilidade.

VOTO

VISTO.

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto pelo acusado **ANTONIO CARLOS BORTOLINI** contra sentença penal condenatória proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Amparo (publicada em 07 de julho de 2017 – fls. 123).

Segundo o descrito na inicial acusatória, o **apelante** foi denunciado por infração ao artigo 306, da Lei 9503/97 e artigos 331 e 129, c.c. artigo 14, II, todos do Código Penal, porque, em 10 de março de 2013, por volta das 14h15minutos, na Rua Madre Maria Emília nº 129, cidade e comarca de Amparo, conduziu veículo automotor, em via pública, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.

Consta, ainda, que na mesma oportunidade e local, o **apelante** desacatou funcionário público no exercício de suas funções. Por fim, consta que nas mesmas circunstâncias e local, o increpado tentou ofender a integridade corporal de *Daniel Morandin Verzoli*, só não consumando seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade.

Conforme apurado, na ocasião, o **apelante** estava na direção do veículo VW/Gol 1000, bege, placas BNN 4375, sendo que, momentos antes, havia ingerido bebida alcoólica. Estando embriagado, acabou por perder o controle do veículo e subiu na guia. Policiais Militares estiveram no local e constatam sua embriaguez. Ele (**apelante**), ao ser conduzido ao hospital para retirada de sangue, para exame, acabou desacatando o investigador Daniel, chamando-o de "*vagabundo*" e "*bosta*". De volta à Delegacia, ao saber que estava sendo preso em flagrante, tentou agredir *Daniel* com um soco. Porém, contido a tempo pelo Guarda Municipal Ferreira e pelos policiais Cimenton e Batista.

Após o devido processamento, foi extinta a punibilidade do **apelante** em relação ao artigo 129, "caput", c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal, em razão da prescrição da pretensão punitiva (artigo 107, IV, do Código Penal), mas foi **condenado**, por incurso no **artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e artigo 331, do Código Penal, em concurso material, à pena de 01 (um) ano de detenção, regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa,**

Acesso ao Sumário

piso mínimo, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo período de 03 (três) meses. Substituída a pena corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, em local a ser designado pelo Juízo da Execução. Facultado apelo em liberdade.

Recorre o **apelante**, postulando sua absolvição por inocorrência dos delitos ou insuficiência probatória, por alegar que, na verdade, na ocasião não conduzia seu carro, mas dormia dentro dele. Sendo que, tendo sido acordado pelo policial, desesperou-se. Por isso mesmo, acabou proferindo insultos contra o agente da polícia, mas despido da intenção de ofendê-lo (fls. 131/133).

Certidão de trânsito em julgado para o Ministério Público em 24/07/2017 (fls. 140).

Contrarrazões às fls. 136/139, pelo não provimento, com manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça no sentido do reconhecimento, preliminar, da prescrição da pretensão punitiva, decretando a extinção da punibilidade do réu, e, no mérito, pelo improvimento do recurso (fls. 146/153).

É o relatório.

Observa-se que o réu foi condenado à pena de **06 (seis) meses de detenção, pagamento de 10 (dez) dias-multa e suspensão da habilitação por 03 (três) meses, para do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro** (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada pelo álcool) **e 06 (seis) meses de detenção pelo crime do artigo 331 do Código Penal** (desacato), individualmente consideradas as penas, conforme exige artigo 119 do Código Penal. Não houve interposição de recurso pelo Ministério Público.

O artigo 109, VI, do Código Penal estabelece que a prescrição para pena abaixo do 01(um) ano opera-se em 03 (três) anos. De modo que a denúncia foi recebida em 09 de agosto de 2013 (fls. 41) e a sentença publicada em 07 de julho de 2017 (fls. 123). Assim, observa-se que se operou a *prescrição retroativa* (artigo 110, §1º, do Código Penal), pois já decorrido prazo superior a 03 (três) anos dentro do período mencionado (entre recebimento da denúncia e publicação da sentença condenatória).

Operou-se, portanto, a prescrição da ação, que é matéria de ordem pública e deve ser reconhecida de ofício nesta sede recursal, prejudicada análise de mérito.

Face ao exposto, por meu voto, prejudicado o exame do mérito do apelo, **reconheço** a **prescrição *retroativa*** e, por consequência, **DECLARO**, de ofício, a **extinção da punibilidade** de Antônio Carlos Bortoloni, com fulcro nos artigos 107, IV, 109, VI e 110, §1º, todos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000762-18.2015.8.26.0187, da Comarca de Fartura, em que é apelante ANSELMO APARECIDO ROSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de Anselmo Aparecido Rosa para que, mantendo-se no mais a r. sentença, fiquem suas penas reduzidas para 01 (um) ano de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, conservada apenas a substitutiva da corporal relativa a prestação de serviços à comunidade, na forma determinada, por incurso nas sanções do artigo 299, *caput*, do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 35.308)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 9 de agosto de 2018.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGAÇÃO DE QUE O APELANTE DEVE SER ABSOLVIDO, POR ATIPICIDADE DA SUA CONDUTA, QUE NÃO CAUSOU LESIVIDADE SOCIAL, NEM PREJUÍZO AO BEM JURÍDICO TUTELADO, ENSEJANDO A OCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 299, *CAPUT*, DO CP.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO EM INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NA R. SENTENÇA.

CASO EM QUE AS PENAS, TODAVIA, ESTÃO A MERECER REPAROS, A MENOR.

Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Anselmo Aparecido Rosa, que se viu condenado ao cumprimento da pena corporal de um ano e três meses

de reclusão, em regime prisional aberto, mais o pagamento de doze dias-multa, fixados no valor mínimo, substituída a corporal por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços a comunidade, pelo tempo da pena substituída, e pecuniária consistente no pagamento de dois salários mínimos, por infração aos ditames do artigo 299, caput do Código Penal (fls. 75/78).

Aduz a Defensoria do apelante que a r. sentença deve ser reformada, a fim de que ele seja absolvido, alegando atipicidade de sua conduta, visto que não houve lesividade social, nem prejuízo ao bem jurídico tutelado, ensejando a ocorrência de crime impossível (fls. 99/107).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que postula o seu desprovimento (fls. 111/114).

E a d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Paulo Juricic, se pronunciou pelo parcial provimento do apelo, para o fim de que sejam reduzidas as penas aplicadas (fls. 122/126).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Há que se prover parcialmente o recurso defensivo.

O apelante foi condenado por ter feito inserir em documento público, no caso o boletim de ocorrência nº 330/2014, declaração falsa, consistente no modo como recuperou sua motocicleta antes furtada.

Interrogado em Juízo, asseverou que ficou inconformado com o furto de sua motocicleta, que havia comprado com muito custo, e tendo escutado dizer que na cidade próxima de Carlópolis, no Estado do Paraná, havia muitos veículos roubados, para lá se dirigia com constância, na esperança de reaver o seu bem, até que, em determinado dia, avistou um varão a transitar com sua motocicleta, o seguiu, e esperou que ele a estacionasse, e na posse de sua chave e ignição e dos seus documentos, dela se apossou e retornou para sua casa. Como o veículo estava com bloqueio nos registros oficiais, se dirigiu à Delegacia, na qual havia registrado o furto, e com receio de que tivesse que se envolver na investigação para chegar ao furtador, declarou que havia recebido telefonema anônimo dando conta do local onde o veículo se encontrava, destacando que após ter sido confirmado que se tratava mesmo de sua motocicleta, suas declarações foram registradas em boletim de ocorrência, e culminaram com o desbloqueio do bem nos órgãos oficiais (mídia de fl. 82).

Acesso ao Sumário

E a par da sua confissão, a prova oral deu conta de demonstrar a sua responsabilidade penal no episódio.

Ana Paula R.Varrasquim, policial civil, relatou que foi a responsável por registrar o boletim de ocorrência de encontro da motocicleta, confirmando que o acusado disse na ocasião que recebeu telefonema anônimo, indicando que a sua motocicleta estava abandonada na Rodovia, e que ele havia se dirigiu ao local e a recuperado, frisando que foram realizadas as verificações necessárias

de praxe, a fim de ser confirmada a origem do bem, e ser dada baixa no bloqueio antes realizado (mídia de fl. 82).

E Marco Adriano Valente, também policial civil, narrou que após o registro do boletim de ocorrência, em razão de investigações que estavam em curso sobre vários furtos que ocorriam na cidade, resolveu averiguar as ligações anônimas que o réu afirmou ter recebido, a fim de chegar ao autor desse e dos outros crimes, frisando que foi autorizada e feita a quebra do seu sigilo telefônico, na qual nenhuma ligação foi constatada, culminando por ter ele esclarecido que havia mentido em suas declarações, pois acreditava que seria mais fácil registrar o boletim de encontro do veículo naquele Distrito, sabendo o depoente, posteriormente, que ele o havia vendido para terceiro, que constatou o bloqueio no momento da transferência para o seu nome, daí porque o comparecimento do acusado na Delegacia (mídia de fl. 82).

A conduta do réu é típica, pois, conforme ficou demonstrado, fez inserir declaração falsa em documento oficial, alterando fato juridicamente relevante, visando o desbloqueio do seu veículo, interferindo em investigação em curso, que teve o foco dos trabalhos desviado, criando falsa expectativa de possível elucidação de vários crimes que ocorriam na cidade, movimentando a máquina judiciária com ações que sabia ser desprovidas de fundamento.

Houve, sim, prejuízo de ordem institucional, uma vez que o policial atuante necessitou desviar o trabalho que desempenhava para averiguar a falsa pista dada pelo apelante, o que torna típica a sua conduta.

Todavia as penas básicas merecem redução, em razão da ausência da futilidade reconhecida, sendo que a conduta típica não ensejou graves consequências, vez que a mera quebra do sigilo telefônico deu conta de demonstrar a falsidade das declarações do réu.

Deverá, pois, cumprir a pena de um ano de reclusão, mais o pagamento de dez dias-multa, fixados como na r. sentença, mantida apenas a substituição da corporal operada pela restritiva de direitos atinente a prestação de serviços à comunidade.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao apelo ajuizado em favor de **Anselmo Aparecido Rosa** para que, mantendo-se no mais a r. sentença, fiquem suas penas reduzidas para 01 (um) ano de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias- multa, conservada apenas a substitutiva da corporal relativa a prestação de serviços à comunidade, na forma determinada, por incurso nas sanções do artigo 299, *caput*, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0036626-72.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GENIVALDO FERREIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao reclamo ministerial para, reconhecida a prática de dois crimes em concurso formal, bem como as causas de aumento previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal, impor a Genivaldo Ferreira dos Santos as penas de 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, além 28 dias-multa. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.446)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), LAURO MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: ROUBO – CAUSAS DE AUMENTO – Emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas, por período juridicamente relevante, demonstrados pela prova oral.

CONCURSO DE CRIMES – Hipótese em que não houve clara distinção entre o patrimônio do proprietário e do possuidor.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 218 e s.), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que se trata de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, inconformado com a decisão que condenou **Genivaldo Ferreira dos Santos** às penas de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, além de 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

O Parquet ministerial, em suas razões de recurso (fls. 238/246), em síntese persegue o reconhecimento das causas de aumento decorrentes do concurso de agentes e restrição de liberdade da vítima, bem como a admissão da prática de

Acesso ao Sumário

três crimes, em concurso formal.

A Defesa ofertou suas contrarrazões a fls. 248/251 e a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do apelo (fls. 273/306).

É o relato do necessário.

Narra a denúncia que o apelante e **Daniel Alves Pinheiro** (falecido), mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra *Guilherme Henrique de Lima* (empregado da empresa *Veiga Negócios Imobiliários LTDA*), *Andressa de Souza Veiga* e *Francislei Santana Chagas* (sócios da citada pessoa jurídica), subtraíram para ambos um talonário de cheques e um pendrive, da imobiliária, bens diversos de *Andressa* e outros bens, também diversos, de *Francislei*. Aditada, passou a indicar que os acusados restringiram a liberdade das vítimas por aproximadamente 45 minutos.

A D. Defesa se conformou com o desfecho condenatório. De todo modo, cumpre ressaltar sua retidão, fundada não apenas na confissão espontânea do réu (que negou, porém, o emprego de arma de fogo, acenando para o uso de um simulacro), mas também nos seguros, serenos e coesos dizeres das três vítimas, que narraram a ação delitiva e reconheceram o réu como o autor do delito.

Além disso, o réu foi surpreendido na posse das coisas, como esclareceram os policiais Gustavo Marques Caetano e Rafael Artur Ximenez.

O inconformismo ministerial, todavia, toca outros aspectos, que se passa a examinar.

Inicia-se com a análise do concurso formal de crimes.

Destarte, cabível mencionar que o D. Juízo *a quo*, apesar de a fls. 224 citar dois crimes em concurso formal, terminou por condenar o réu pela prática de somente um crime de roubo. Isso se evidencia também pelo cálculo realizado. Com cautela, argumentou que as coisas foram subtraídas de duas pessoas (*Andressa* e *Francislei*), ainda que os bens integrassem três patrimônios distintos (as duas vítimas narradas e a imobiliária).

De fato, o caso concreto traz dúvidas sobre a clara distinção do patrimônio. Inconteste que lesões a vítimas diversas resultam, via de regra, em crimes múltiplos, em concurso formal. Igualmente sedimentado que não se trata de um ficto patrimônio único.

Todavia, a dinâmica dos fatos não indica que houve voluntária subtração de patrimônios distintos. Emana dos autos que os acusados ingressaram no estabelecimento comercial e tomaram bens dos dois ofendidos mencionados, além de procurar pela imobiliária por certa quantia em espécie.

O testemunho das vítimas (e o interrogatório do réu) não foram claros a indicarem como se deu o desapossamento de coisas da pessoa jurídica. De todo modo, os celulares do estabelecimento comercial, indica a prova oral, teriam

Acesso ao Sumário

sido tomados de *Francislei.*

Diante disso, realmente não há a clara distinção entre detentor – *Francislei* – e proprietário – a imobiliária –, não sendo possível extrair desse panorama a *voluntas* de lesionar patrimônios distintos. Em casos similares se manifestou a jurisprudência:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO A COLETIVO.PATRIMÔNIOS DIVERSOS. VÍTIMAS - EMPRESA DE ÔNIBUS E COBRADOR. AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL. RECONHECIMENTO DO CRIME ÚNICO. PARTICULARIDADE DO CASO.
>
> 1. Não há se falar em concurso formal, se o agente subtraiu os bens que estavam na posse do cobrador de ônibus - R$ 30,00 (trinta reais) e um aparelho celular -, além da quantia de R$ 34,50 (trinta e quatro reais cinquenta centavos) pertencente à empresa de transporte coletivo.
>
> **2. As circunstâncias fáticas e a dinâmica do evento autorizam o reconhecimento de crime único, diante da evidência de que embora subtraídos patrimônios distintos, os mesmos estavam sob os cuidados de uma única pessoa, a qual sofreu a grave ameaça. Irrelevante perquirir se o cobrador era ou não o proprietário de todas as coisas subtraídas.**
>
> 3. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp 1396144/DF, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014. Grifos da reprodução)
>
> HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.°, II, C.C. ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ANTECEDENTES. INCREMENTO JUSTIFICADO. CONCURSO FORMAL. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. POSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME CONSUMADO PARA FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.
>
> 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
>
> 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, não há falar em redução ao mínimo legal da pena-base, tendo em vista que as instâncias de origem arrolaram elementos concretos quanto aos antecedentes do paciente.
>
> **3. O instituto do crime único pode ser identificado quando por**

Acesso ao Sumário

meio de uma única ação, empreendida contra uma só vítima, o agente subtrai para si ou para outrem coisas alheias móveis, sendo indiferente que os bens pertençam à própria vítima ou a terceiros, como ocorreu na espécie [o paciente, em um ônibus, por meio de grave ameaça empregada contra o cobrador do coletivo, subtraiu para si os bens que estavam na posse da vítima (um telefone celular, de propriedade da própria vítima, e R$ 68,40 que pertenciam à empresa responsável pelo veículo)].

4. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime de roubo consumado para a forma tentada.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 316.587/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015. Grifos da reprodução.)

Desse modo, ainda que haja distinção jurídica entre a figura da vítima-proprietária, a empresa, e a vítima-possuidora, o seu empregado, a incerteza dos autos não permite reconhecer o concurso de crimes perseguido pelo recorrente.

Todavia, clara a lesão ao patrimônio de *Andressa* e de *Francislei*, o que permite a condenação do apelado por dois crimes em concurso formal.

Prossegue-se com o exame das causas de aumento.

Quanto à arma de fogo, inicialmente. O emprego do armamento foi exposto pelas duas vítimas e, de certo modo, também pelo réu (que disse que estavam armados, mas com uma arma de plástico). Os ofendidos, ainda, expuseram que era um armamento cromado e uma das vítimas disse que acreditava que a arma era verdadeira, e não mero simulacro.

Além disso, as vítimas também escutaram o confronto com a força policial, após ter sido dada ordem para que os roubadores abandonassem a arma que portavam. De tal confronto resultou o falecimento de um dos autores.

Diante disso, de todo irrelevante que não tenha sido apreendida a arma, posto que seu emprego na empreitada criminosa decorreu da segura prova oral. Com isso, a alegação de eventual inoperância da arma traria consigo o ônus probatório de sua demonstração.

Também correto o *Parquet* ministerial quanto ao pleito que remanesce. Como expuseram as vítimas, os acusados as mantiveram sob seu poder por aproximadamente uma hora. Além disso, tiveram sua liberdade restrita mesmo após a efetiva subtração das coisas, posto que os réus já haviam se apossado

Acesso ao Sumário

dos bens dos ofendidos e, apesar disso, continuaram no local, buscando outras coisas para subtrair.

Há, portanto, a restrição da liberdade por tempo juridicamente relevante, requisito melhor exposto no seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. MAJORANTE CONFIGURADA. CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. INOCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.
>
> 1. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, a jurisprudência desta Corte tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, deve ser devida e concretamente fundamentada, o que não se verifica na espécie dos autos.
>
> 2. Justifica-se a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente.
>
> 3. Praticado o crime de roubo mediante uma só ação contra vítimas distintas, no mesmo contexto fático, resta configurado o concurso formal próprio, e não a hipótese de crime único, visto que violados patrimônios distintos.
>
> 4. Ordem parcialmente concedida apenas para diminuir a exasperação da pena do acusado Bruno de Olinda Andrade, pela reincidência, à fração de 1/6, tornando a reprimenda desse paciente definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 21 dias-multa.
>
> (HC 197.684/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2012, DJe 29/06/2012)

Analisadas essas questões, resta apenas o exame da pena imposta.

A pena-base foi exasperada por um quarto diante do tempo que as vítimas permaneceram sob o domínio do apelante. Todavia, como bem ressaltado pela D. Procuradoria de Justiça, essa circunstância, com o parcial provimento do presente apelo, passou a ser considerada causa de aumento e há de ser analisada na terceira fase de cálculo.

Resulta como consequência lógica do pleito ministerial, assim, a redução da pena-base ao mínimo legal.

Na segunda fase, a confissão espontânea não poderá trazer a pena para aquém de seu mínimo, como determina a súmula 231, do E. STJ.

Já na terceira, a fração aplicada, de um terço, há de ser acrescida diante da condenação por novas e desabonadoras circunstâncias.

Acesso ao Sumário

Além do concurso de agentes, que sujeitou as vítimas a perigos extraordinários, acrescenta-se agora o emprego de arma de fogo. Os perigos que decorrem dessa ação foram evidenciados pelo posterior confronto com a força policial, que por sua vez resultou em um óbito. Além disso, as vítimas permaneceram sob o poder dos assaltantes por aproximadamente uma hora, período durante o qual foram submetidas a constantes ameaças. As consequências da demorada ação delitiva são mais claramente vistas nos dizeres da vítima *Andressa*, que disse temer a todo momento por sua integridade, pois sabia que os autores do delito não encontrariam a quantia em espécie que procuravam.

Diante de tais elementos, correta a aplicação da fração de 5/12, inferior ao máximo legal, mas que melhor simboliza a gravidade, em concreto, da conduta.

Torna-se a pena, então, 5 anos e 8 meses de reclusão, além de 14 dias-multa.

A prática de dois crimes em concurso formal demanda o acréscimo pela fração de um sexto, elevando a sanção a 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão. A pena pecuniária, como determina o artigo 72, do Código Penal, é somada e atinge 28 dias-multa.

O regime inicial imposto, fechado, foi adequadamente fundamentado e repousa sobre mais sólidos pilares com o aumento da pena ora imposto.

No mais, o pedido de restituição trazido em contrarrazões, além de formulado em meio inadequado, foi indeferido a fls. 153, decisão contra a qual não houve insurgência defensiva. Além disso, como já ressaltado nas fls. citadas, o réu não promoveu a regularização dos documentos apresentados.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao reclamo ministerial para, reconhecida a prática de dois crimes em concurso formal, bem como as causas de aumento previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal, impor a **Genivaldo Ferreira dos Santos** as penas de 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, além 28 dias-multa. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012270-86.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante DENER CARVALHO SALLES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto**

Acesso ao Sumário

nº 31.180)

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 31 de julho de 2018.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – TENTATIVA DE FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – Pretensão que visa tão somente a alteração do regime – Impossibilidade – Circunstâncias que evidenciam maior grau de reprovabilidade da conduta – Condenação posterior que, embora não possa caracterizar maus antecedentes, deve ser valorada à luz do art. 59 do Código Penal para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena – Personalidade do agente – Inteligência ao §3º do art. 59 do Codex – Regime semiaberto mantido – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **DENER CARVALHO SALLES**, em face da r. sentença de fls. 149/156, que o condenou à pena de 01 ano, 02 meses e 12 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, mais 06 dias-multa, no piso, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direito, como incurso ao art. 155, §§2º e 4º, I, II e IV, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformada, apela a Defesa, buscando tão somente a alteração do regime (fls. 170/172).

Ofertada as contrarrazões (fls. 179/180), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 212/216).

Relatei.

Consta dos autos que o réu foi processado como incurso ao art. 155, §4º, I, II e IV, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, porque, no dia 24 de abril de 2014, por volta das 20h, no interior da loja Planeta Honda, 254, na Av. Nelson D'Ávila, Comarca de São José dos Campos, agindo em concurso e com unidade de desígnios com o corréu Dênis Carvalho Salles (autos desmembrados) e com um outro indivíduo não identificado, tentou subtrair, para si ou para outrem, mediante escalada e rompimento de obstáculo, bens do interior da supracitada loja, só não tendo o crime se consumado por circunstâncias alheias à sua vontade.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

A materialidade e a autoria delitiva restaram sobejamente demonstradas pela documentação acostada, a saber, boletim de ocorrência (fls. 09/11), laudo pericial (fls. 48), bem como, e principalmente, pela prova oral colhida em juízo, tanto que a defesa sequer se insurgiu contra a condenação; aliás, nem poderia ser diferente, ante o farto arcabouço probatório amealhado aos autos.

Passa-se, então, à dosimetria, âmago do inconformismo da combativa Defesa.

Na primeira fase, a MM. Juíza sentenciante fixou a pena-base corretamente em 1/5 acima do mínimo legal, não merecendo qualquer reparo. Isso porque, consoante o apurado, o acusado foi condenado por furto triplamente qualificado, sendo que o entendimento predominante diz que é totalmente possível a utilização da(s) qualificadora(s) remanescente(s) como circunstância judicial desfavorável, o que foi exatamente feito pela magistrada *a quo.*

Confira-se:

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO ANALISADAS. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal - CPP, e erro material, conforme art. 1.022, III, do Código de Processo Civil - CPC. 2. Demonstrada a hipótese de omissão, diante da procedência do argumento ora analisado, são cabíveis efeitos infringentes. 3. No homicídio duplamente qualificado, a circunstância utilizada para qualificar o delito não pode ser utilizada também para exasperar a pena-base, sob pena de bis in idem. **Todavia, inexiste óbice para que a qualificadora remanescente possa ser adotada como circunstância judicial desfavorável**. 4. São incabíveis embargos de declaração para que o Superior Tribunal de Justiça enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 5. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para reduzir a exasperação da pena- base, com reflexos na pena definitiva." **(EDcl no AgRg no AREsp 466.477/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017).**

E mais:

"Reconhecida mais de uma qualificadora, uma implica o tipo

qualificado, enquanto que as demais ensejam a exasperação da pena, ou como circunstância judicial desfavorável ou como agravante." **(HC nº 135177/SP, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 30/11/2009).**

Na terceira etapa, reduziu a pena em 1/2 por conta da tentativa, tornando-a definitiva em 01 ano, 02 meses e 12 dias, mais o pagamento de 06 dias-multa.

E, além de a douta juíza ter aplicado o privilégio constante no §2º do art. 155, substituindo a pena de reclusão por detenção, bem como a pena corporal por restritiva de direitos, fixou o regime **semiaberto** para início de cumprimento da reprimenda, o que também não merece reparo.

O legislador, ao criar o §3º do artigo 33 do Código Penal, deixou ao Juiz espaço para, dentro da realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria.

A despeito do delito não ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, bem como o réu ser tecnicamente primário, o regime imposto é o mais indicado a coibir futuras incursões neste sentido por parte do acusado e também para salvaguardar a sociedade, já que possui condenação pelo delito de roubo, conforme se verifica dos autos.

E, embora este fato (do roubo) tenha sido praticado no dia posterior aos fatos aqui em análise – e, portanto, impossível de ser considerado como maus antecedentes –, isso revela, inquestionavelmente, personalidade totalmente desvirtuada e inclinada à criminalidade, evidenciando sua concreta periculosidade, circunstância esta que também deve ser considerada e valorada para a fixação do regime inicial, nos exatos termos do art. 33, §3º e art. 59, III, ambos do CP.

Outrossim, deve-se observar, ainda, as circunstâncias do caso concreto, que certamente evidenciam uma culpabilidade excessiva e anormal, pois o réu, além de escalar o estabelecimento e ter a ajuda de dois comparsas, chegou a desativar a rede de cerca elétrica, danificando-a; impossível a fixação de regime menos gravoso sem que antes passe por intensivo tratamento estatal, merecendo cumprir pena no aberto apenas quando satisfizerem os requisitos, e restar demonstrado que assimilou a terapêutica penal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso defensivo, mantendo-se a r. sentença tal qual foi lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008949-40.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante/a.m.p I. L. V. DE M. S., é apelado O. DE M. S. N.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. DECLARA VOTO CONVERGENTE O E. DES. REINALDO CINTRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.208)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e REINALDO CINTRA.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Estupro de vulnerável – art. 217-A c.c art. 226, II, ambos do CP – Decisão absolutória – Apelo da Assistente de Acusação – Preliminares de nulidade cerceamento de defesa e de acusação – Afastadas – No mérito, busca decreto condenatório – Impossibilidade – Prova insuficiente – Laudos psicológicos e prova oral contraditórios – Vítima ouvida somente em juízo nada confirmou sobre os alegados abusos – Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença que adoto, acrescento que O.M.S.N. foi absolvido da imputação da prática do artigo 217-A, c.c artigo 226, inciso II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Inconformada, recorre a assistente de acusação, postulando, preliminarmente, a decretação da nulidade do processo por conta do cerceamento de defesa, diante da impossibilidade da oitiva das testemunhas arroladas pela assistência e da ausência de perícia psiquiátrica do acusado para constatar eventual desvio de personalidade. Postula ainda em sede preliminar a atuação de novo representante do Ministério Público e a anexação de relatórios de psicólogos do juízo da Comarca de Osasco. No mérito, requer a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 1.188/1.241).

Acesso ao Sumário

Bem processado o recurso, a defesa apresentou as contrarrazões (fls. 1.254/1.301), e a representante ministerial pugnou pelo não provimento do apelo (fls. 1.250).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e pelo improvimento do recurso (fls. 1.329/1.334).

É o relatório.

As preliminares aventadas devem ser afastadas.

Ressalta-se, de início, que a atuação de assistente de acusação é regida pelo artigo 269 do Código de Processo Penal, de modo que esta recebe os autos na fase em que for habilitada.

No caso em tela, a d. Assistente foi habilitada nos autos após o fim da instrução, e portanto é partir dessa fase processual que atuará no processo. Ou seja, os requerimentos quanto à produção de prova não devem ser atendidos, vez encerrada a fase de instrução probatória.

Ademais, a alegação de que houve cerceamento de defesa pelo indeferimento da oitiva das testemunhas arroladas pela Assistência não prospera pois em nada alteraria o conjunto probatório.

Como muito bem fundamentado pelo Douto Procurador de Justiça, "*As testemunhas seriam o garagista do prédio da mãe da vítima I.L.V.M.S. que teria testemunhado a recusa da ofendida em ingressar no carro do réu no dia de visitas; a babá da menor; o filho do réu M. que, segundo consta, teria tido um confronto com a mãe da vítima que ficou incomodada pelo fato de um dia, quando ele estava na companhia da menor, ter orientado esta a tirar a fralda para que ela tentasse urinar sozinha no vaso sanitário, fato este, que foi relatado pela babá a mãe da impúbere e da psicóloga que funcionou como assistente técnica do acusado.*

Inicialmente apenas para argumentar quanto a necessidade de tais oitivas, observo que, no caso do garagista do prédio, o fato de ter visto a menor se recusar ingressar no veículo do réu nada indica quanto a eventual prova do delito praticado, até porque, há questões subjacentes pertinentes ao direito de família (guarda, pensão etc) que evidentemente tem influência no comportamento da menor que fica no meio deste fogo cruzado.

No que concerne a oitiva da babá, os fatos por ele observados, inclusive o episódio aqui referido, quanto ao filho do acusado M., foi por esta colaboradora do lar relatado a mãe que, como visto pelo apurado nos autos, se incomodou com o fato. O testemunho sobre a recusa da menor em visitar o genitor entra na mesma linha argumentativa referida em relação ao garagista.

Em relação ao filho do acusado M. já ficou evidenciado nos autos o fato que teria incomodado a mãe da menor, inclusive tendo sido o referido episódio relatado pelo próprio acusado em seu interrogatório (fls. 879, mídia digital) e a

Acesso ao Sumário

surpresa para ele da genitora da menor ter suspeitado ou desconfiado de algo em relação ao seu filho".

Assim, tais depoimentos em nada alterariam o contexto probatório.

Da mesma forma não se faz necessário na busca da verdade real a análise psiquiátrica do acusado, pois as alegações da genitora da vítima no sentido de o réu ter tendências à pedofilia, confundem-se com o mérito do processo e será analisada abaixo.

No que concerne ao afastamento da representante ministerial que atuou no processo, continua o Douto Procurador em seu parecer, "*não se observou qualquer parcialidade da representante ministerial oficiante, porquanto ab initio, foi a própria Promotora de Justiça quem colheu os depoimentos da menor e deflagrou todo o procedimento judicial em face do acusado não se vislumbrando qualquer atuação que gerasse dúvida quanto eventual parcialidade para beneficiar o acusado*".

Por fim, o pleito da assistente de acusação em realizar nova oitiva da ofendida, com as cautelas da nova lei nº 13.431/17, não prospera pois é desnecessário, vez que a lei ainda está em *vacatio legis* e a oitiva da pequena vítima ocorreu de forma totalmente humanizada, muito próxima da abordagem prevista na nova legislação.

Assim, restam afastadas as preliminares.

Em que pese o entendimento da douta Assistente de acusação, razão assiste à magistrada sentenciante devendo ser mantida a absolvição.

Narra a exordial que entre outubro de 2014 e começo de 2015, em datas e horários indeterminados, por diversas vezes, na Avenida (...), nº (...), na cidade de Osasco, O.M.S.N., praticou atos libidinosos, diferentes de conjunção carnal, com sua filha, *P.M.S.*, de três anos de idade.

Consta dos autos que I.L.V.M.S., genitora da vítima, foi casada com o denunciado durante oito anos, advindo a vítima desta relação. É dos autos, ainda, que os genitores da ofendida se separaram no ano de 2014, ficando a guarda da criança com a mãe e regulamentado o direito de visita ao pai, ora acusado.

Segundo a denúncia, nas ocasiões em que a menor comparecia à residência de seu pai, desacompanhada da babá, o réu a levava até o banheiro e, abrindo o zíper de sua calça, falava para ela olhar seus pelos pubianos e, em seguida, mandava-a "beijar seu pipi". Além disso, o réu penetrava o dedo na vagina e no ânus da vítima, bem como pedia para que ela fizesse xixi nele, sendo que depois desses atos libidinosos, o apelado passava um creme nas partes íntimas da criança.

Conforme se depreende do depoimento da genitora da vítima, no mês de outubro de 2014, *P.* passou a ter um comportamento estranho, mexendo com frequência em sua genitália, principalmente quando ia tomar banho ou trocar de

Acesso ao Sumário

roupa. Narra a denúncia, que nessas ocasiões, a vítima tocava suas partes íntimas e oferecia para sua mãe cheirar seu dedo. Além disso, I. passou a notar que sua filha fazia posições eróticas deitada na cama e dançava rebolando, dando tapas em suas nádegas.

No dia 11 de janeiro de 2015, após retornar de uma visita ao pai, a vítima queixou-se de dor na genitália, repetindo tal reclamação no dia seguinte, ocasião em que a menor relatou os supostos abusos praticados.

Diante da gravidade dos fatos, foi deferida medidas protetivas, proibindo a aproximação e a visitação do denunciado à vítima e seus familiares, bem como proibindo-o de frequentar os locais onde a ofendida e seus familiares frequentam, devendo manter uma distância mínima de 500 metros.

Em que pese o entendimento da douta Assistente de Acusação, as provas dos autos não são suficientes para um decreto condenatório, devendo ser mantida a r. sentença.

Em ambas as etapas do contraditório, o réu negou veementemente a prática do crime, alegando que a acusação é fruto da imaginação e da má fé de I., mãe da ofendida. Relatou com muitos detalhes como era a relação com a mãe da vítima na constância do matrimônio e o que levou ao divórcio, inclusive esclareceu a dificuldade que passaram para gerar uma criança. Salientou a alteração de comportamento da mãe da ofendida após a separação e contou sobre o ciúme que esta sentia da relação de pai e filha que ele mantinha com a vítima. Na polícia, disse que em fevereiro de 2014 foi surpreendido pela chegada de um oficial de justiça, o qual citava a existência de um processo de divórcio, movido por I. contra o réu, assim como uma ordem de afastamento do lar, pois havia declarações no sentido de o acusado ser violento e colocar a vida dela e de *P.* em risco. Contou ainda sobre o pedido feito por I. em audiência cível, em março de 2015, requerendo valores vultuosos para fins de pensão alimentícia. Enumerou outras situações que o levaram a acreditar que as acusações são fruto de questões patrimoniais. Sobre os fatos asseverou que jamais tentou estuprar a menor e que ela tinha adoração por ele (mídia digital).

A negativa do acusado não foi infirmada pelas provas apresentadas nos autos.

O laudo pericial de fls. 297/299 atestou que não foi encontrado no exame "evidências de lesões corporais de interesse médico-legal" e que não ocorreu conjunção carnal e que, se ocorreram atos libidinosos diversos, não deixaram vestígios.

Há nos autos um laudo psicológico juntado pela mãe da ofendida que atestou a possibilidade de ocorrência do delito. No entanto, este exame foi rechaçado pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC).

O laudo psicológico do IMESC, então, primeiramente descreveu as palavras da ofendida: "meu pai nunca mexeu comigo, nunca tocou em mim, nunca me deu banho, nunca mexeu na minha vagina, só minha mãe e minha babá que me dá banho e toca ali. Nunca vi nada que em tenha assustado... nunca vi nada que me deixou triste...não tenho medo de nada...fico com minha mãe, sempre visito meu pai, mas agora não vou mais porque minha mãe ficou brava com ele". Em seguida, atestou claramente que "a examinanda denotou sinais de organização psíquica e de interesses pertinentes à faixa etária. Revelou sentimentos de afetividade preservada quanto ao núcleo familiar. Não demonstrou insegurança quanto ao suposto abuso sexual, negou a ocorrência. Demonstra alguma dificuldade com a figura paterna, que pode estar relacionada com o conflito entre os genitores. (...) Ao ser questionada em relação ao processo em tela, a examinanda apresentou relato objetivo e coerente, não confirmando as informações contidas no processo, relativas ao suposto abuso sexual. Durante sua avaliação, não exibiu sinais de constrangimento e desconforto". Por fim, a perita concluiu que "esta demanda pode ser vista como prejudicada sob a ótica da possibilidade de ocorrência de alguma forma de aproximação sensual" (fls. 669/675).

A ofendida, pela tenra idade, apenas três anos, não foi ouvida perante a autoridade policial. Em juízo, em depoimento bastante adequado para a inquirição de uma criança, que contava na época com cinco anos de idade, nada quis declarar, salientando apenas que seu pai "não era legal". Ainda durante a audiência, mencionou que sua mãe dizia que o "papai não era legal", afirmando que somente falaria com a Promotora de Justiça responsável pelo caso (mídia digital).

I.R.H.S.M.S., ex-esposa do acusado, afirmou que o alegado no processo é surreal e que estranhou profundamente tais acusações. Contou que foi casada com o réu por muito tempo e a separação se deu devido ao desgaste natural do relacionamento. Asseverou que a relação de O. com os filhos era padrão, sendo ele presente e brincalhão, praticando esportes juntamente com os filhos, o que continuou mesmo depois do divórcio. Relatou que encontrou poucas vezes com a genitora da vítima e ela sempre a evitava, assim como evitava o contato com os filhos da testemunha com o acusado.

O filho do primeiro casamento do réu, M.M.S., contou que a acusação se refere sobre um dia em que estavam todos juntos, ele, o réu e a sua irmã, ora ofendida, e que não ocorreu nada anormal. Esclareceu que a frequência de pessoas na residência de seu pai era comum e nenhum comportamento diferente do réu era notado. Contou que I. era super-protetora e tentava evitar o contato entre o apelado e a vítima, salientou, inclusive, que *P.* não demonstrava receio do pai.

A testemunha C.P.S., amigo do réu, disse que ficou estarrecido com a

Acesso ao Sumário

acusação contra o réu. Asseverou que o acusado tratava I. e sua filha como "duas princesas", em termos materiais e afetivos, e jamais apresentou desvio de conduta.

A genitora da vítima, I., por outro lado, muito emocionada durante a audiência, apresentou a mesma narrativa prestada durante a fase administrativa. Relatou que depois do difícil divórcio, ficaram estipuladas visitas ao genitor, ora réu, com acompanhamento da babá, mas depois de certo tempo, a babá pediu para não mais acompanhar a vítima pois não se sentia bem na presença do acusado. O que foi aceito pelos pais da ofendida e então as visitas continuaram a ocorrer. Disse que em determinada época, a vítima não queria mais encontrar o apelado, porque "ele era muito chato", e ficava cada vez mais desesperada pelo fato de ter que encontrar com o réu. Afirmou que reparou na diferença de postura de sua filha, que passou a pedir para que ela colocasse o dedo em seus órgãos genitais, dançava eroticamente e ficava em posições eróticas quando deitava na cama. Contou que em janeiro de 2015, quando chegou de uma visita ao réu, a ofendida reclamou de dor na vagina e repetiu tal reclamação no dia seguinte, sendo que então explicou o motivo da dor, dizendo que era por causa da "brincadeira do dedinho com o papai". Esclareceu que perguntou como era a brincadeira e a criança explicou que o acusado abaixava seu shorts, colocava o dedo em seu órgão sexual e o cheirava, dizendo "Eca". I. asseverou que em seguida entrou em contato com sua advogada, que indicou que a criança passasse por um psicólogo, para ser averiguado o possível abuso, e um ginecologista. Em posse do laudo psicológico, procurou um advogado para aconselha-la e fez o boletim de ocorrência que ocasionou na presente ação penal (mídia digital).

A psicóloga contratada pela genitora da vítima, Dra. D.C.A.F., confirmou os dados apresentados em seu laudo (fls. 24/34). Afirmou que iniciou a atuação no caso conversando com I. e depois com *P.*, sendo que os sinais desta eram no sentido de ter ocorrido abuso. Respondeu que não acreditava na instrumentalização da criança pela vontade da genitora e nem a transferência de experiências de mãe e filha (mídia digital).

Acesso ao Sumário

A prova oral e pericial é escassa e contraditória.

Pela análise das provas dos autos, não há convicção de que ocorreu o alegado abuso sexual. A vítima não confirmou os supostos abusos e a narrativa da mãe da ofendida não foi corroborada pelo conjunto probatório dos autos, bem como a versão do réu não foi infirmada.

Conforme salientado pela MM. Juíza *a quo*, "a prova técnica oficial é no sentido de improcedência. O laudo da Dra. D. tem contraponto fundado. As palavras de I. se contrapõem as de O., e *P.* não revela o abuso, nem por gestual. A Dra. D. reiterou aquilo que escreveu. As testemunhas de O. revelaram sua idoneidade. Há razoável dúvida quanto consta da inicial, e é o que basta à

improcedência".

É incontroverso que o fim do matrimônio foi muito conturbado e gerou muitas discussões, como dito pela própria mãe da vítima, I., e pelo acusado, assim como pelos inúmeros laudos juntados ao longo processo.

Apesar de tais fatos não dizerem respeito a esfera criminal, pelas circunstâncias do processo, todos os fatores devem ser levados em consideração, mesmo porque a criança pode, e deve, estar abalada justamente pela relação perturbada de seus pais após a ocorrência do divórcio e processos para estipular visitas. Entretanto, tal abalo psicológico, por si só, não comprova o alegado abuso sexual e gera dúvida quanto à ocorrência do delito.

Aliás, no recente laudo trazido pela d. Assistente, feito no âmbito cível, concluiu-se que "em relação à avaliação dos danos psicológicos causados por uma situação traumática, possivelmente vivenciada por P., não foram observados aspectos de deterioração da autoestima e autoimagem, aumento da sexualização e da solicitação por cuidados (...). Não foram evidenciados sentimentos de raiva em relação à figura paterna, apenas medo". (fls. 1354). Ou seja, ao contrário do que deseja demonstrar a d. Assistente de acusação, no ponto de vista psicológico, a vítima não apresenta danos compatíveis com o suposto abuso sexual.

Ademais, este mesmo laudo, às fls. 1355, afirma que não pode concluir sobre a existência do delito, uma vez que "(...) as entrevistas não buscaram em nenhum momento detectar a ocorrência ou não de abuso sexual e sim o dano ou sequelas psicológicas percebidas em P.", o que torna tal laudo, portanto, inconclusivo para a esfera penal.

Diante do demonstrado até então, não fica comprovada a prática delitiva do réu, haja vista que a palavra da vítima, que é de extrema importância, oscila entre a afirmação e a negação ou mesmo omissão, gerando dúvida sobre a ocorrência do delito, podendo, a criança, estar sujeita a sugestionamento da mãe.

Aliás, sobre esse sugestionamento, o laudo juntado pela d. Assistente de Acusação, inclusive, demonstra indícios de que a ofendida vem sofrendo psicologicamente os efeitos da separação conturbada de seus pais, ao afirmar que "os comportamentos de esquiva da criança diante do genitor parecem ser uma resposta evitativa diante de situações anteriores que provavelmente trouxeram consequências aversivas, (...). Não se descarta aqui, a interferência ambiental, seja dos familiares, seja das condições de exposição e inquéritos a que a criança foi submetida, seja da ausência da figura paterna, o que, sem dúvida, contribuem para tal evitação" (fls. 1356).

Vale dizer, por fim, que as transcrições, imagens e desenhos, juntadas pela assistente de acusação ao longo do processo não comprovam que o réu tenha tendências à pedofilia ou mesmo que tenha praticado abuso contra sua filha. Sendo desnecessária, então, a análise psicológica do acusado, como requer a d.

Acesso ao Sumário

Assistente de Acusação.

Diante de todo o exposto, o quadro probatório não se mostra suficientemente forte para condenar o apelante e, portanto, manter a absolvição é medida que se impõe.

Eis que, em virtude da presunção de inocência, cabe ao órgão acusatório demonstrar a culpa do agente, no que não logrou êxito a douta representante do Ministério Público, que, inclusive requereu a absolvição.

Lembremos que conforme determina a Constituição Federal, o Estado, na forma do juiz, deve ser imparcial, justo, honesto e ético, levando em conta o a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III)

Ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra "*Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*", Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 246:

> *"Não se trata de um favor, no sentido de consagrar uma graça, um agrado ou uma simples benevolência: trata-se de um dever legal para declarar primordial o estado de não culpabilidade. Não se liga, ainda, ao privilégio de uma das partes, desequilibrando-se a relação processual, mas cumpre visualizá-lo como um reconhecimento ao interesse da sociedade de que todos sejam inocentes, desde o nascimento, até a inversão desse status, dependente do devido processo legal. A dúvida é um estado comum no espírito humano; a hesitação pode ser fruto da ponderação e da prudência. De toda forma, o estado natural do indivíduo, constitucionalmente de inocência, pode ser alterado em virtude da certeza da culpa, advinda das provas colhidas no processo. Inexistindo persuasão íntima razoável, por simples lógica, mantém o status vigente: inocência"*

> Também à propósito:

> *"O Direito Penal não opera em conjecturas. Sem a certeza total da autoria e da culpabilidade não pode o juiz criminal proferir condenação"* (Apelação 170.407, TACRIM- SP).

> *"Simples indícios por mais veementes que sejam, não bastam, por si só para justificar conclusão de culpabilidade"* (Apelação 153.211, TACRIM-SP).

Dessa forma, diante da análise do conjunto probatório realizada, conclui-se que, em observância ao princípio do *in dúbio pro reo*, deve ser mantida a absolvição, por bem fundamentada e em consonância com o conjunto probatório.

Nesse sentido:

> *"A verdadeira Justiça exige que um decreto condenatório se erga esteado em prova inconcussa da autoria do ilícito imputado ao agente. Na falta de demonstrativo hábil de sua responsabilidade delitual, o desate viável*

Acesso ao Sumário

é o absolutório. Se para a absolvição basta a dúvida, para a condenação urge a certeza. Uma vez instalada a dúvida impõe-se aplicar o princípio "in dúbio pro reo." (Ap. Criminal nº 1.0434.04.911623-0/001, DJ 02/08/2.005).

Portanto, neste caso milita favoravelmente ao réu, o princípio do *in dúbio pro reo*, pois, insuficientes as provas para trazer a certeza quanto à autoria delitiva, sua absolvição é medida que se impõe.

Ante o exposto, pelo meu voto, afastadas as preliminares, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 8.475)

Pelo presente acompanho o voto do eminente relator, Desembargador **AGNALDO DE FREITAS FILHO**, mas entendo necessário tecer alguns comentários sobre o quanto processado nos presentes autos.

Crimes sexuais são, via de regra, de difícil apuração uma vez que cometidos às ocultas, sem testemunhas e muitas vezes sem que deixem vestígios. No mais das vezes o julgador se vê frente a decidir a lide com lastro apenas nas palavras da vítima e do ofensor, normalmente apresentando versões antagônicas.

A dificuldade se amplia quando, como no presente caso, a acusação tem como vítima uma criança, que na época dos fatos contava com singelos 02 (dois) anos de idade, e que em sua inocência, noticia "brincadeiras" de seu genitor com nítido caráter sexual.

A situação familiar naquele momento era peculiar, uma vez que os genitores se enfrentavam em processo não pacífico de separação, ou seja, o ambiente vivido pela infante não se apresentava como o melhor para sua estabilidade psíquica e emocional.

A criança foi submetida a diversas situações constrangedoras, necessárias à instrução do feito, como submissão a exame médico legal, a entrevistas com profissionais da área da psicologia, com representantes do Ministério Público, participando de audiência (que por melhor que tenha sido o comportamento dos participantes) que lhe causou evidente constrangimento (basta ver seu comportamento durante sua oitiva).

Ao final de todo esse percurso constrangedor, tendo que vivenciar o litígio entre seus genitores e saber que era um, ou o principal, motivo da beligerância entre os adultos, um dia perceberá que todo o seu sofrimento não gerou resultados, pois não se conseguiu provar que os fatos que noticiou

Acesso ao Sumário

verdadeiramente ocorreram, ou que, dentro de sua inocência noticiou situações que não correspondiam ao que efetivamente possa ter ocorrido.

O sistema de justiça não decidiu a controvérsia, não conseguiu dizer se o abuso ocorreu ou não, pois ele não restou comprovado. O réu foi absolvido por insuficiência de prova, e não por restar provado que o abuso não ocorreu ou que seu autor não teria sido o réu.

Feito esse breve comentário, entendo importante deixar consignada a grande diferença existente entre os microssistemas da justiça, em especial entre o microssistema do direito penal, do direito de família e da infância e da juventude.

No microssistema penal se busca a responsabilização do autor de alguma conduta dita criminosa, entendendo que a punição do ofensor representará a satisfação do dano causado à sociedade e à vitima.

No microssistema do direito de família, se busca a garantia dos direitos dos membros que compõem o núcleo familiar. Quando a discussão envolve uma criança ou adolescente, o direito deste é dependente do direito do adulto. O enfoque principal é o direito dos pais ou guardiões, e não do infante. Quando o direito do infante é violado, e este se encontra em situação do risco frente aos adultos por ele responsáveis, desloca-se o foco da discussão para a jurisdição da infância e da juventude.

O microssistema da infância e da juventude, como anotado acima, tem o foco de sua atuação na defesa dos direitos da criança ou do adolescente, seja frente ao Estado, seja frente aos seus genitores, guardiões ou responsáveis.

Nesse processo, dentro do microssistema do direito penal, não se foca a proteção da pequena P., pois o que com ele se pretende é punir quem teria cometido contra ela o crime de estupro de vulnerável. Proteger P. seria verificar aquilo que ela necessita para enfrentar a situação vivida (real ou não), que não necessariamente seria a prisão do genitor ou a permissão para que ele mantenha contato com ela. O objeto desta demanda judicial é a punição do criminoso, e como tal, para que alguém seja punido, é fundamental a existência de provas incontestes da conduta criminosa.

Acesso ao Sumário

Nesse passo, o juiz criminal deve sorver o saber de outras áreas do conhecimento, mas não pode se submeter a ela. Caso contrário, se estaria a converter o perito em julgador, pois, como no caso presente, os técnicos da área da psicologia ao dizerem que existem sinais clássicos do abuso, estariam a vincular o juízo à condenação, ou no sentido contrário, ao dizerem que não perceberam os mesmos sinais, vincularam o juiz à absolvição.

No presente feito, a conclusão dos laudos elaborados pela Senhora Psicóloga do IMESC e o apresentado pela Senhora Psicóloga contratada pela genitora da vítima são antagônicos entre si. Não se pode dizer, sem outras provas,

que um deve prevalecer sobre o outro. Importante frisar que laudos psicológicos são avaliações subjetivas sobre o que determinado fato noticiado representa na psique da pessoa, ou como a pessoa percebe e verbaliza determinada situação. Não é uma avaliação matemática.

O que entendo importante deixar assente no presente caso é que dos estudos realizados nestes autos, bem como nos autos que tramitam pela 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional da Lapa, fls. 1346/1365, é que a pequena P. vivenciou algum tipo de trauma em relação ao genitor, ora apelado, de consequência severa, e que deve ser visto e considerado com extremo cuidado para minimizar eventuais problemas na formação psíquica e emocional da infante. E essa análise deve ser feita pelo juízo da família, que melhor decidirá sobre a forma de garantir a proteção da pequena P.

É o meu voto.

REINALDO CINTRA, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002484-72.2016.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante JULIO CESAR GRASIEL DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram parcial provimento ao recurso interposto por Julio Cesar Grasiel dos Santos para anular a r. sentença de Primeiro Grau, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal do Júri para julgamento. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.360)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO (ARTIGO 157, parágrafo 3º, DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO DEFENSIVO: Absolvição – INADMISSIBILIDADE – Autoria e materialidade devidamente evidenciada nos autos – Condenação mantida.

Acesso ao Sumário

Remessa dos autos ao Tribunal do Júri – viabilidade – ausência de provas do *animus furandi* – *in dubio pro reo.*

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de recurso de apelação interposto por Julio Cesar Grasiel dos Santos, contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Osvaldo Cruz, que o condenou por infração ao artigo 157, parágrafo 3º, do Código Penal, à pena de 29 (vinte e nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal (fls. 616/619).

Irresignada, reclama a d. Defesa a absolvição do réu ante a ausência de provas para sua condenação ou, subsidiariamente, seja o réu submetido ao Tribunal do Júri (fls. 638/642). Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo acerto da decisão e improvimento do recurso (fls. 647/653).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 680/385).

É o relatório.

2 – Consta da denúncia que, e no dia 9 de junho de 2016, durante a noite, na estrada não pavimentada, próximo à Rodovia SP 425, Bairro Drava, Município de Parapuã, nesta Comarca, Julio Cesar Grasiel dos Santos subtraiu, para si, mediante violência que causou a morte de Gleison Paulo Davi, um capacete e um aparelho de telefone celular, avaliados em R$ 180,00, além de R$ 200,00 em dinheiro.

Segundo o apurado, no dia dos fatos, o réu deliberou praticar o delito em questão. Colocando em execução seu plano criminoso, contratou os serviços do ofendido, que exercia a atividade de "mototaxista", solicitando, via telefone, o seu transporte entre as cidades de Rinópolis e Parapuã.

Acesso ao Sumário

Levado pela vítima até o local dos fatos, o apelante apontou-lhe uma arma de fogo de calibre nominal.38 e disparou contra o alvo, atingindo a vítima em quatro pontos de seu corpo, ou seja, um na base do pescoço, dois na região torácica e um no membro superior esquerdo, provocando sua morte.

Em sequência, o réu subtraiu-lhe os bens patrimoniais mencionados, evadindo-se do local. As investigações realizadas pela polícia judiciária chegaram até a pessoa do acusado. Com efeito, o histórico de chamadas do celular da vítima (18-99697-5886) apontou a existência de ligações telefônicas por ela recebidas do celular do réu (18 99699-7853), mais especificamente no

dia 09/06/2016, às 19:37:11 e às 19:56:49, com durações respectivas de 59 segundos e 17 segundos (fls. 118 e 198), compatível com o horário em que foi acionado para fazer a "corrida" (fls. 359), portanto, momento antes do delito.

As demais ligações efetuadas para o celular da vítima (18-99697-5886), ocorridas no aproximado momento das chamadas também feitas pelo algoz desta (fls. 371/372), foram realizadas por pessoas sem qualquer envolvimento no caso vertente, conforme esclarecimentos exarados nos depoimentos de fls. 380 e 382, conferindo liame contundente entre o réu e o crime em questão, o que possibilitou a elucidação da autoria do crime.

A denúncia foi oferecida em 11 de novembro de 2016 (fls. 01/03) e recebida em 11 de novembro de 2016 (fls. 404/406).

O apelante foi citado e apresentou resposta à acusação (fls. 451 e 475).

A r. sentença condenatória tornou-se pública em 23 de março de 2015 (fls. 267v.).

A materialidade do crime vem consubstanciada pelo boletim de ocorrência (fls. 07/08); laudo de exame necroscópico da vítima (fls. 26/49), e auto de avaliação (fls. 73), bem como pela prova oral produzida nos autos.

Na polícia, o réu contou que conhecia a vítima, o qual trabalhava como mototaxista, sendo que já havia utilizado dos serviços dela algumas vezes. Soube da morte de Gleison porque policiais estiveram em sua casa. Até aquele momento não sabia que o mesmo havia sido assassinado. Quando os milicianos estiveram em sua residência, afirmou que estava na cidade de Bastos – SP, onde cortou o cabelo no "Pernambuco". Ficou naquela cidade até por volta das 17hs, retornando para a cidade de Rinópolis. Ouviu comentários na cidade de que teria matado a vítima, mas não isso não corresponde a verdade. Não soube informar os motivos pelos quais surgiram tais comentários. Esclareceu que viveu amasiado com Bruna por aproximadamente um ano e sete meses, sendo que estavam separados há cerca de quatro meses. Informou que Bruna está grávida de quatro meses de seu filho. A separação ocorreu porque acontecia muita briga entre o casal. Tem conhecimento da existência de uma medida protetiva para que não se aproxime de Bruna. Não sabia que Bruna estava se encontrando com a vítima. A última vez que esteve conversando com Bruna foi próximo a casa dela, quando ela lhe mostrou o ultrassom, e apenas conversaram. Após este encontro, não mais mantiveram qualquer tipo de contato, nem mesmo por telefone. Reiterou que não sabia que Bruna e a vítima estavam se relacionando. Afirmou que não possuía arma de fogo. Não tinha qualquer animosidade com Gleison e também nenhum motivo para matá-lo. Ademais, não tinha mais qualquer relacionamento com sua ex-mulher. Disse que não conversou com qualquer pessoa, nem mesmo por telefone, na tarde da última sexta feira e somente soube que os policiais estiveram em sua casa, a sua procura e também da morte da vítima, quando

Acesso ao Sumário

retornou de Bastos, sendo comunicado por sua mãe (fls. 24/25).

Interrogado em Juízo, o acusado negou a imputação. Todavia, admitiu ter feito duas ligações para a vítima, por ocasião dos fatos, a primeira contratando os serviços de mototáxi e a segunda cancelando a corrida em razão da demora. Soube no dia seguinte sobre a morte da vítima. Não sabia que sua ex-mulher Bruna estava namorando com a vítima. Não mantinha mais relacionamento com Bruna à época dos fatos (mídia digital).

A mãe da vítima, Helena Navarro Alcaraz Davi confirmou que seu filho era mototaxista. Na noite de 09 de junho de 2016, por volta das 19hs30, seu filho recebeu telefonema para uma corrida. Ao desligar o telefone, a vítima lhe informou que era uma corrida de Rinópolis até Parapuã. Viu que seu filho falou que o valor da corrida era de R$ 20,00. Logo em seguida, seu filho saiu e nunca mais voltou. Disse que "o pessoal" comentou que o autor do crime foi o réu. Não soube informar se seu filho conhecia a testemunha Bruna (mídia digital).

Na fase policial, a testemunha confirmou a subtração dos bens de seu filho descritos na denúncia, que estavam em poder dele quando dos fatos (fls. 21).

A testemunha Bruna dos Santos Tavora confirmou que quando dos fatos namorava o ofendido e estava grávida do réu. Narrou que Julio tinha muito ciúmes e quando descobriu que também se relacionava com a vítima, passou a ameaçá-la dizendo que não era para que ficasse junto com o ofendido. Quanto ao envolvimento do réu no crime nada soube informar. Disse que trocou mensagens com o apelante depois do homicídio da vítima, mas ele nunca assumiu a prática delitiva. No seu celular havia mensagens tanto do acusado como da vítima (mídia digital).

Na fase policial, esclareceu que sempre conversava com o réu, via celular, por voz e mensagens. O acusado usava o número de celular 18-99699-7853. No dia 09 de junho de 2016, antes do corpo da vítima ser encontrado, trocou mensagens com o apelante através do aludido número, encerrando a troca de mensagens na madrugada do dia 10 subsequente. No dia 11 de junho, no período da tarde, recebeu mensagem do réu, tomando conhecimento que ele havia trocado o número de sua linha, sendo que isso foi logo depois do corpo da vítima ter sido encontrado (fls. 18/19 e 30/31).

A testemunha Evelin Maria Pereira narrou que à época dos fatos, tanto a vítima como o réu mantinham relacionamento com Bruna e que este era o "X" da briga entre eles. Esclareceu que não houve nenhum tipo de constrangimento na delegacia (mídia digital).

Na fase policial informou que após a morte da vítima, o Sargento Nivaldo compareceu em sua residência, perguntando sobre o paradeiro do réu. Em face disso, com seu aparelho de celular, ligou para o réu, cujo número era 18-996997853. O réu não atendeu, mas logo em seguida retornou a ligação do

Acesso ao Sumário

aludido número. Deixou, então, a conversa em viva voz, tendo perguntado para o réu onde ele estava, tendo dito "tô na quebradinha", sendo que em seguida ele lhe perguntou se a polícia estava atrás dele. Indagou ao réu se ele havia matado a vítima, ele negou. Então, lhe disse que na vila o comentário era esse (fls. 78).

No mesmo sentido o depoimento do Sargento Nivaldo Severino Fernandes que narrou ter sido acionado pelos outros policiais a respeito de uma vítima que teria sido alvejada em sua moto. Dirigiu-se até o local e constatou que no local havia alguns cartuchos intactos e outros deflagrados. A carteira da vítima também foi encontrada ao lado de seu corpo, mas sem dinheiro. Alguns parentes da vítima informaram que ela era de Rinópolis e que no inicio da noite anterior, ela teria recebido uma ligação para fazer uma corrida. A genitora do ofendido ainda informou que ele possuía cerca de R$ 200,00 na carteira quando saiu de casa. Constataram, então, que essa quantia havia sido subtraída, assim como um capacete e um celular. Receberam denúncia anônima informando que o réu teria envolvimento com o delito. Diligenciaram até a residência dele, mas não o encontraram. Os vizinhos informaram que uma senhora de alcunha "Bozó" teria muito contato com o acusado. Rumaram para a residência dela e ela tentou ligar para o réu. Ele não atendeu. Entretanto, logo em seguida, ele retornou e, como o telefone estava no viva voz, ouviu quando ele perguntou se a polícia estava atrás dele. Ela, então, perguntou onde ele estava, tendo ele respondido que "estava de quebradinha". Ela, ainda, o informou que o comentário no bairro era de que ele havia matado a vítima. Cerca de três dias após, retornou até a casa do réu e este, ao vê-lo encostar a viatura, saiu correndo. Informou que viu naquela ocasião que o número de telefone do réu era efetivamente 996997853, confirmando sua assertiva policial às fls. 23 (mídia digital).

O investigador Rodrigo Espírito Santo confirmou o teor dos relatórios que subscreveu, anexados aos autos. Disse ter sido acionado para atender ocorrência e verificou que a vítima havia sido morta por alguns disparos de arma de fogo. A vítima morreu debruçada sobre a moto e no chão havia alguns pertences da vítima e a pochete revirada. Encontraram no local também alguns projéteis. Depois souberam que a vítima saíra de casa na noite anterior por volta das 19hs para fazer uma corrida até a cidade de Parapuã e não teria retornado. No curso das investigações houve uma denúncia dizendo que o autor era o réu, que no dia posterior ao crime, teria se dirigido até uma cidade vizinha e que teria entregado a arma para outra pessoa, pois precisava "desovar" a arma para que não fosse descoberto. Com a informação de que ele havia recebido uma ligação para fazer uma corrida, foi pedido a quebra do sigilo de dados telefônicos e apuraram que esta linha era de uso do réu. Afirmou que apurou que o número de telefone celular usado pelo acusado na época era 18- 996997853, e constava ligações para o número da vítima por volta das 19hs30 e 19hs57 horas na noite dos fatos. Disse, ainda, que os demais números que fizeram ligações à vítima

Acesso ao Sumário

nesse horário foram checados e apurada a ausência de envolvimento nos fatos. Ressaltou que no dia seguinte ao crime, a linha mencionada linha deixou de ser utilizada, tendo o apelante trocado a linha telefônica. Acrescentou que a foto que aparecia no "whatsapp" referente aquela linha, era do réu. A mãe da vítima informou também que na data dos fatos, o ofendido saiu de casa com certa quantia de dinheiro e esta não fora localizada em meio aos pertences no local do crime, nem o segundo capacete que também estaria com ele na noite dos fatos. Relatou que a vítima fora encontrada morta em uma vicinal a caminho de Parapuã, mas que não tem muito movimento (mídia digital).

Tal conclusão também é possível se depreender dos testemunhos de Everecio Zanetti que narrou que na data dos fatos, sua filha Italy efetuou uma ligação para a vítima para contratar os serviços de mototaxista para pegá-la no serviço e deixá- la em casa. Conhece o réu somente de vista. Nada soube informar sobre o crime. Depois do delito surgiu comentários no sentido de que o réu estaria envolvido com a mulher do acusado (mídia digital).

A testemunha Italy Grasiel Zaneti contou que na data dos fatos, realizou uma ligação para a vítima solicitando uma corrida. Perto das 20hs ela chegou e, no meio do caminho, ele recebeu uma nova ligação e ele falava ao telefone que só estava terminando uma corrida. Após, ele a deixou em casa e saiu. Não soube dizer com quem ele conversava. Não soube informar se o réu teve algum envolvimento na morte da vítima (mídia digital). Na delegacia, informou que por volta das 19:50 horas, estava na garupa da motocicleta da vítima, após ter saído do trabalho e ouviu que a vítima recebeu uma chamada telefônica e uma voz masculina, que a declarante não conhece, dizia à vítima que ela estava atrasada. A vítima deixou a declarante defronte a sua casa e foi embora (fls. 399).

A testemunha Jorge da Silva, que constava como titular do número utilizado pelo réu (18-996997853), disse que essa linha com o respectivo telefone não era de sua propriedade desde 2008, e que não fez qualquer ligação ou solicitou os serviços da vítima. Nada soube informar a respeito do delito (mídia digital).

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, a testemunha Luana Verri confirmou seu depoimento policial (fls. 40), dizendo que à época "ficava de vez em quando" com o réu e indicou que o número de telefone dele era efetivamente 18-996997853. Acredita que à época do delito o réu não mais estava com a testemunha Bruna, que se relacionava com a vítima. Não ouviu comentários de que o crime teria sido cometido em razão de ciúmes (mídia digital).

De rigor, assim como pleiteado pela d. Defesa, a anulação da r. sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Judicial, com a remessa dos autos para o julgamento perante o Tribunal do Júri.

A prova dos autos não é eficiente no sentido de que o crime tenha sido

cometido para subtração de bens pertencentes à vítima.

As testemunhas ouvidas relataram com certeza o envolvimento amoroso simultâneo da testemunha Bruna, ex-esposa do réu, tanto com a vítima como com a acusado. Circunstância, inclusive, por ela admitida perante o contraditório.

Também não se discute que há provas de que o réu efetuou ligações na data do crime para o celular da vítima, conforme confessado por ele. Tal fato fora confirmado não só pelos laudos periciais das linhas telefônicas, mas também pelas testemunhas ouvidas.

Entretanto, quanto aos bens subtraídos o que se tem, é o depoimento da genitora da vítima na fase policial informando que na data dos fatos haveria na carteira do ofendido aproximadamente a quantia de R$ 200,00, além de um celular e um capacete que não foram encontrados no local do crime.

Há, ainda, o depoimento do Sargento Nivaldo relatando a informação que ouviu da genitora da vítima quanto aos bens que se encontravam com ela na data do delito.

Entretanto, perante o contraditório, a testemunha Helena não foi questionada nem pela d. Defesa e nem pela acusação sobre os bens subtraídos à vítima.

Além disso, nenhum bem pertencente ao ofendido fora apreendido em poder do réu.

Como bem ponderou a d. Defesa, não se pode descartar que entre a morte da vítima e o comparecimento da polícia ao local do crime, estrada vicinal com pouco trânsito, qualquer outro agente tenha se apossado dos bens do ofendido.

Assim, diante das provas produzidas nos autos há dúvida a respeito do elemento subjetivo (animus furandi) ou da ocorrência do crime contra o patrimônio.

Não emerge dos autos, com a necessária segurança, que os disparos contra a vítima tenham sido efetivados para o fim de subtração patrimonial ou para garantir a impunidade do crime contra o patrimônio.

O latrocínio é um crime complexo, formado pela junção de roubo + homicídio, o dolo é exigido na conduta antecedente, atinente à lesão ao patrimônio da vítima, já na conduta subsequente, que resulta na morte, que pode ser da vítima do patrimônio ou de qualquer outra pessoa que esteja conectada ao roubo, não se exige o dolo, podendo tal ato ser praticado com culpa.

O dolo antecedente atinente à lesão ao patrimônio não restou suficientemente provado.

Segundo lição de Fernando Capez o latrocínio:

"Ocorre quando, do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a res, ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime,

Acesso ao Sumário

decorre a morte da vítima. Trata-se de crime complexo, formado pela junção de roubo + homicídio (doloso ou culposo), constituindo uma unidade distinta e autônoma dos crimes que o compõem. Há, assim, um crime contra o patrimônio + um crime conta a vida. Em que pese a presença de crime conta a pessoa, o latrocínio é precipuamente um delito contra o patrimônio, já que a finalidade última do agente é a subtração de bens mediante o emprego de violência, do qual decorre o óbito da vítima ou de terceira pessoa que não o coautor" (Curso de direito penal: parte especial, v. 2, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 447 e 448).

Por isso, pelo princípio do *in dubio pro reo*, a dúvida deve ser interpretada em favor do réu, sendo no caso, de rigor a desclassificação para homicídio doloso.

A propósito:

Ementa: *PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE LATROCÍNIO PARA* ***HOMICÍDIO QUALIFICADO****. CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO É INTEIRAMENTE CONTRÁRIO À TESE DA DEFESA. DELITO CONTRA A VIDA COMPROVADO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 5º, XXXVIII , CF). I - O* ***latrocínio*** *(roubo seguido de morte) é um crime complexo, que exige,* ***para*** *sua consumação, além do animus necandi, o animus FURANDI (intenção de furtar, subtrair) antecedente, ou seja, preexistente à conduta do agente. II - Ante a ausência de provas de que o acusado pretendia roubar a vítima ou garantir a consumação do delito contra o patrimônio com a morte do ofendido, impõe-se a Pronúncia, nos termos do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal. III- Apelo parcialmente provido. Decisão Unânime.* (TJ-PE - Apelação APL 178866 PE 000087133200781714 90 (TJ-PE) - Data de publicação: 22/12/2009).

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO – LATROCÍNIO TENTADO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS – IMPOSSIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. As provas produzidas durante a instrução criminal sustentam a ocorrência do crime doloso contra a vida, devendo pois haver a desclassificação, com a conseqüente cassação da r. Sentença que condenou o acusado pelo crime de latrocínio tentado. Do elenco probatório, não restou demonstrado que a conduta do agente fosse no sentido de subtrair os pertences da vítima, intentando contra a vida do lesado. Ao contrário, a ação do recorrente visava tentar contra a pessoa do lesado. Apelo parcialmente provido (TJES Apelação Criminal ACR 52050005058 ES 052050005058 (TJES) Data de publicação: 19/07/2007).

Assim, de rigor a desclassificação da conduta praticada pelo réu para crime previsto no Código Penal no capítulo dos crimes contra a vida.

Acesso ao Sumário

Por todo o exposto, a r. sentença de Primeiro Grau deve ser anulada, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal do Júri para julgamento.

3 - Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por Julio Cesar Grasiel dos Santos para anular a r. sentença de Primeiro Grau, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal do Júri para julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000177-05.2016.8.26.0583, da Comarca de Iepê, em que são apelantes E. P. C. e N. DA S. F. F., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.218)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 31 de julho de 2018.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelação – Roubo triplamente majorado – Autoria e materialidade bem comprovadas – Palavras coerentes e uniformes das vítimas e testemunhas – Condenação que se sustenta – Desclassificação para receptação culposa – Impossibilidade – Causas elevatórias claramente delineadas, inclusive aquela do inciso V do art. 157 do CP, dada a segurança demonstrada pelo ofendido – Emprego de arma que independe da apreensão, se firme a prova a respeito – Precedentes – Majoração adequada – Regime inicial fechado necessário – Equívoco quanto à capitulação jurídica constante na parte dispositiva da r. sentença – Mero erro material, que ora se corrige – Recursos desprovidos, com observação.

VOTO

Ação penal em que incursos os réus no art. 157, § 2º, I e II e V, do CP.

Acesso ao Sumário

A r. sentença é de procedência, impostas as penas de 06 anos de reclusão, regime fechado, e 15 dias-multa, diária mínima, a cada um deles (fls. 412/22).

Recorrem os condenados, buscando a absolvição por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, desclassificação para o delito do art. 180 do CP. Querem, ainda, o afastamento da causa elevatória relativa à restrição da liberdade da vítima e regime mais brando (fls. 508/26).

Contrarrazões às fls. 594/96.

A Procuradoria de Justiça, em parecer do doutor Marcos Alberto de Almeida, é pelo desprovimento, corrigindo-se erro material na parte dispositiva da sentença, para constarem os incisos I, II e V (fls. 627/33).

Recursos bem processados.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor do auto de prisão em flagrante (fls. 80/96), do b.o. de fls. 99/106, autos de exibição/ apreensão/entrega/avaliação de fls. 107/15 e 168, laudos de fls. 276/404, os réus foram pilhados por policiais civis, logo após terem praticado roubo.

É do caderno processual que, previamente ajustados com outros quatro ou cinco indivíduos não identificados, eles ingressaram no estabelecimento comercial denominado Agro Rural e, mediante ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, renderam o vigia C., anunciando o assalto. Na sequência, recolheram o celular que ele trazia consigo, foram até a plantação de milho e cortaram o alambrado que cercava o estabelecimento.

Ato contínuo, os roubadores ordenaram que o vigia continuasse a ronda normalmente e, transcorridos trinta minutos, exigiram que ele ficasse em frente ao escritório, enquanto quebravam a parede do depósito com marretas, picaretas e pedaços de ferro, tudo para concretizar a subtração de vários tipos de defensivos agrícolas, sementes para plantio e adubos.

Enquanto os denunciados levavam as caixas de veneno para fora do depósito, o alarme disparou aproximadamente três vezes e, em todas elas, a central de monitoramento entrou em contato com o vigia, que, ameaçado com uma arma de fogo direcionada à cabeça, afirmava que não havia nenhum problema.

Depois, os acusados e seus comparsas ordenaram que C. abrisse o cadeado do portão externo da empresa e restringiram-lhe a liberdade, trancafiando-o no banheiro.

Então, os ladravazes carregaram o caminhão Mercedes Benz, cor amarela, placa ABP-5820, com a *res furtiva* e se evadiram, dirigindo-se para a cidade de Rolândia/PR, sentido de Narandiba/SP.

Ocorre que, no caminho, o pneu traseiro do caminhão estourou, tendo

Acesso ao Sumário

sido os denunciados encontrados na posse das mercadorias subtraídas.

Já a vítima, que havia ficado trancada no banheiro, foi libertada por volta das 4h45, ocasião em que não conseguiu reconhecer os detidos, pois os roubadores estavam todos encapuzados no momento do roubo.

Na delegacia, o réu E. disse que é amigo do coacionado N. e que este o chamou para fazer um serviço de frete. Assim, no dia dos fatos, dirigiram-se até a cidade de Rolândia e, num posto de combustível, pegaram um caminhão Mercedes 608, que estava com a chave no contato. Por volta de 08h30, na cidade de Nantes, numa lanchonete localizada às margens da rodovia, receberam a determinação do indivíduo "Maringa" para deixar o veículo no pátio ali existente com as chaves no contato. Enquanto isso, ele (E.) e N. ficaram escondidos no mato, próximo à lanchonete até a madrugada, quando receberam ligação de "Maringá" dizendo que o caminhão já estava no local. Então, saíram do mato e embarcaram no veículo, seguindo viagem para Rolândia. No caminho, o pneu do caminhão estourou, quando estavam próximos da Usina Cocal de Narandiba e, só então, viu que se tratava de uma carga de produtos agrícolas. Pediu a N. a nota fiscal, mas, este informou que não tinha, pois a mercadoria havia sido roubada na cidade de Iepê/SP. Logo depois, foram abordados por policiais. Não conhece "Maringá", apenas viu que ele estava num veículo cor prata. Quando foram contratados, ele falou apenas que se tratava do transporte de uma carga e que pagaria a quantia de três mil reais para cada um (fls. 92/3).

N., por sua vez, contou que, dois meses antes dos fatos, foi até a cidade de Londrina para vender um veículo num estacionamento, quando encontrou um rapaz conhecido por "Maringá", com quem acabou fazendo amizade. Depois de um tempo, recebeu uma ligação dele, que lhe fez uma proposta de trabalho, para ganhar R$ 3.000,00. Tratava-se de levar um caminhão de Rolândia/PR até a cidade de Nantes. Como não era habilitado, convidou o amigo E. para acompanhá-lo, o qual também iria receber R$ 3.000,00 pelo trabalho. Assim, aportaram no destino por volta de 21h00 e logo chegou "Maringá", num veículo Voyage, com vários indivíduos desconhecidos em seu interior, ocasião em que ele pediu para aguardar, já que, depois, ligaria para buscar o caminhão. Por volta das 04h00, "Maringa" pegou o caminhão e disse que logo voltaria, ocasião em que ficou escondido no mato, na companhia de E. Passados, aproximadamente, quarenta minutos, "Maringá" voltou com o caminhão carregado de produtos agrícolas, oportunidade em que ele pediu que seguissem viagem com destino a Rolândia. Todavia, durante o trajeto, o pneu do caminhão estourou. Ligou para "Maringá", o qual disse que iria mandar um guincho para socorrê-los. Logo depois, foram abordados por policiais e, só então, ficou sabendo que se tratava de mercadoria roubada. Não sabia que a carga tinha origem ilícita, pois, quando foi contratado por "Maringá", este lhe disse apenas que se tratava de produtos sem nota fiscal (fls. 94/5).

Acesso ao Sumário

Em juízo, ambos persistiram na negativa, afirmando E., desta feita, que pegou a carga em Narandiba, em frente a uma lanchonete na beira da rodovia, ocorrendo que, ao chegar no local, a carga já estava lá (fl. 415 e mídia arquivada na serventia).

Já N. disse que o caminhão lhe pertencia e que pegou a carga em uma cidade antes daquela onde foi carregada. Ela lhe foi entregue por Maringá, que dirigia o veículo. Com ele havia outras pessoas que não conseguiu reconhecer, mas, estavam todos dentro de um Voyage. Recebeu a carga por volta das 5h00 e, nesse momento, E. já estava lá e viu quando ela chegou (fl. 415 e mídia arquivada na serventia).

Entanto, a versão exculpatória não convence, pois, além de isolada no contexto probatório, cede diante dos firmes depoimentos dos ofendidos e testemunhas.

As vítimas, nas vezes em que ouvidas, contaram os fatos detalhadamente, tal como narrados na denúncia.

C.M.S., vigilante da empresa, afirmou que foi abordado por seis ou sete indivíduos, o que ocorreu por volta das 21h00. Viu pelo menos oito armas em poder deles, mas não conseguiu reconhecer os réus, pois os roubadores usavam touca e capuz na cabeça. Eles foram embora por volta de 04h00, mas, antes, o trancaram no banheiro, onde ficou por aproximadamente uma hora e meia. Somente foi libertado quando o dono da empresa chegou (fls. 84/6 e mídia arquivada na serventia).

M.N.G.J., proprietário do estabelecimento, disse que, por volta das 04h00, recebeu uma ligação do funcionário B., informando da presença de um caminhão no pátio da empresa. Como não conseguia entrar em contato com o vigia, foi até lá e o encontrou trancado no banheiro. O caminhão que viu nas imagens captadas pelas câmeras de segurança da empresa era o mesmo que foi apreendido com os produtos subtraídos, pouco tempo depois do roubo (fls. 87/8 e mídia arquivada na serventia).

B.W. contou que passou em frente à empresa por volta das 04h00, quando notou a presença de um caminhão baú de cabine amarela, estacionado no pátio. Ao retornar com o trator vinte minutos depois, viu que ele não mais estava ali, o que achou estranho. Por isso, ligou para M. noticiando o ocorrido. Reconheceu o caminhão apreendido como sendo o mesmo que viu na empresa, naquela madrugada (fls. 91 e mídia arquivada na serventia).

E M.M.F., funcionário da empresa, disse que esteve no local do roubo por volta das 06h00, ocasião em que viu as imagens captadas pelas câmeras de segurança, que registraram a presença de um caminhão ali. Saiu de lá para uma reunião em Pirapozinho por volta das 07h30 e, ao passar próximo à usina Cocal II, viu um caminhão amarelo parado fora da estrada, com um indivíduo do lado

Acesso ao Sumário

de fora usando uma touca na cabeça. Ligou para a empresa, dando conta do ocorrido e, logo depois, ficou sabendo que o caminhão que viu na estrada era o mesmo utilizado no roubo (fl. 275).

Cediço que, em casos tais, a palavra da vítima assume máxima relevância, justamente porque, a par de se tratar de infração cometida, em regra, à sorrelfa, ausente interesse seu em increpar, graciosamente, o acionado.

Nessa linha:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – No crime de roubo, o depoimento da vítima, seguro e corroborado pelos demais elementos de prova, dentre os quais a apreensão da res furtiva em poder do réu, possui grande relevância para embasar decreto condenatório. (...) Consigne-se, a propósito, que a palavra da vítima, em crimes patrimoniais, normalmente praticados na clandestinidade, é de extrema valia, especialmente quando descreve com firmeza o modus operandi e aponta, do mesmo modo, a pessoa que praticou o delito, uma vez que seu único interesse é colaborar com a justiça. 'Em delitos de roubo, rotineiramente praticados às escondidas, presentes, apenas, os agentes ativo e passivo da infração, o entendimento que segue prevalecendo, sem qualquer razão para retificação, é no sentido de que a palavra da vítima é de fundamental importância para elucidação da autoria. E, na medida em que ela seja coerente, segura e não desmentida, o que cumpre é aceitá-la' (TACrim/SP, Rel. Juiz Luiz Ambra, RT 732/633, 'apud' Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco e outros, Ed. Revista dos Tribunais, 6a ed., 1997, p. 2568). 'A palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o juízo na realização do justo concreto' (TACRIM/SP Rel. RENATO NALINI - Ap. n. 1.048.309); 'em tema de roubo, a identificação dos agentes pela vítima é prova irretorquível, máxime quando a mesma sofre o traumatismo da ameaça, permanecendo a disposição daqueles, ajoelhada e sob a mira de revólver, durante longo período' (TACRIM/SP Rel. RENATO NALINI - Ap. 918.175)."* (Apelação

Acesso ao Sumário

Criminal nº 0109414-89.2014.8.26.0050, Rel. Luís Augusto de Sampaio Arruda, j. 09.02.2017).

Na mesma senda, as apelações nºs 0094445-35.2015.8.26.0050, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Airton Vieira, j. 07.02.2017; 0000183-54.2015.8.26.0548, Rel. Des. Camilo Léllis, j. 31.01.2017 e 0007991-78.2002.8.26.0609, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 26/03/14.

Também os policiais civis Roberley da Silva e Maciel Furtado de Souza mostraram-se firmes em seus testemunhos, ao azo do flagrante, vindo o último a confirmar, em juízo, a prisão dos réus na posse da *res furtiva*, logo após o crime. Disse que encontrou o caminhão com o pneu estourado, por volta das 09h30 e, dentro dele, várias toucas, além da *res furtiva* (fls. 81/2, 89/90 e mídia arquivada na serventia).

Não é de suspeitar-se da narrativa dos agentes da lei, em inexistindo fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha.

Nessa senda, julgados da Instância Especial: HC's 372.072, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 22.02.2017; 314.454/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17.02.2017; AREsp 1.013.235/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06.02.2017 e AgRg no AREsp 486621/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 10.12.2014.

Traga-se, ainda, a Apelação nº 0000225- 90.2015.8.26.0617, 4ª Câmara Criminal, Rel. Camilo Léllis, j. 14.02.2017).

E não tinha mesmo como os increpados ser reconhecidos, pois, ainda que, por epítrope, não tenham participado diretamente da execução do crime, ficaram, ao menos, encarregados de receber a *res*, isso enquanto a vítima era mantida em cativeiro, circunstância a evidenciar que agiam em compasso com os comparsas, estando o roubo em andamento.

Segundo afirmado pelo próprio acusado N., o caminhão lhe pertencia, porém, não soube ele explicar como o veículo foi parar nas mãos do tal "Maringá", que sequer acabou identificado.

Aliás, os acusados nem coerência guardaram nas vezes em que ouvidos, apresentando versões contraditórias, como visto.

Ora, quem é preso com o produto da rapina, instantes após a ação delituosa, só pode ser visto como o próprio roubador, máxime diante das peculiaridades apontadas.

Nesse contexto, bem lançada a condenação, não havendo falar em desclassificação da conduta para receptação e, muito menos, em absolvição por insuficiência de provas.

Passa-se à dosimetria.

Para ambos os acusados, as bases foram fixadas no mínimo, ficando em

Acesso ao Sumário

04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na sequência, houve o acréscimo da metade em face das três causas de aumento (emprego de arma, comparsaria e restrição de liberdade), findando os escarmentos em 06 anos de reclusão e 15 dias-multa, diária mínima.

E evidentes essas majorantes, haja vista o seguro depoimento da vítima, que, de forma firme e congruente, deu conta da dinâmica do ocorrido, bem descrevendo a conduta praticada pelos ladrões (fls. 84/6 e mídia arquivada na serventia).

Saliente-se ser inconcussa a restrição da liberdade do lesado, que ficou em poder dos malfeitores por várias horas e, depois, ainda permaneceu trancado no banheiro por aproximadamente uma hora e meia, tendo sido libertado somente quando chegou o dono da empresa.

Já a causa do emprego de arma independe da apreensão e perícia do artefato, se comprovada pela palavra da vítima e/ou prova testemunhal, como na espécie (STJ – AgRg no REsp 1.577.315/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28.06.2016; AgRg no REsp 1.582.127/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Sexta Turma, DJe 10.06.2016 e AgRg no REsp 1413231/MG, Relª. Minª. Marilza Maynard, Sexta Turma, DJe 30/09/14).

Bem delineadas, pois, as três qualificadoras, mostrando-se adequada a elevação praticada pela douta magistrada, máxime em face do expressivo grau de intimidação e humilhação que as circunstâncias majorantes impuseram à vítima, como visto.

De fato, vários foram os agentes, que empregaram diversas armas de fogo.

Por fim, cabente o regime prisional inicial fechado, não só pela extrema gravidade da conduta, que vem provocando desassossego na sociedade, mas, ainda, porque demonstraram os réus frieza, ousadia e sintonia íntima na execução do delito.

Tudo, então, a externar profunda intimidade com a atividade espúria e periculosidade.

De fato, manifesto o risco à incolumidade pública, particularidade a determinar sejam eles segregados do meio social, até porque a alínea "b" do parágrafo 2º, do art. 33 do Estatuto Repressivo se vale do termo "poderá", a indicar faculdade. Nesse sentir:

> *"(...) O regime inicial de cumprimento da pena para os delitos de roubo deve ser o fechado, seja porque é o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes dessa natureza, seja porque a concessão de regime diverso do fechado a autores de crime de roubo anula a finalidade intimidante da pena, estimulando a subtração da coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que o acusado primário (...)."* (Apelação nº 0079139-26.2015.8.26.0050, 7ª Câmara

Acesso ao Sumário

Criminal, Rel. Freitas Filho, j. 10.11.2016).

Traga-se, ainda, a apelação nº 0002779-10.2015.8.26.0322, 3ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Silmar Fernandes, j. 17.08.2016).

Anota-se, por derradeiro, que presente erro material na parte dispositiva da r. sentença. É que constou que os acionados foram condenados por infração ao art. 157, § 2º, I, II e IV, do CP, quando, em verdade, o correto é 157, § 2º, I, II e V, do CP, como bem observou o douto Procurador oficiante.

Em suma: mantém-se o r. édito monocrático, encampada sua motivação, corrigido erro material na parte dispositiva (art. 252 RITJ).

Nega-se provimento, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000910-57.2016.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante CLAUDEMIR DO AMARAL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.918)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 14 de agosto de 2018.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES TENTADO, COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO – Pleito de absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos – Palavra da vítima que foi corroborada por fartos elementos de convicção – Ademais, réu detido em flagrante, tentando subtrair o veículo do ofendido – Inversão do ônus da prova – Negativa de autoria que restou isolada no acervo probatório coligido – Condenação mantida – Penas bem fixadas – Causa de aumento relativa ao repouso

noturno que também restou devidamente comprovada – Abrandamento do regime prisional – Desacolhimento – Reincidência em crimes patrimoniais que revela a personalidade desvirtuada do acusado, recalcitrante na conduta delitiva, e que justifica a manutenção do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 135/142, **Claudemir do Amaral** foi condenado à pena de 01 ano e 13 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 09 dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no art. 155, *caput* e §1º, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformado apela o acusado em busca da absolvição, ao argumento de insuficiência probatória. E, subsidiariamente, requer o abrandamento do regime prisional (fls. 149/154).

Contrariado o recurso (fls. 164/168), subiram os autos, tendo a D. Procuradoria de Justiça opinado pelo desprovimento do apelo (fls. 181/193).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 27 de janeiro de 2016, por volta de 22hs, na Avenida Barroso, altura do nº 207, Bairro Hatiro Taba, em Araraquara, o acusado tentou subtrair, para si, o veículo GM, modelo Monza SL/E, ano 1991, cor azul, placas ABR-3365, avaliado em R$ 8.000,00, pertencente a Adilson Ilário, somente não conseguindo consumar o furto, cuja execução iniciou, por circunstâncias alheias à sua vontade, haja vista que foi flagrado quando realizava o delito.

Segundo narra a denúncia, na noite dos fatos, o acusado, aproveitando-se de que a vítima deixou seu veículo estacionado na via pública sem qualquer vigilância e com a porta do motorista destrancada, objetivando o seu apoderamento, nele adentrou; porém, antes de fazê-lo funcionar, o que tentou realizar, para deixar o local, acabou sendo surpreendido pelo dono do bem, que o fez abandoná-lo e a sair em desabalada carreira, até ser alcançado e preso, impedindo-o de consumar a subtração visada.

Com efeito, em que pese a irresignação defensiva, o apelo não comporta provimento.

Isso porque a materialidade delitiva está consubstanciada no auto de prisão em flagrante (fls. 30/41), boletim de ocorrência (fls. 41/45), auto de avaliação indireta (fls. 51), bem como na prova oral produzida.

Acesso ao Sumário

Com a autoria não foi diferente.

O acusado, em solo policial, negou a tentativa de furto, alegando que ingressou no veículo da vítima, que estava com a porta destravada, apenas para se esconder de um indivíduo de prenome Anderson, para quem devia certa quantia em dinheiro e passou a persegui-lo. Disse que tentou se explicar para o dono do veículo, mas ele não entendeu, razão pela qual tentou fugir, mas acabou detido pelo ofendido e a polícia foi acionada (fls. 41).

E, em juízo, apresentou versão semelhante, dizendo, desta feita, que estaria sendo perseguido por uma pessoa de nome Marcos Medina da Silva (conf. *mídia digital*).

No entanto, as escusas apresentadas pelo acusado não são dignas de crédito, porquanto totalmente dissociadas do acervo probatório coligido.

A vítima Adilson Ilário, nas duas oportunidades em que foi ouvida, relatou, de maneira bastante convincente, que, na noite dos fatos, após sair de uma reunião, avistou o acusado à distância ingressando no veículo de sua propriedade que estava estacionado no local mencionado na denúncia e, ao se aproximar, observou ele mexendo na ignição, quando então abriu a porta, puxou-o para fora e perguntou-lhe o que fazia ali, ao que ele respondeu que apenas estava se escondendo de alguém que o perseguia, embora não houvesse ninguém na rua, e empreendeu fuga, mas conseguiu detê-lo (fls. 40 e mídia digital).

Registre-se que, em delitos patrimoniais, os quais geralmente são praticados na clandestinidade, a palavra da vítima tem forte peso, até porque raramente contam com testemunhas presenciais, merecendo maior destaque no conjunto probatório amealhado.

Neste sentido:

"As palavras da vítima, em se tratando de delitos patrimoniais, assumem especial relevância, desde que, como na hipótese vertente, mostrem-se firmes, porquanto não é comportamento usual de quem sofreu um assalto incriminar alguém, sabendo ser tal pessoa inocente, na medida em que a vítima visa tão somente à punição do responsável pelo delito" (Rel. Pedro Gagliardi, Ap. n° 990.09.153421-8, 15ª Câm. Criminal, j. em 15.12.09).

Ademais, nada há nos autos que desabone tais relatos ou os tornem suspeitos, pois em nenhum momento foram impugnados ou infirmados pela defesa.

Mas não é só.

A testemunha Clóvis Soares Faria, por sua vez, confirmou os relatos do ofendido, esclarecendo que participou de reunião em companhia dele e que, ao término, caminhavam em direção ao veículo da vítima, quando se depararam com um indivíduo dentro do automóvel, sentado no banco do motorista e

Acesso ao Sumário

abaixado, bem como que, ao ser interpelado pelo dono, o mesmo procurou se evadir, mas foi capturado (*mídia digital*).

No mesmo sentido foram os depoimentos de Givaldo Teles Vidal e José Carlos Pereira dos Santos, ouvidos apenas no âmbito extrajudicial (fls. 38 e 39).

Como se vê, o conjunto probatório é farto e aponta, com segurança, a responsabilidade penal do acusado.

Ora, além das declarações firmes e coerentes da vítima e das testemunhas presenciais, o acusado foi preso em flagrante quando já estava na posse da *res furtiva*, o que constitui importante liame entre ele e o evento delituoso.

Nesse sentido:

"A apreensão da res em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, e invertendo-se o ônus da prova impõe-lhe justificativa inequívoca, posto que a dúbia escusa transmuda a presunção em certeza e por isso mesmo, autoriza o decreto condenatório" (JUTACRIM 66/410).

Ademais, a negativa de autoria não encontrou eco em nenhum elemento de convicção, além de ser totalmente desprovida de verossimilhança, uma vez que, quando interrogado, o acusado sequer soube precisar o nome de seu eventual perseguidor, ora se referindo a *Ander*son, ora a *Marcos Medina da Silva*, o que enfraquece sobremaneira a alegação de que apenas ingressou no veículo da vítima para se esconder.

Também é de destaque a afirmação da vítima no sentido de que o apelante estava mexendo na ignição do veículo, tentando colocá-lo em funcionamento, tudo a evidenciar o *animus furandi* do agente.

Assim, o tipo penal acha-se aperfeiçoado. Trata-se de subtração de bem móvel, cometida sem violência ou grave ameaça, a qual somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, haja vista a pronta intervenção do ofendido, o que torna descabida a pretendida absolvição por insuficiência probatória.

Bem reconhecida, ainda, a causa de aumento prevista no art. 155, §1º, do Código Penal, já que restou devidamente comprovado que o crime foi praticado durante o repouso noturno, em que há maior precariedade na vigilância do patrimônio.

Condenação, portanto, incensurável.

Outrossim, a pena foi dosada com parcimônia e desmerece qualquer ajuste. Aliás, sequer há insurgência defensiva neste ponto.

Por derradeiro, não há que se falar em abrandamento do regime prisional.

Primeiro porque trata-se de acusado reincidente específico em crime patrimonial, o que revela sua ousadia em investir contra o patrimônio alheio e que a fixação de regime diverso não seria suficiente para a reprovação e

Acesso ao Sumário

prevenção do crime.

Ademais, a despeito do *quantum* infligido, as circunstâncias judiciais desfavoráveis também autorizam o recrudescimento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3º, do Estatuto Repressivo.

Ora, **Claudemir** já foi condenado em outras três oportunidades, sendo beneficiado em uma elas com regime mais brando; no entanto, voltou a delinquir, demonstrando não estar apto ao desconto de pena privativa de liberdade em regime diverso do fechado.

Inviável, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, seja pela ineficácia da medida no caso concreto, seja por expressa vedação legal contida no art. 44, II, do Código Penal.

Nada há, portanto, a ser alterado, devendo a r. sentença subsistir por seus próprios fundamentos.

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

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0004145-77.2015.8.26.0001/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante GILSON DE SOUZA TEIXEIRA, é embargado COLENDA 9ª CÂMARA DO 5º GRUPO DA SEÇÃO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.251)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 3 de agosto de 2018.

AMARO THOMÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, NO TOCANTE AO

PEDIDO DE ADIAMENTO DE JULGAMENTO – NÃO ACOLHIMENTO – MATÉRIA NÃO DIZ RESPEITO AO CONTEÚDO DO ACÓRDÃO – EMBARGOS REJEITADOS.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por **Gilson de Souza Teixeira** em face do v. acórdão de fls. 1994/2008, qual se deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa do embargante, com redução da pena.

Alega, em suma, na petição de fls. 2017/2019, ocorrência de omissão, devido à falta de análise do pedido de adiamento do julgamento (fls. 1992).

É o relatório.

Trata a espécie de embargos de declaração nos moldes do artigo 619, do Código do Processo Penal, no qual está disposto que: "*Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos Embargos de Declaração, no prazo de 2 (dois) dias contado da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão*."

Da simples leitura das razões dos embargos de declaração, verifica-se que o embargante não aponta omissão, contradição ou obscuridade no acórdão. Seu inconformismo é decorrente da falta de análise de pedido de adiamento do julgamento.

Vale relembrar que no ordenamento jurídico se tem como facultativo o exercício da sustentação oral no momento do julgamento do recurso, bem assim a impossibilidade de inserção verbal de argumentos para enfrentamento da colenda turma julgadora, para se ter como absolutamente inexistente o cerceamento de defesa, sobretudo em se considerando, também, que, tratando-se de apelação interposta contra decisão do Egrégio Tribunal do Júri, incide a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, vale dizer, a análise do reclamo deve se restringir aos fundamentos apresentados pelo recorrente em suas razões de inconformismo, a teor do que dispõe a Súmula n.º 713, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*".

Neste particular, consigno que a orientação do C. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que mesmo a nulidade absoluta não será declarada à míngua de prejuízo efetivamente demonstrado – *pas de nullité sans grief*. Confira-se:

> *"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do* pas de nullité sans grief *exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta*

Acesso ao Sumário

quanto à relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (RHC 126885, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

Em remate, acrescento que ao recurso foi conferido parcial provimento, para redimensionamento da pena, o que significa dizer que houve detida apreciação, pelos julgadores, de todos os aspectos que pudessem ser favoráveis ao apelante.

Desta forma, ou seja, por se tratar de argumento estranho ao conteúdo do julgado, e não sendo comprovado efetivo prejuízo, os embargos de declaração não autorizam a anulação do julgamento, como requerido pelo douto defensor.

"Segundo o cânon inscrito no art. 619 do Cód. Proc. Penal, os embargos de declaração têm por objetivo tão- somente expungir do acórdão ambiguidade, contradição ou obscuridade ou ainda suprir omissão sobre tema de pronunciamento obrigatório do Tribunal. Tal recurso não se presta para discutir o tema analisado e proclamado no julgamento, pois o mesmo é desprovido de efeito infringente, salvo se a modificação decorrer da correção dos citados defeitos" (*RHC nº 6.275*; 6ª. Turma; rel. Min. Vicente Leal; *DJU* 20.10.97, p. 53.138; j. 19.8.97).

Outrossim, insurgindo-se quaisquer das partes contra o entendimento adotado pela Turma Julgadora, ou, ainda, sendo a alegação de *error in judicando*, outra deve ser a via processual a ser escolhida, vez que não se prestam os embargos de declaração para reexame da causa, mas, tão-somente, para sanar eventual *error in procedendo*, conforme disciplina o art. 619, do CPP, o que admitiria eventualmente o efeito modificativo (infringente), mas que inocorreu *in casu*.

Por oportuno:

''PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO - REDISCUSSÃO DA MATÉRIA - PREQUESTIONAMENTO - EMBARGOS REJEITADOS. 1. Não se agasalham em embargos de declaração quando a parte afirma a existência de omissão no acórdão, mas na verdade pretende rediscutir matéria já decidida. 2. A oposição dos embargos de declaração, ainda que tenha por finalidade o prequestionamento da matéria, não prescidem dos requisitos contidos no art. 619 do CPP, não constatadas na espécie." (TJMG – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N° 1.0153.09.089953-2/002 – Relator: Des. ADILSON LAMOUNIER – p. 21.07.2010).

Dessa forma, não havendo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão, **rejeito** os embargos.

Acesso ao Sumário

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 3006167-97.2013.8.26.0269/50001, da Comarca de Itapetininga, em que é embargante LUIZ FERNANDO MEDEIROS DE OLIVEIRA, 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 presentes embargos infringentes. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.801)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), AMARO THOMÉ, SILMAR FERNANDES, ANDRADE SAMPAIO e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 21 de junho de 2018.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Embargos Infringentes. Réu absolvido da imputação de lesão corporal seguida de morte, praticado em contexto de violência contra a mulher. Apelação interposta pelo Ministério Público pleiteando a condenação do réu. Acórdão que, por maioria, deu provimento ao recurso. Voto vencido provendo parcialmente o recurso, para o fim de condenar o réu como incurso no artigo 129, § 9º, do Código Penal. Recurso sustentando sua manutenção e consequente desclassificação da conduta. Inadmissibilidade. Controvérsia sobre o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o resultado morte da vítima, ocorrida em razão de septicemia provocada pela ação de agente biológico. Inocorrência de causa prévia e absolutamente independente ou de causa superveniente relativamente independente que, por si só, foi capaz de romper o nexo causal e produzir o resultado. Correta condenação pelo crime de lesão corporal seguida de morte. Decisão majoritária mantida. Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela r. sentença de fls. 589/601, cujo relatório fica adotado, **LUIZ FERNANDO MEDEIROS DE OLIVEIRA**, qualificado nos autos, foi absolvido da imputação por infração ao artigo 129, § 3º, c.c. artigo 129, § 10, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o assistente do Ministério Público interpôs recurso de apelação e, em julgamento nesta Colenda 9ª Câmara Criminal, a Turma Julgadora, por votação unânime, rejeitou a preliminar e, por maioria de votos, deu provimento ao recurso, para o fim de condenar o réu pela prática do crime de lesão corporal seguida de morte, em situação de violência contra a mulher, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, nos termos do voto do eminente Desembargador Souza Nery, que ficou com o acórdão, e do eminente Desembargador Roberto Solimene, que declarou voto vencedor, vencido o eminente Desembargador Lauro Mens Melo, que dava parcial provimento ao recurso, para o fim de condenar o réu como incurso no artigo 129, § 9º, do Código Penal, à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, concedida a suspensão condicional da pena (fls. 696/721).

Escudado no voto vencido, o embargante interpôs o presente recurso, sustentando sua manutenção e consequente desclassificação da conduta para o artigo 129, § 9º, do Código Penal (fls. 810/815).

Processado regularmente o recurso, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo indeferimento dos embargos (fls. 853/855).

É o relatório.

Em que pese o esforço expendido pelo nobre defensor constituído, anoto desde logo que a condenação do réu pelo crime de lesão corporal seguida de morte, praticado em contexto de violência contra a mulher, merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

De fato, o exame da prova evidencia que, no dia 24 de agosto de 2013, por volta da 01:00 hora, na Rua Miguel Aiube, nº 535, Vila Carvalho, na Cidade e Comarca de Itapetininga, o acusado Luiz Fernando Medeiros de Oliveira, agindo com *animus laedendi*, ofendeu a integridade corporal da sua ex-cônjuge Tânia do Nascimento Biral, produzindo-lhe as lesões corporais descritas no laudo, as quais resultaram, culposamente, por imprudência, na morte da vítima.

Segundo o apurado, a ofendida foi casada com o réu por cerca de 03 (três) anos e rompeu o relacionamento devido ao comportamento agressivo do cônjuge. No dia dos fatos, o acusado foi até a residência da vítima, onde se realizava um churrasco, quando então a visualizou conversando com um amigo. Enciumado, o acusado muniu-se de uma garrafa e tentou agredir o amigo da ofendida, o qual

Acesso ao Sumário

foi defendido por ela. Ato contínuo, o réu, incomodado com a atitude da vítima, desferiu um forte soco no rosto dela, que caiu ao chão, agressão essa que causou as lesões descritas no laudo, que, por sua vez, resultaram, culposamente, na morte da ofendida.

Assim resumidos os fatos, importa assinalar que, superadas as questões acerca da autoria delitiva e da presença do elemento subjetivo, consistente na vontade livre e consciente de lesionar, cinge-se a controvérsia sobre o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o resultado morte da vítima, ou seja, em saber qual o tipo de causa superveniente incidiu no caso em exame.

Conforme exposto nos votos vencedores (fls. 702 e 710), houve causa superveniente relativamente independente que não rompeu o nexo de causalidade, autorizando, assim, a responsabilização do acusado pelo resultado morte. Por outro lado, de acordo com o que foi sustentado no voto vencido (fl. 718), houve a incidência de causa superveniente que rompeu o nexo causal, devendo o réu responder somente pelo resultado menos gravoso, qual seja, a lesão corporal.

Examinadas à exaustão as provas coligidas aos autos, cumpre apenas fazer uma breve resenha dos acontecimentos, para melhor compreensão da matéria e desate da causa.

No dia 24/08/2013, a ofendida sofreu lesão corporal consistente em um soco no rosto, tendo sido levada para o hospital e medicada no dia seguinte, pois estava com o rosto e a boca inchados (testemunhas Suzana Emília Soares Martins, Luiz Carlos Pedroso Bueno e Paloma Martins Rocha) e a língua, também inchada, não parava na boca (testemunha Élcio Marcelo do Rosário Rodrigues), permanecendo nesse estado por dois ou três dias (testemunhas Vinícius Terra do Nascimento e Renata Medeiros).

No dia 26/08/2013, segundo a declaração extrajudicial da médica Gisele Cordeiro Saucedo Dominguez, a vítima passou por inúmeros exames e já apresentava um quadro de infecção e, no dia seguinte, passou por mais exames que detectaram infecção na região mandibular, seguida de melhoras e pioras do quadro clínico nos dias que se seguiram até a internação em UTI e necessidade de intervenção cirúrgica. Ainda de acordo com a referida médica, ocorreu a fratura da cartilagem da tireoide da paciente devido a dificuldade do procedimento de traqueostomia, afirmando que tal incidente não foi o causador do óbito da paciente. Informou a médica, ainda, que traumas tanto de extração dentária ou agressão física poderiam levar ao quadro infeccioso. Acrescentou a referida médica, por fim, que o quadro infeccioso da paciente poderia ter evoluído para a cura, porém a agressão poderia ser um fator que levou a piora da infecção, ou causador de uma solução de continuidade de um trauma cirúrgico que estava em restabelecimento (cicatrização) (fls. 145/174).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido foi a declaração extrajudicial do médico Mário Carneiro Neto, o qual confirmou que no dia 02/09/2013 a vítima estava na UTI em estado grave e necessitava de uma traqueostomia para drenagem de abcesso (coleção purulenta). Disse, ainda, que foi grande a dificuldade técnica do procedimento de traqueostomia, porquanto a infecção tomava conta do local, da qual resultou uma parada cardiorrespiratória revertida com sucesso. Acrescentou que a *causa mortis* da paciente foi o choque séptico, o qual não teve nenhuma relação com o trauma da cartilagem tireoidiana (fl. 148).

Por fim, no dia 03/09/2013 a vítima Tânia do Nascimento Biral foi a óbito em razão de "*septicemia provocada pela ação de agente biológico*" (cf. declaração de óbito de fl. 17 e retificação do laudo de exame necroscópico de fl. 117).

Colocadas tais premissas, é lícito concluir que a internação hospitalar da vítima decorreu da violenta agressão perpetrada pelo réu, a qual causou inchaço no rosto, na boca e na língua da ofendida, que, na sequência, sofreu processo infeccioso justamente em razão do trauma na região que estava sensível por força de uma extração dentária, motivo pelo qual foi necessária uma intervenção cirúrgica que, infelizmente, não foi suficiente para cessar o quadro infeccioso e evitar o fatídico evento.

E não há como olvidar que a cirurgia de traqueostomia a que foi submetida a ofendida, desencadeada por um quadro de septicemia, era necessária para afastar o perigo de morte que ela corria, sendo certo que tal cirurgia foi provocada, ainda que indiretamente, pela conduta delituosa do acusado.

Em outros termos, o referido procedimento cirúrgico de urgência não configurou causa superveniente que, por si só, produziu o resultado, uma vez que, repita-se, a vítima só foi internada em razão de um soco desferido pelo réu. Logo, não há que se falar em causa que permita a desclassificação para lesão corporal culposa, nos termos do artigo 13, § 1º, segunda parte, do Código Penal.

Nesse sentido, trago à colação as precisas ponderações do nobre Procurador de Justiça oficiante, Dr. Ilson Roberto Severino Dias:

"A morte da infeliz vítima, TÂNIA, não foi natural, absolutamente, independentemente da agressão havida, mas em decorrência da agressão imposta pelo recorrido LUIZ FERNANDO, e cuidando-se de mentalmente equilibrar-se os fatos sem o "violento soco" desferido contra ela, à toda evidência, o resultado não teria havido, TÂNIA estaria por aí, cuidando da própria vida.

Então, a agressão se insere no processo de causação do resultado havido: a morte de TÂNIA, até porque, repita-se, o procedimento cirúrgico havido foi para afastar-lhe o perigo à sua vida, tendo ela sucumbido à septicemia, pelo agente biológico, expostas suas entranhas a processo infeccioso" (cf. fls.

678/679).

No sentido do exposto, a jurisprudência pátria já decidiu que: "*A septicemia que atingiu a vítima de várias facadas em órgãos vitais, levando-a à morte, não pode ser vista como causa relativamente independente, conforme o § 1º do art. 13 do CP, de molde a excluir a imputação da prática de lesão corporal seguida de morte, visto que todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento criminoso devem ser considerados causa deste"* (TJMG – RT 788/659). Ainda: "*Homicídio qualificado – Tentativa – Morte superveniente da vítima em razão de infecção generalizada – Aditamento da denúncia – Nexo causal entre os ferimentos e o óbito – Septicemia que não pode ser havida como causa independente do resultado – Recurso não provido" (TJSP – JTJ – 228/313). Por fim: "A concausa superveniente é aquela que derivando-se de um fato de outrem ou de um acontecimento estranho ao agente, se intercala na cadeia causal por este inaugurada. Ora, não fosse a ação do réu do que resultaram as lesões corporais, a septicemia não se instalaria no corpo da vítima, pois, como concluíra os técnicos, a infecção derivou daquelas lesões*" (TJSP – AC – Rel. Celso Limongi – RT 697/280). No mesmo sentido, TJSP: RTJ 528/320; TACRIM-SP: RT 455/376, 580/372, 596/410; e JUTACRIM: 92/281 e 93/166.

Portanto, a meu aviso, a morte da vítima não decorreu de causa prévia e absolutamente independente, tampouco em razão de causa superveniente relativamente independente que, **por si só**, foi capaz de romper o nexo causal e produzir o resultado. Ao contrário, a causa superveniente inseriu-se na corrente causal sem que, por si só, tenha interrompido o nexo. Por conseguinte, o resultado morte deve ser debitado ao réu, autor da primitiva ação delituosa.

A pena – 05 anos e 04 meses de reclusão – foi devidamente individualizada e justificada, não comportando alteração, devendo ser mantido, também, o regime inicial semiaberto.

Em assim sendo, pedindo vênia ao ilustre prolator do voto vencido, entendo que a razão está com a douta maioria e, por isso, rejeito os presentes embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002691-78.2015.8.26.0416/50000, da Comarca de Panorama, em que é embargante I.S.B., é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos,

Acesso ao Sumário

acolheram os embargos infringentes para absolver o réu da imputação de ter infringido o artigo 217-A do Código Penal, com fundamento no artigo 386, incisos III e VI, do Código de Processo Penal, vencidos os 4º e 5º Juízes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.208)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), LAURO MENS DE MELLO, ALEX ZILENOVSKI e IVANA DAVID.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ANÁLISE DO CASO CONCRETO – CONSENTIMENTO VÁLIDO DA OFENDIDA – ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

VOTO

Cuida-se de embargos infringentes opostos contra o v. acórdão de fls. 186/194, que em ação penal pública incondicionada movida pelo Ministério Público contra o embargante, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar I.S.B. às penas de **8 anos de reclusão**, em **regime inicial semiaberto**, por incurso no **artigo 217-A do Código Penal.**

Inconformado, opôs o réu os presentes embargos infringentes (*fls. 1/20*), alicerçando-se no voto vencido do Revisor (*Desembargador Lauro Mens de Mello - fls. 195/210*), requerendo sua absolvição.

Os embargos foram regularmente processados, manifestando-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça por sua rejeição (*fls. 54/79*).

É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria, os embargos infringentes merecem acolhida para que seja prestigiada a absolvição do embargante, nos termos do judicioso voto proferido pelo Desembargador Lauro Mens de Mello.

Consta dos autos que, em datas incertas, anteriores ao dia 08 de novembro de 2015, na residência situada na Rua (...), bairro Ginásio, comarca de Panorama, I.S.B. manteve conjunção carnal com a adolescente A.D.O., menor de 14 anos.

Segundo apurado, I. e A. começaram a namorar em meados de 2014 e, no bojo desse relacionamento, praticaram conjunção carnal por mais de uma vez.

Nas oportunidades em que foi ouvido, o réu confessou que namorou a vítima ciente da idade dela, com o conhecimento dos respectivos genitores.

Acesso ao Sumário

Durante o relacionamento manteve relações sexuais com a ofendida por diversas vezes, sempre de forma consentida por ambos. Afirmou que, mesmo antes disso, a vítima já havia se relacionado sexualmente.

No mesmo sentido, a vítima, A., disse que iniciou o relacionamento com o réu aos 12 anos de idade, tendo permanecido junto a ele por cerca de 1 ano, com ciência e autorização dos genitores. Durante o namoro, teve relações sexuais com o réu de forma consentida, já tendo iniciado sua vida sexual antes de namorá-lo. Atualmente, namora o pai de seu filho.

A genitora da ofendida, L.M.D., confirmou que A. iniciou o namoro com o acusado com cerca de 12 anos de idade, com ele permanecendo por cerca de 1 ano, tendo também outros namorados. Relatou que consentia com o namoro e sabia que a vítima mantinha relações sexuais com o réu, sendo que ambos chegaram a morar juntos, porém se separaram. Quanto ao filho de A., disse acreditar que era de outro namorado dela, com quem ela atualmente mantém relacionamento.

A testemunha *I.V.S.*, vizinha do réu e da vítima, disse que o namoro de ambos era público e notório, sendo que as famílias consentiam com a relação amorosa. Indagada, disse que a vítima demonstrava maior maturidade, acreditando que ela tivesse cerca de 15 anos.

A testemunha *V.A.Q.*, tia do pai do filho da vítima, confirmou que o relacionamento entre o acusado e A. durou alguns meses. Antes, a vítima já havia se relacionado com outras pessoas, e namorou também seu sobrinho. Questionada, afirmou que a ofendida aparentava ter mais idade.

A testemunha *A.M.*, conselheiro tutelar, narrou que, diante de informação de que a vítima, à época com 12 anos de idade, suspeitava estar gestante, indagou-a a respeito de tais fatos, tendo ela confirmado a prática de relações com o acusado e a gravidez. Diante disso, foi registrada ocorrência policial e adotadas as demais providências cabíveis.

Muito embora a ocorrência de conjunção carnal entre o réu e a vítima seja fato incontroverso nestes autos, é preciso, ao aplicar a lei, analisar o caso concreto com o objetivo de alcançar a efetiva Justiça.

In casu, por ocasião do registro da ocorrência, A. possuía 13 anos, enquanto o acusado, seu namorado, contava com 19 anos. A. deixou claro que o relacionamento era de conhecimento de seus genitores e que as conjunções carnais realizadas foram fruto de seu envolvimento amoroso, sendo todas consentidas.

A. e I. chegaram a morar juntos e a formar entidade familiar, tendo Relatório Psicológico de fls. 30/37, em suas considerações técnicas, concluído que "*A. e I. estão em processo de vinculação afetiva, estabelecimento de diálogo, respeito mútuo, limites e delimitação da individualidade e de espaço de cada*

Acesso ao Sumário

um".

Assim, verifica-se que, embora reduzida a idade da vítima, ela tinha plena consciência ao consentir, de forma válida, com as relações sexuais que decorreram de seu relacionamento amoroso, baseado no afeto mútuo. Ora, tanto a ofendida tinha ciência de seus atos que possuía vida sexual com outros indivíduos, não sendo excessivo mencionar que o filho da ofendida não é fruto do relacionamento com o acusado (*fls. 92/93*).

Nesse contexto, em se tratando de caso peculiar, em que a vítima possuía conhecimento e interesse pela vida sexual, não há que se falar em violência presumida e tampouco em violação de sua dignidade sexual, pois embora precocemente, escolheu manter relações sexuais com o acusado.

Ademais disso, o réu, admitindo integralmente a prática das relações sexuais com a vítima, justificou que o relacionamento possuía a aprovação dos genitores da menor, a evidenciar que, realmente, não tinha o entendimento de que estaria cometendo um crime.

Com efeito, a própria mãe da ofendida confirmou que aprovava o relacionamento com o réu, com ciência da existência de relações sexuais entre ambos. Também as testemunhas arroladas corroboraram que a relação entre o casal era pública e notória, tendo, aliás, a própria tia do verdadeiro genitor do filho da vítima relatado a boa conduta do acusado.

Trata-se, verdadeiramente, de hipótese excepcional, em que a conduta praticada pelo réu era amplamente aceita na comunidade em que inserido, de forma que as características valorativas do agente não lhe permitiam ter ou atingir a consciência da ilicitude do fato.

Conceitua *Guilherme de Souza Nucci* que a culpabilidade *"(...) deve ser um juízo de censura voltado ao imputável, que tem consciência potencial da ilicitude, e, dentro do seu livre arbítrio (critério da realidade), perfeitamente verificável, opte pelo caminho do injusto sem qualquer razão plausível a tanto (...)"* (Código Penal Comentado, 17ª Edição, Ed. Forense, p. 244/245).

Nesse sentido, para que o autor de um fato típico e antijurídico seja considerado culpável, *"(...) é bastante que o agente saiba que seu comportamento contradiz as exigências da vida social e que, por conseguinte, se acha proibido juridicamente (...)"* (Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini *in* Código Penal Interpretado, 9ª Edição, Ed. Atlas, p. 116).

Importante esclarecer que a potencial compreensão da ilicitude não se confunde com o desconhecimento da lei, que é inescusável. Constitui, sim, o **desconhecimento profano do injusto**, resultando *"(...) da apreensão do sentido axiológico das normas de cultura, independentemente de leitura do texto legal."* (Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini *in* Código Penal Interpretado, 9ª Edição, Ed. Atlas, p. 116).

O juízo de censura, portanto, deve inquirir se o conjunto de informações auferidas pelo agente ao longo de sua vida até o momento da conduta conferiam-lhe condições de compreender a reprovabilidade social da atitude por ele tomada. E, na hipótese de o agente, por erro plenamente justificado, pela falta ou pela impossibilidade de ter conhecimento da ilicitude da conduta, supor que atue licitamente, como é o caso, ocorre, como denomina a lei, o **erro sobre a ilicitude do fato**, nos termos do artigo 21 do Código Penal:

> Art. 21 - **O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena**; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
>
> Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Na hipótese, o conjunto probatório permite concluir que o acusado, de fato, agiu desconhecendo a norma proibitiva ou a conhecendo mal, pois entendeu que sua ação, por contar com a aprovação dos genitores da vítima e da própria comunidade, não se ajustava ao tipo legal, em claro **erro de proibição escusável.**

E, como é cediço, *"(...) se por qualquer razão, quando ele próprio, por não ter tido sequer a possibilidade de desconhecer o injusto de sua ação, comete o fato sem se dar conta de estar infringindo alguma proibição, sua conduta não pode ser tida como censurável, inexistindo, por isso, a culpabilidade* (...)"(Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini in Código Penal Interpretado, 9ª Edição, Ed. Atlas, p. 116).

Cabe destacar que não se está, de modo algum, a julgar o comportamento da vítima, que, sob o artigo 2º do ECA, é adolescente e, assim sendo, goza de proteção absoluta, nos termos 227 da Constituição Federal. Tampouco se olvida que, após a alteração trazida pela Lei 12.015/09, a corrente jurisprudencial majoritária defenda que é absoluta a presunção de vulnerabilidade do artigo 217-A do Código Penal.

Entretanto, cabe ao aplicador da lei analisar a conduta à luz das peculiaridades do caso concreto, notadamente porque a concepção atual do Direito Penal "(...) *está intimamente relacionada com os efeitos que ele deve produzir, tanto sobre o indivíduo que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua. Além disso, é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade (...)"* (Cezar Roberto Bitencourt – Tratado de Direito Penal, Volume 1 – Parte Geral, 23ª Ed. Saraiva. p. 141).

Assim, tratando-se de um caso peculiar e de singular excepcionalidade, deve-se levar em conta o **discernimento da menor** e a **culpabilidade do acusado** ante as transformações culturais e sociais da atualidade, sob pena de

Acesso ao Sumário

se cometer uma verdadeira injustiça, conforme bem ponderado pelo lúcido voto divergente.

Em suma, com a devida vênia ao entendimento majoritário, entende-se que não ocorreu a necessária violação ao bem jurídico tutelado pelo artigo 217-A do Código Penal e tampouco se vislumbra a culpabilidade do acusado na prática do crime em questão, pelo que a absolvição se mostra a medida mais justa para o caso concreto.

Nessas circunstâncias, acolhem-se os embargos infringentes para absolver o réu da imputação de ter infringido o artigo 217-A do Código Penal, com fundamento no artigo 386, incisos III e VI, do Código de Processo Penal.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2097407-45.2018.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é impetrante R. P. DE S. e Paciente L. P. M. A.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.862)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 18 de julho de 2018.

OTAVIO ROCHA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas corpus* – Crime de ameaça envolvendo violência doméstica – Paciente que, mesmo estando sujeito a medidas protetivas de urgência, tornou a importunar e perseguir a ofendida e o irmão desta, ameaçando-os de causar mal injusto e grave – Prisão preventiva que se justifica para a preservação da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal – Paciente que alega sofrer de 'transtornos psiquiátricos', o que

justificaria a revogação da custódia cautelar – Tese que não comporta acolhimento – Não comprovação de doença grave que implique debilidade extrema – Paciente que pode valer-se de atendimento médico, nos termos previstos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) – Pedido subsidiário para que seja cumprida a carcerária em "Sala de Estado Maior", por exercer o paciente a profissão de advogado, que também não merece acolhimento – A existência de cela reservada a pessoas em idênticas condições jurídicas, dotada de instalações e comodidades condignas, supre a falta de "Sala de Estado Maior" – Precedentes – Inexistência de coação ilegal – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo i. Advogado Dr. Regis Pereira de Souza, a favor de L.P.M.A., sob a alegação de que ele estaria sofrendo coação ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara, consistente na decretação de sua prisão preventiva nos autos da Ação Penal nº 0005549-50.2018.8.26.0037.

Alega o i. Defensor, em suma, que: (1) não estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva; (2) o paciente sofre de doença psiquiátrica[1], a demandar tratamento médico adequado e remédios específicos; e, ainda, que (3) ele exerce a profissão de advogado, de sorte que tem direito a ser recolhido preso em sala de "Estado Maior", nos termos do art. 7º, V[2], da Lei Federal nº 8.906/94.

Ante tais argumentos, postula a concessão da ordem a fim de que esta Corte determine a revogação da prisão preventiva de L.P., expedindo-se alvará de soltura a seu favor. Subsidiariamente, requer a substituição da custódia por medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do CPP, ou sua remoção a uma sala de "Estado Maior".

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 48/55.

O writ foi regularmente processado, com a juntada das informações de estilo (fls. 58/59).

O parecer da Egrégia Procuradoria de Justiça de *Habeas Corpus* e Mandados de Segurança Criminais é pela denegação (fls. 66/69).

1 (CID 10 F 43.2 - Transtornos de adaptação; CID 10 F 40.1- Fobias sociais; CID 10 F 41 - Outros transtornos ansiosos).

2 Lei nº 8.906/94 [Estatuto da Advocacia] – "Art. 7º São direitos do advogado: (...) V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar".

Acesso ao Sumário

É o breve relatório.

A ordem deve ser denegada.

1. L.P. foi denunciado por violação, em concurso material, ao art. 147 do Código Penal, cc. art. 24-A da Lei nº 11.340/06 (e-SAJ).

Segundo consta da denúncia, o paciente manteve relacionamento amoroso, por cerca de dez anos, com R.M.V.S., sendo que desse relacionamento adveio um filho.

A união conjugal se desfez em razão de constantes desentendimentos ocorridos entre o casal, muitos deles provocados pelo comportamento agressivo de L.P., o que ensejou, inclusive, a adoção de medida protetiva de urgência consistente na proibição de sua aproximação à vítima R.M. e seus familiares.

Ocorre que, no dia 8.5.2018, por volta das 15h11min, nas dependências do Fórum da Comarca de Andradina, situado na Rua dos Libaneses, nº 1.998, L.P. descumpriu a decisão judicial acima mencionada, aproximando-se de R.M. e de seu irmão A.V.S., a quem ameaçou de causar mal injusto e grave.

Descreve a denúncia: *"Nesta oportunidade, descumprindo a medida protetiva, L. P. aproximou-se da ofendida e dirigiu a ela um gesto, com a mão fechada, como forma de intimidá-la. Pouco depois, a vítima foi ao encontro de seu irmão A., que trabalha como assistente social do Fórum, e deixavam o setor técnico quando, novamente, se depararam com o indiciado que, desta vez, apontou o dedo contra A., fazendo gestos de degola, como forma de intimidá-lo. O denunciado foi detido pelos policiais militares que estavam presentes no fórum e as vítimas ofereceram a devida representação (fls. 10 e 05)".*

O paciente foi conduzido para audiência de custódia, oportunidade em que sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva pelo d. Juízo de Primeiro Grau, sob os seguintes fundamentos (e-SAJ):

> "Os elementos colhidos no auto de prisão em flagrante são suficientes para fazer presumir que, em liberdade, o indiciado poderá voltar a praticar o delito, o que compromete a ordem pública. Além do mais, poderá intimidar testemunhas, ou, ainda, eventualmente, evadir-se do distrito de culpa, comprometendo a instrução criminal e a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP. A manutenção de sua custódia cautelar mostra-se imprescindível para preservar a integridade física e emocional da vítima, bem como a garantia da ordem pública. Até mesmo porque, reiteradamente, o indiciado vem descumprindo aquela ordem judicial de afastamento. Insta salientar que nos crimes de violência doméstica, as palavras da vítima ganham especial relevância, sobretudo quando confirmadas as circunstâncias por outros elementos produzidos nos autos. Segundo informações constantes dos autos, há testemunhas presenciais destas ameaças. Assim, o princípio da presunção da inocência não é incompatível com a prisão cautelar e nem impõe ao

indiciado uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas, sim, de sua periculosidade, seja para a ordem pública, seja para a futura aplicação da lei penal, razão pela qual não se há de cogitar da violação do princípio constitucional referido. Os delitos praticados por ele estão relacionados à Lei nº 11.340/06, o que exige uma rigorosa conduta preventiva de proteção estatal em face da vítima, conforme preceitua o art. 313, III, do CPP. Saliente-se que outras medidas cautelares não são adequadas à situação dos fatos, bem como à gravidade dos crimes por ele praticados. Assim, porque presentes os pressupostos e requisitos legais converto em preventiva a prisão em flagrante do indiciado L.P.M.A".

A r. decisão, motivada, deve ser mantida, uma vez que se encontra alinhada com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça manifestado no seguinte julgado, v.g.:

"Evidenciado que o recorrente, mesmo após cientificado das medidas protetivas de urgência impostas, ainda assim voltou a ameaçar a vítima, demonstrada está a imprescindibilidade da sua custódia cautelar, especialmente a bem da garantia da ordem pública, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da ofendida (...), fazendo cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, e também para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas." (RHC 27518/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 28/06/2010).

De se anotar que as condições pessoais do paciente, por si só, não autorizam a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares de urgência (art. 319 do CPP), especialmente considerando-se que ele descumpriu, deliberadamente, ordem judicial estabelecida à luz dos preceitos da Lei Maria da Penha, o que autoriza a prognose de que venha novamente a aproximar-se das vítimas – e, na pior das hipóteses, a materializar a agressão objeto da ameaça acima narrada.

2. As demais teses também não comportam acolhimento.

2.1. A questão relativa à saúde psiquiátrica do paciente não autoriza a revogação da sua prisão preventiva.

O i. Impetrante afirma na petição inicial que L.P. sofre de doença psiquiátrica[3], a demandar tratamento médico adequado e remédios específicos.

Não se duvida da seriedade dos *transtornos psiquiátricos* suportados pelo paciente, a demandar cuidados para manutenção de sua saúde. Contudo, não parece ser correto afirmar que ele está acometido por *doença grave* que implique *debilidade extrema.*

Sobre o que se entende por doença grave para fins de substituição da prisão preventiva por domiciliar – que, tecnicamente, seria a solução postulada

Acesso ao Sumário

3 (CID 10 F 43.2 - Transtornos de adaptação; CID 10 F 40.1- Fobias sociais; CID 10 F 41 - Outros transtornos ansiosos).

na impetração –, GUILHERME DE SOUZA NUCCI[4] afirma que "*Não se trata de ser enfermo, mesmo gravemente; a lei é enfática ao demandar debilidade extrema em função dessa doença. Por isso, cabe a avaliação judicial para cada caso, sem que se possa automatizar a concessão da prisão domiciliar. Ilustrando, o portador do vírus da AIDS, mesmo com manifestações de enfermidades oportunistas, não faz jus à prisão em domicílio, salvo se estiver em situação de limite, debilitado a ponto de não representar qualquer perigo à sociedade*".

Nesse sentido, v.g., os seguintes julgados [sem destaques nos originais]:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DE ALIMENTOS. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A SUBSTITUIÇÃO. [...] 4 - A substituição da prisão civil por prisão domiciliar é admitida apenas em situações excepcionais, tal como na espécie, em que o paciente demonstra ter sido acometido por doenças graves - esclerose múltipla, diabetes e poliartrose - que inspiram cuidados médicos contínuos, sem quais há risco de morte ou de danos graves à sua saúde e integridade física. 5 - Recurso em habeas corpus provido.* (STJ - RHC 86.842/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 19/10/2017).

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO CONTRA POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR RECOLHIMENTO DOMICILIAR. ART. 318, INCISO II, DO CPP. EXTREMA DEBILIDADE NO ESTADO DE SAÚDE DO RÉU E IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER TRATAMENTO MÉDICO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 3. Não comprovada a extrema debilidade do recluso ou a gravidade da doença e, asseguradas todas as garantias para que sejam atendidas suas necessidades de saúde dentro do estabelecimento prisional, inviável o deferimento da prisão domiciliar, especialmente em se considerando a gravidade dos delitos pelos quais já foi, inclusive, pronunciado. 4. Habeas corpus não conhecido.* (STJ - HC 389.009/TO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017).

Ademais, não se pode perder de vista que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), em diversas passagens, prevê que a pessoa presa, ainda que *provisoriamente*, tem direito à assistência à saúde, incluído, se necessário, *atendimento médico*, como se verifica dos seguintes dispositivos [sem destaques no original]:

> Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter

4 DE SOUZA NUCCI, Guilherme, *Código de Processo Penal Comentado*, 14ª ed. São Paulo: Forense, 2015, pág. 748.

Acesso ao Sumário

preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

(...)

Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

(...)

Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

(...)

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Aliás, o legislador foi categórico ao reconhecer aos *presos provisórios* o direito de obter permissão para sair da unidade prisional, *mediante escolta, por necessidade de tratamento médico.*

L.P., portanto, deverá se valer dos dispositivos legais acima mencionados para postular eventual atendimento médico junto à unidade prisional onde se encontra recolhido.

2.2. Por outro lado, quanto à prerrogativa funcional decorrente da profissão de advogado – que permitiria ao paciente ter a liberdade constrita, provisoriamente, em "Sala de Estado Maior" –, cabe ponderar que tal direito não é absoluto, devendo ser avaliado com ponderação e razoabilidade.

Para compreender o significado da expressão "Sala de Estado Maior", calha trazer a lume os elementos fixados em julgamento do Tribunal Pleno da Suprema Corte vazado no seguinte aresto:

Acesso ao Sumário

"(...) 1. Por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma organização militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar); assim sendo, "sala de Estado-Maior" é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. 2. A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma "cela" tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém – e, por isso, de regra contém grades –, uma "sala" apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. 3. De outro lado, deve o local oferecer "instalações e comodidades condignas", ou seja, condições adequadas de higiene e segurança. (...)" (STF - Rcl 4535/ES Rel. Min. Sepúlveda Pertence J. 07/05/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento de que a existência de cela individual especial, dotada de instalações e comodidades condignas, supre a falta de "Sala de Estado Maior", conforme se constata dos seguintes arestos:

"PROCESSUAL PENAL. ADVOGADA. SALA DE ESTADO MAIOR OU, NA SUA FALTA, PRISÃO DOMICILIAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. I - O inciso V do art. 7º da Lei nº 8.906/1941, que teve sua constitucionalidade confirmada em julgamento realizado pelo Pretório Excelso, assegura aos advogados presos provisoriamente o recolhimento em sala de Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar (Precedentes). II - No entanto, encontrando-se a paciente em cela especial individual, com instalações e comodidades condignas, que cumpre a mesma função da sala de Estado Maior, não resta configurado qualquer constrangimento ilegal na segregação cautelar (Precedentes do STF e desta Corte). Habeas corpus denegado." (STJ – HC 149056/SP – Rel. Min. FELIX FISCHER – 5ª Turma – DJe 30/08/2010).

"(...) 2. O art. 7º, inciso V, da Lei nº 8.906/1994, que teve sua constitucionalidade confirmada em julgamento realizado pela Suprema Corte, assegura aos advogados presos provisoriamente o recolhimento em sala de Estado Maior ou, na sua falta, em prisão domiciliar (Precedentes). 3. A alteração havida no Código de Processo Penal pelas Leis nº 10.258/2001 e 12.403/2011 (arts. 295 e 318), no tocante à prisão especial e à prisão domiciliar respectivamente, não alteram a prerrogativa de índole profissional, qualificável como direito público subjetivo do advogado regularmente inscrito na OAB, quanto à prisão provisória em Sala de Estado Maior. 4. Caso em que a paciente encontra-se recolhida em cela individual, com instalações e comodidades condignas, que cumpre a mesma função da Sala de Estado Maior, razão por que não está configurado qualquer constrangimento ilegal na segregação cautelar (Precedentes do STF e desta Corte)" (STJ – HC 288488/MG – Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA – 5ª Turma – DJe 22/09/2015).

Acesso ao Sumário

É o caso dos autos. De acordo com as informações encaminhadas a esta Corte pela d. Autoridade Judicial apontada como coatora, o paciente encontra-se custodiado em "cela especial", isolado dos presos comuns e em companhia somente de outros detidos nas mesmas condições, conforme consta de fls. 60.

3. Sopesados, pois, os informes constantes dos autos, não se vislumbra a coação ilegal propalada na impetração.

4. Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO** o *habeas corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2148593-10.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente AMILTON DE CARVALHO e Impetrante LUCIANO BERNARDES DE SANTANA, é impetrado MM. JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE SÃO PAULO - SP.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram liminarmente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.231)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Execução Penal – Impetração substitutiva a recurso adequado – Impossibilidade de utilização do *writ* como sucedâneo recursal – Precedentes do Col. Supremo Tribunal Federal – Indeferimento liminar.

VOTO

Relatório

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Amilton de Carvalho, apontando-se como autoridade coatora o MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais do Foro Central da Barra Funda da Comarca da Capital.

Em resumo, alega o impetrante que o paciente estaria sofrendo possível constrangimento ilegal, em decorrência da r. deliberação que teria indeferido

Acesso ao Sumário

pleito de progressão de regime prisional a que supostamente faria jus, pois está há 3 (três) anos no regime semiaberto, já tendo gozado de 15 (quinze) saídas temporárias, sem qualquer intercorrência, o que demonstra reunir mérito para nova promoção a regime mais suave.

Requer, nestes termos, a concessão da ordem para que seja o paciente promovido ao regime prisional aberto.

Dispensa-se o pedido de informações, bem como a remessa à D. Procuradoria Geral de Justiça em razão do que decido a seguir.

Voto n. 40.231

Respeitosamente, o *writ* há de ser indeferido liminarmente, nos termos do disposto pelo art. 663 do Cód. de Processo Penal.

Justifico.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário.

Nesse sentido a série de precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). Assim também vem entendendo o E. STJ: HC 251.153/SC – rel. Min. Laurita Vaz – j. 25.2.2014, DJe 12.3.2014.

A ação de *habeas corpus* destina-se a remediar situações de iminente violência ou coação ilegal na liberdade de locomoção, cf. se extrai da leitura do disposto pelo art. 647 da Lei Adjetiva Penal.

E, com todo o respeito, esta não é a situação apresentada na impetração.

O E. Impetrante se insurge contra o fato de não ter sido concedida, na origem, progressão de regime prisional ao ora paciente, pois, no seu modo de ver, os pressupostos objetivo e subjetivo estariam devidamente preenchidos.

Todavia, para provocar a atividade judiciária, nesta hipótese, existe recurso específico, qual seja, o de agravo em execução, previsto no art. 197 da Lei 7.210/84, oportunidade em que as alegações defensivas poderão ser amplamente suscitadas e apreciadas, o que se mostra impossível na via estreita do *habeas corpus.*

Neste sentido vem se posicionando este E. Tribunal de Justiça do Est. de S. Paulo: HC n. 2062472-18.2014.8.26.0000, rel. Des. Ivan Sartori, 4ª Câm. de Direito Criminal, J. 6.5.2014; HC n. 2058620-83.2014.8.26.0000, rel. Des. Amaro Thomé, 7ª Câm. de Direito Criminal, J. 24.4.2014; e, HC n. 0070964-67.2013, rel. Des. J. Martins, 15ª Câm. de Direito Criminal, J. 13.6.2013.

Acesso ao Sumário

Assim, ausente ilegalidade visível *icto oculi*, é hipótese de se manter a situação do paciente.

Ante o exposto, nos termos do voto, indefiro liminarmente.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2044758-06.2018.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é impetrante ANA MARIA DE ARRUDA PIRES D ALMEIDA, é impetrado MM JUIZ (A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FRANCA/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.267)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração visando restituição de veículo – IMPOSSIBILIDADE – Impetrante nomeada como fiel depositária do automóvel nos autos do mandado de segurança nº 2010778-73.2015.8.26.0000, julgado em 28/04/2015 – Determinado o perdimento do bem por sentença – Recurso de apelação pendente de julgamento – Comprovação de apresentação de razões de apelação insurgindo-se contra a decretação do perdimento do veículo – Recurso de apelação é o remédio processual próprio e adequado para o exame do pedido de restituição do veículo, em razão da análise de documentos e valoração de prova, tarefa inviável de ser realizada em sede de mandado de segurança –

Acesso ao Sumário

PEDIDO NÃO CONHECIDO.

VOTO

ANA MARIA DE ARRUDA PIRES D'ALMEIDA impetra o presente mandado de segurança, por meio do advogado LUIZ PIRES MORAES NETO, contra decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Franca.

Informa que Ana Maria é proprietária do veículo VW/Saveiro CE Cross, 2013/2014, placas FLC 2685 São Roque/SP, de cor vermelha, Renavan nº 00554524821, que foi apreendido em janeiro de 2015 em poder de Leandro Tales Borasque, nos autos do processo nº 4288/2014.

Aduz que foi proferida sentença e o veículo supracitado foi declarado perdido em favor da União, sem qualquer fundamentação para tanto.

Argumenta que o automóvel está financiado em nome de Ana Maria, em 60 parcelas de R$500,61, junto ao Banco Volkswagen, mas foi vendido para Leandro Tales, réu que terminou por ser condenado, mas o negócio foi desfeito, prosseguindo Ana Maria com o pagamento das parcelas.

Alega que Ana Maria detinha, até então, a posse do bem, eis que no julgamento do MS nº 2010778-73.2015.8.26.0000, esta C. Câmara, em voto do ora relator, por votação unânime, denegou a segurança, mas "de ofício" nomeou-a como depositária do veículo.

Sustenta que Ana Maria é terceira de boa-fé, cujo negócio jurídico foi desfeito em razão de Leandro não ter conseguido transferir o financiamento para seu nome, passando ela a arcar com o pagamento das parcelas do veículo, não podendo agora vir a ser prejudicada com sua perda.

Pleiteia a restituição do veículo.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 72/73). A autoridade impetrada prestou as informações (fls. 76/77 e 80/81).

A empresa Syngenta Proteção de Cultivos ltda. manifestou-se pela improcedência do pedido, na qualidade de assistente de acusação (fls. 83/86).

Manifestando-se nos autos nesta instância, a douta representante do Ministério Público opinou pela concessão da segurança (fls. 89/92).

É O RELATÓRIO.

Ao que consta dos autos, a impetrante teve apreendido veículo de sua propriedade, conforme Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo - CRLV (p. 28), em virtude de investigação de organização criminosa especializada na falsificação de agrotóxicos formada por dezenas de membros, com funções específicas e atuação na cidade de Franca, além de outros estados da Federação, com envolvimento em outros delitos, como falsificação de documentos e crimes

Acesso ao Sumário

ambientais.

Consta que referido veículo estava na posse de LEANDRO TELES BORASQUE, que restou condenado como incurso no art. 2º da Lei 12.850/13, nos artigos 15 da Lei 7.802/89 e 298 do Código Penal, combinados com o art. 71 do Código Penal, todos na forma do art. 69, caput, e art. 29, *caput* ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 9 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto (em virtude de aplicação da detração penal), e ao pagamento de 47 dias-multa, no valor de 1/10 do salário mínimo à época dos fatos.

Observa-se que o automóvel em questão, qual seja, VW/Saveiro CE Cross, 2013/2014, placas FLC 2685 São Roque/SP, de cor vermelha, Renavan nº 00554524821, está registrado em nome da impetrante Ana Maria de Arruda Pires D'Almeida, conforme Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo - CRLV (p. 28), cuja aquisição se deu por intermédio de financiamento, de acordo com os documentos de fls. 32/64.

Requerida a restituição do veículo, restou indeferida sob o fundamento de que a impetrante já havia vendido o veículo para o acusado Leandro. O juiz ainda salienta que "*...somente no Juízo Cível ela conseguirá o ressarcimento dos prejuízos sofridos, em ação contra o adquirente do veículo...",* conforme pesquisa obtida através do Sistema de Informações – SAJ, deste Tribunal.

Consta dos autos que a venda a Leandro estava condicionada a transferência da dívida para seu nome, o que não foi feito e o negócio não se concretizou, prosseguindo a impetrante com o pagamento do financiamento, comprovado pelos documentos acostados às fls. 32/64.

Tal questão foi inicialmente trazida no mandado de segurança nº 2010778-73.2015.8.26.0000, julgado em 28/04/2015, sendo denegada a ordem e, de ofício, nomeada a impetrante como fiel depositária do automóvel (fls. 17/19).

Posteriormente, na sentença, decretou-se a perda do referido bem em favor da União, nos seguintes termos:

"Quanto aos bens apreendidos, decreto o perdimento em favor da União".

O recurso de apelação interposto pelos réus encontra-se nesta Instância para análise, segundo pesquisa obtida através do Sistema de Informações – SAJ, deste Tribunal.

A impetrante comprovou a apresentação de razões de apelação, protocolada em 12/03/18, insurgindo-se contra a decretação do perdimento do veículo (fls. 66/70).

Todavia, a comprovação da propriedade do veículo e a nomeação da impetrante como fiel depositária não afastam a discussão quanto à utilização do veículo na prática dos delitos.

Acesso ao Sumário

Tampouco geram direito líquido e certo no presente caso, tendo em vista o perdimento decretado em sentença condenatória, passível de alteração por meio de recurso de apelação já interposto pelos réus, ante a insatisfação manifestada pela impetrante.

Desta forma, em que pese o parecer do Procurador de Justiça, a restituição do objeto apreendido deverá ser resolvida por completo no recurso de apelação, remédio processual próprio e adequado para o exame da questão, onde haverá a análise de documentos e valoração de prova, tarefa inviável de ser realizada em sede de mandado de segurança.

Desse modo, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do presente pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2047578- 95.2018.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que são impetrantes KLOSS SHINE COMERCIAL DE COSMÉTICO LTDA. ME e SIDNEY TORRALBO GALHARDO, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FRANCA.

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 SEGURANÇA, tornando subsistente a medida liminar de fls. 189/190, cassando a r. decisão de fls. 68/69, que autorizou a alienação antecipada, nomeado o representante legal da impetrante, seu sócio proprietário Sidney Torralbo Galhardo, como fiel depositário, mediante compromisso formal e independentemente do pagamento de quaisquer despesas. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.709)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 10 de julho de 2018.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Alienação antecipada de bens. Medida que, embora admissível, exige comprovação do risco de deterioração dos bens. Outrossim, bens que, em princípio, não se enquadram na hipótese do artigo 91, inciso II, do Código Penal. Nomeação do acusado como depositário mediante compromisso. Viabilidade. SEGURANÇA

CONCEDIDA. LIMINAR SUBSISTENTE.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por KLOSS SHINE COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA. ME, contra ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Franca, que deferiu o pedido de alienação antecipada de bens apreendidos nos autos do processo crime 0012382-29.2017.8.26.0196.

Sustenta a ilegalidade do decreto de alienação antecipada dos bens sob os seguintes fundamentos: a) declara intenção de reabrir a empresa; b) não teve assegurado os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa; c) a decisão afronta à recomendação no 30/2010, do Conselho Nacional de Justiça; d) tais bens não estão sujeitos à deterioração por ação do tempo, contrariando o próprio instituto; e) não há prova de que o sócio proprietário da empresa esteja buscando transferir/vender os bens a terceiro; f) a avaliação foi realizada por profissional que não ostenta as necessárias credenciais, resultando em valor aquém do mercado.

Pugna pela concessão da segurança, deferindo-se ao seu sócio-proprietário, o acusado *Sidney Torralbo Galhardo*, o direito de prestar caução ou, subsidiariamente, seja ele nomeado como depositário dos bens.

A liminar foi deferida (fls. 189/190).

Prestadas as informações (fls. 195/197), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da Segurança (fls. 200/208).

É o relatório.

A preliminar arguida pela Douta Procuradoria Geral de Justiça não comporta acolhida, já que não consumada a decadência.

Isso porque o transcurso do prazo somente se inicia, a teor do artigo 23, *in fine*, da Lei 12.016/09, decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. O mandado de segurança foi impetrado em 13/03/2018. Da decisão que deferiu a alienação antecipada dos bens, embora proferida em 20/9/2017, o acusado sequer foi intimado, conforme informações de fls. 214/215. O prazo decadencial, portanto, não foi vencido.

No mais, tenho que o writ deve ser conhecido, já que o ordenamento jurídico não prevê recurso para impugnar a decisão que determinou à alienação antecipada dos bens.

Com efeito, referido instituto é medida acautelatória que se constituiu na possibilidade da determinação da alienação de bens apreendidos no curso do processo, antes de formada a culpa.

Acesso ao Sumário

Segundo previsão legal (art. 144-A, do CPP), a alienação tem como fundamento a preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou ainda, quando houver dificuldade para sua manutenção.

Todavia, tenho que a aplicação da medida, extrema, deve observar estritamente os requisitos previstos em lei, sob pena de afronta ao direito de propriedade do acusado, presumidamente inocente.

Segundo leciona Renato Brasileiro de Lima, *a alienação antecipada só deve ser levada a efeito caso seja necessária para a preservação dos bens constritos. Por isso, uma depreciação normal em virtude do decurso do tempo, que não produza uma relevante depreciação do valor, não autoriza a realização da alienação antecipada. Do mesmo jeito, mera dificuldade de manutenção do bem, incapaz de acarretar o comprometimento do seu valor por má ou inadequada condição de conservação, também não justifica sua venda antecipada.*

Isso porque, da sua aplicação, podem decorrer danos irreversíveis, motivo pelo qual é necessária prudência do magistrado no deferimento da medida.

Feita a ressalta, passo, pois, a análise do pedido.

Extrai-se dos documentos que instruem o presente *writ*, que *Sidney Torralbo Galhardo*, sócio-proprietário da impetrante Kloss Shine Comercial de Cosméticos Ltda. ME, está sendo acusado de comandar organização criminosa destinada a falsificação de cosméticos, principalmente da marca L'Oreal.

Segundo constou, o fiscal da Vigilância Sanitária de Franca, responsável pela inspeção no local, recebeu informações de que o acusado estaria tentando se desfazer dos bens da empresa.

Por essa razão, e também como forma de evitar a depreciação dos bens e, ainda, pela dificuldade na manutenção, o Ministério Público postulou pela alienação antecipada.

Sidney Torralbo Galhardo refutou as alegações do Ministério Público, alegando não ter qualquer interesse na venda dos maquinários da empresa, já que pretende retomar a atividade empresarial.

O MM. Juiz, acolhendo o pedido do Ministério Público, deferiu a alienação cautelar, bem como a expedição de mandado de levantamento e avaliação de todos os bens e maquinários.

Ocorre que os bens em questão, salvo melhor juízo, não se caracterizam como de fácil deterioração ou de rápida depreciação econômica a justificar a imposição da venda a antecipada prevista no artigo 120, §5°, do Código de Processo Penal.

Ainda que possam sofrer natural desvalorização com o decurso do tempo,

Acesso ao Sumário

tendo em vista sua substituição por modelos e tecnologias mais modernas, isso não implica considerá-los como de fácil deterioração.

Outrossim, é cediço que, via de regra, as alienações de bens em leilões públicos costumeiramente não alcançam os preços praticados no mercado, o que inviabilizaria sua recompra em caso de eventual absolvição no processo criminal, gerando um prejuízo de difícil reparação e igualmente desnecessário, levando em consideração a possibilidade, em tese, de os equipamentos constritos acabarem restituídos.

Nesse sentido, não se pode olvidar que, a despeito da existência de fortes indícios da utilização dos bens na prática delitiva, ainda que se considerasse eventual condenação, conforme dispõe o artigo 91 do Código Penal, serão efeitos da condenação a perda em favor da União *dos instrumentos do crime, **desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito***[1].

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci:

Os efeitos da condenação não mais se relacionam com essa modalidade de pena odiosa, porque só afetam instrumentos usados para a prática do delito ou o produto conseguido pela atividade criminosa, nada possuindo de aberrante. Os instrumentos que podem ser confiscados pelo Estrado são ilícitos, vale dizer, aqueles cujo porte, uso, detenção, fabrico ou alienação é vedado. Ex.: armas de uso exclusivo do Exército ou utilizadas sem o devido porte; documentos falsos; máquinas de fabrico de dinheiro etc. Não cabe para instrumentos de uso e porte lícitos: cadeira, automóvel, faca de cozinha etc. (Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

E também Júlio Fabbrini Mirabete:

Não são confiscados, mas restituídos ao proprietário, os instrumentos do crime quando se tratarem de armas ou objetos utilizados ocasionalmente para a prática do ilícito penal e cuja fabricação, alienação, uso, porte ou detenção não constituam fato ilícito (armas permitidas, automóveis, telefones, etc.). os artigos 94, II, do CP e 119, do CPP, não deixam margem a dúvida que tais coisas podem ser restituídas após o trânsito em julgado da sentença, não só ao lesado ou terceiro de boa fé, como ao condenado, já que aqueles dispositivos se referem exclusivamente às armas ou instrumentos ilícitos (Processo Penal, 16ª Ed. São Paulo: Atlas, p.249).

Por outro lado, conforme bem apontou o magistrado, *a manutenção dos*

1 *É efeito de condenação a perda, em favor da União, dos **instrumentos do crime**, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Instrumento do crime é o objeto utilizado pelo agente para executar o delito.* (REsp 83359/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, j. em 3/6/1996).

Acesso ao Sumário

maquinários e demais equipamentos da indústria é custosa para o Estado.

Assim, considerando que a apreensão dos bens não interessa ao processo, já que houve o deferimento pelo Juízo *a quo* da alienação antecipada, bem como não ficar caracterizada hipótese de sua utilização exclusiva na atividade ilícita, entendo que a nomeação do réu, como depositário, é medida mais acertada ao caso.

Ademais, como adverte Fernando da Costa Tourinho Filho, Se os instrumentos do crime não se amoldarem à letra *a* do inc. II do art. 91 do CP, isto é, não se tratando de "*coisas confiscáveis", nada impede sua restituição ao criminoso e, com muito mais razão, ao lesado ou terceiro de boa fé, pouco importando haja sentença condenatória transitada em julgado e, ainda, se os objetos apreendidos não se incluírem no rol daqueles referidos no art. 91 do CP, não mais interessando ao processo, serão restituídos a quem de direito* (Manual Processo Penal, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 434).

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, tornando subsistente a medida liminar de fls. 189/190, cassando a r. decisão de fls. 68/69, que autorizou a alienação antecipada, nomeado o representante legal da impetrante, seu sócio proprietário *Sidney Torralbo Galhardo*, como fiel depositário, mediante compromisso formal e independentemente do pagamento de quaisquer despesas.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 3000728-33.2013.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que é recorrente JOSÉ ANTÔNIO RAMOS, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.084)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 28 de junho de 2018.

Acesso ao Sumário

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito – Acusado que dirige veículo automotor embriagado e invade a faixa de contramão, acabando por colidir contra o veículo conduzido pelas vítimas, causando a morte de uma delas e lesões corporais nas demais ocupantes do automóvel – Dolo eventual – Entendimento.

O dolo eventual resta configura quando o agente apesar de não querer expressamente o resultado do crime aquiesce o risco de produzi-lo, como na hipótese na qual o agente, por estar conduzindo veículo automotor em estado de embriaguez, perde o controle sobre o automóvel, e vem a invadir a faixa de contramão, atingindo o veículo das vítimas.

Preceitua o art. 413 do CPP, que foi recepcionado pelo art. 5º, inc. XXXVIII, da CF/88, bastar à pronúncia a existência de indícios de autoria e de materialidade delitivas, não sendo possível, nessa fase processual, aprofundar-se nas provas ou na análise de elementos de cognição que tenham sido juntados aos autos.

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por José Antônio Ramos contra a r. decisão de pronúncia prolatada pelo MM. Juiz Luiz Carlos Maeyama Martins, nos autos do processo-crime n. 3000728-33-2013.8.26.0584, em curso perante a 1ª Vara da Comarca de São Pedro. O ora recorrente foi pronunciado como incurso no art. 121, *caput*, contra a vítima Antonio Redondo, e art. 129, *caput* (por duas vezes), em face das vítimas João Paulo Rocha da Silva e José Antonio Redondo, na forma do art. 70, segunda parte, todos do CP, porque, ao dirigir sob influência de álcool, assumiu o risco de matar a primeira vítima, causando, ainda lesões corporais nos demais ofendidos, ao causar acidente automobilístico.

O recorrente pretende, em suma, obter a desclassificação dos delitos de homicídio e de lesão corporal na modalidade de dolo eventual para a sua forma culposa, previstas nos arts. 302 e 303 do CTB, porquanto sustenta que não previu o resultado e nem mesmo assumiu o risco de produzi-lo.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 300), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo

Acesso ao Sumário

seu desprovimento.

É o relatório.

Impende primeiramente consignar que as alterações promovidas pela Lei n. 11.689/08 mantiveram o Recurso em Sentido Estrito como sendo a medida cabível para reavaliar decisões de pronúncia.

Analisando-se o conjunto probatório dos autos, é forçoso, todavia, reconhecer, a despeito das ponderações da i. Defesa, ter sido a pronúncia do acusado bem decretada.

Preceitua, com efeito, o art. 413 do CPP, bastar à pronúncia a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas, não sendo possível, nessa fase processual, aprofundar-se nas provas ou na análise de elementos de cognição que tenham sido juntados aos autos.

Segundo a denúncia, o réu estaria embriagado e conduzia o seu veículo pela Rodovia SP 304, quando, na altura do Km 199, na cidade de São Pedro, à noite, com os faróis apagados, teria invadido a contramão de direção e colidido frontalmente com o veículo "*VW/Golf*", ocupado pelas vítimas e que transitava regularmente por aquela estrada sentido à cidade de São Pedro.

Ao dirigir visivelmente embriagado, o réu teria assumido o risco de causar o acidente e os graves ferimentos em Antonio Redondo, que acabou vindo a óbito e, ainda, as lesões leves em João Paulo, Otavio e José Antonio.

Uma vez estando convencido o Juízo da existência do crime (autos de exibição e apreensão de fls. 09/10 e 11, auto de entrega de fls. 18, auto de depósito de fls. 22, laudo pericial de embriaguez de fls. 35/37, exame toxicológico de dosagem alcoólica de fls. 61, fita teste do aparelho de etilômetro de fls. 113/114, laudo de exame necroscópico da vítima Antonio Redondo de fls. 54/55, laudos de lesão corporal de José Antonio, João Paulo e Otavio Guilherme de fls. 57/60, laudo pericial dos veículos de fls. 91/96 e laudo pericial do local dos fatos de fls. 115/117) e, em se fazendo presentes, ainda, indícios suficientes apontando José Antonio como sendo o autor dos fatos (depoimentos de fls. 16, 17, 29, 30, 39, 89, 232, 241, 242, 255 e mídias digitais de fls. 233, 243 e 256), era mesmo de rigor a pronúncia. Outro não é o entendimento de Mirabete:

> A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação. Daí a incompatibilidade do provérbio *in dubio pro reo* com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há inversão da regra *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*. Por isso, não há necessidade, absolutamente, de convencimento exigido para a condenação, como a de confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc.[1]

A respeito da tese de inexistência de dolo eventual, o MM. Juiz *a quo*,

1 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 18. Ed., 2007, p. 499.

Acesso ao Sumário

analisou com acuidade a questão ao deixar consignado, às fls. 272/272vº, que:

> No presente caso, as provas coligidas dos autos evidenciam que o acusado assumiu a direção de seu veículo estando em estado de embriaguez e, mesmo já no período noturno (19:30 horas), permaneceu com os faróis do veículo apagados, bem como, já no local dos fatos (Rodovia SP-304, Km 199), o acusado, conduzindo seu veículo no sentido São Pedro-SP à que se encontravam as vítimas e se deslocava no sentido Santa Maria da Serra-SP à São Pedro-SP, vindo em seguida a ser atingido também pelo veículo conduzido por Fábio Júnior que também transitava no sentido Santa Maria da Serra-SP à São Pedro- SP logo atrás do veículo das vítimas.
>
> Conforme supramencionado é patente que as campanhas educativas realizadas nas últimas décadas, bem como mais recentemente tem se visto campanhas realizadas por cartazes e letreiros pelas concessionárias na própria rodovia, são suficientes para esclarecer a todos os motoristas, inclusive o acusado, que a direção de veículo automotor em estado de embriaguez e em descumprimento as regras de segurança previstas em lei, pode causar acidentes fatais ou com ofensa a integridade física de todos os envolvidos.
>
> Portanto, as circunstâncias de o acusado ingerir elevada quantidade de bebida alcoólica (fls. 36/37 e 61), pegar a direção do seu veículo sem querer se preocupar em acender os faróis, sugerem que tenha previsto o resultado morte, como de fato causou ao invadir o sentido contrário da pista de rolamento em que dirigia.
>
> Ademais, é possível também se pressupor que o acusado assumiu como possível o resultado, pois diante de todas as campanhas hodiernamente realizadas, como dito, não é crível que qualquer pessoa capaz possa acreditar sinceramente que conseguiria evitar um acidente com resultados desastrosos como o que ocorreu depois de ingerir elevada quantidade de bebida alcoólica, mesmo porque demonstrou estar totalmente despreocupado com as regras de trânsito ao dirigir à noite com os faróis apagados e invadir o sentido contrário da direção.
>
> Não obstante, ainda que não tenha sido possível ouvir a versão do acusado, tem-se que nesta fase eventual dúvida deve ser decidida em favor da sociedade (*in dubio pro societate*).

Diante do quadro probatório apresentado, não se cogita, portanto, de desclassificação, com relação ao ora pronunciado, uma vez que – o réu sustenta que não previu o resultado e nem mesmo assumiu o risco de produzi-lo – deve invariavelmente caber, à luz dos argumentos trazidos pelas partes, ao juiz natural da causa.

O Tribunal do Júri é o juízo certo e competente para apreciar e julgar os crimes dolosos, consumados ou tentados, perpetrados contra a vida humana, consoante prevê o art. 74, §1º, do CPP, que foi recepcionado pelo art. 5º,

Acesso ao Sumário

inc. XXXVIII, da CF/88, cabendo àquela instituição a palavra final sobre as consequências e a responsabilização da ora recorrente.

Nesse sentido, o r. parecer, às fls. 308/309:

> [...] Como cediço, a análise definitiva sobre a forma dolosa em sua subespécie dolo eventual deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, juiz natural da causa. Os elementos fáticos tais como a invasão da faixa de rolamento contrária, os faróis apagados e a embriaguez do acusado, contudo, sinalizam para a assunção do resultado morte.
>
> Nesta fase processual do *iudicium accusationis* a eventual dúvida não favorece o acusado, incidindo a regra exposta na velha parêmia *in dubio pro societate*. Neste momento processual, eventual desclassificação para o crime de homicídio culposo do Código de Trânsito Brasileiro só seria admissível caso nenhuma dúvida houvesse quanto à inexistência do dolo, o que inocorre no caso em tela.

Ante o exposto, reportando-se aos fundamentos acima indicados, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0032732-98.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos A. L. P., I. A. DE A., T. A. M., S. DE S. L., S. C. DE L. B., J. A. V. C. e M. H. DE A.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Ratificando decisões monocráticas lançadas neste caderno processual, deram provimento ao recurso ministerial para reafirmar a necessidade da medida constritiva e, assim, no mérito, manter a prisão preventiva de M.H.A., S.S.L., T.A.M., I.A.A., A.L.P., J.A.V.C. e S.C.L.B., aguardando-se o cumprimento dos mandados de prisão, uma vez que os 07 corréus permanecem foragidos do distrito da culpa. V.U. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Roberto Marangoni Talarico, e sustentaram oralmente os I. Defensores, Dr. Pedro Junqueira Pimenta Barbosa Sandrin, Dr. Alexandre Akio Motonaga, Dra. Ana Paula Nery do Prado e o Dr. Ulisses Leite Reis e Albuquerque.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.373)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 24 de julho de 2018.
EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRISÃO PREVENTIVA – DELINEAMENTO SUFICIENTE DA PEDRA DE TOQUE DA CUSTÓDIA CAUTELAR – ENCARCERAMENTO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E ASSECURAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INSTAURADA NO SEIO DE SECRETARIA MUNICIPAL VOLTADA PARA ARRECADAÇÃO DE VALORES ILÍCITOS – NECESSIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL CONCRETAMENTE DELINEADA – INTEGRANTES DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COM EXTENSA FORÇA ECONÔMICA E FORTE INFLUÊNCIA POLÍTICA, INCLUSIVE COM INDÍCIOS DE RAMIFICAÇÕES NOUTRAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS NAQUELA LOCALIDADE – ENCARCERAMENTO QUE VEM INICIALMENTE PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E FRENAR ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INSUFICIÊNCIA DO SIMPLES AFASTAMENTO DOS ENVOLVIDOS INSERIDOS NO PODER PÚBLICO DA CAPITANIA DA SECRETARIA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE – DELINEAMENTO DE MANOBRA PARA OCULTAR PROVA E INFLUENCIAR ÂNIMO DE TESTEMUNHA – AFASTAMENTO DE SERVIDORES E LÍDERES DE SUAS FUNÇÕES QUE NÃO FRENOU O ÍMPETO EM OBSTACULIZAR A APURAÇÃO – LISURA NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO QUE SERÁ PRESERVADA COM O CONFINAMENTO – FUGA DO DISTRITO DA CULPA E CONDIÇÕES EXCEPCIONAIS DA EVASÃO EM MASSA, INSTANTES APÓS A DECRETAÇÃO DA MEDIDA EXCEPCIONAL, QUE SÓ REFORÇA A NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO – DECISÕES MONOCRÁTICAS RATIFICADAS

Acesso ao Sumário

– RECURSO MINISTERIAL PROVIDO, AGUARDANDO-SE CUMPRIMENTO DA ORDEM DE PRISÃO.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo douto representante do Ministério Público, contra a decisão do r. Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de SÃO BERNARDO DO CAMPO, *da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Lizandra Maria Lapenna Peçanha*, que indeferiu o pedido de prisão preventiva por ser medida de exceção drástica, notadamente porque os corréus têm domicílio no distrito da culpa e não registram antecedentes criminais (fls. 1926/1951).

Os recorridos incorreram, em tese, nos delitos de organização criminosa, corrupção passiva e concussão.

Pleiteia o recorrente a custódia dos sete corréus (M., S., A., I., T., S. e J.A.) porque os dois primeiros, Secretário de Gestão Ambiental de São Bernardo do Campo e Diretor de Licenciamento Ambiental vinculado ao precitado órgão, respectivamente, seriam os mentores e líderes da Organização Criminosa, composta pelos demais corréus e constituída para a arrecadação de propina.

O recurso foi respondido às fls. 3235/3242 – corréu A.; fls. 3244/3259, repetida às fls. 3260/3276 – corréu M.; fls. 3277/3294 – corréu T.; fls. 3298/3301 – corréu I., sendo esta resposta, todavia, intempestiva (fls. 3302). Por fim, os corréus S., J. e S. optaram por não responderem ao recurso (fls. 3302), tendo sido mantida a decisão por r. despacho de fls. 3303.

Após, o corréu J. ofertou resposta (fls. 3304/3315) e encartou documentos (fls. 3316/3416), comprovante de residência (fls. 3417), sendo os autos distribuídos (fls. 3418) por conta de prevenção já existente. O patrono do corréu M. postulou o direito de sustentar oralmente (fls. 3422).

O douto Procurador de Justiça Dr. Marcílio Grecco, opinou pelo provimento, com a decretação da prisão preventiva de todos os recorridos (fls. 3429/3433).

Acesso ao Sumário

Após provocação do recorrente às fls. 3442/3453, sobreveio decisão monocrática de fls. 3455/3469, decretando a prisão preventiva dos 07 corréus. Houve pedidos para revogação da medida constritiva (fls. 3473/3485 – corréu T.; 3495/3526 e 3654/3670 – corréu I.; fls. 3632/3646 e 3777/3784 – corréu J.A.; fls. 3790/3796 – corréu M.), que foram indeferidos (fls. 3488/3490 – corréu T.; fls. 3649/3651 e 3786/3787 – corréus I. e J.A.; fls. 3801/3803 – corréu M.).

O corréu S. constituiu patrono (fls. 3805/3806) que lançou manifestação contrariando a decisão constritiva (fls. 4008/4049), anexando documentos (fls. 4050/4196). Os advogados do corréu M.H. também juntaram petição e

mais documentos, reforçando a tese defensiva (fls. 3809/3811 e 3812/4003), sobrevindo decisão de fls. 4197.

Também se manifestaram o GAECO (fls. 4199/4200) e o patrono do corréu A.L. (fls. 4207/4211), encartando peças (fls. 4201/4205 e fls. 4214/4220) e, por fim, o corréu M.H. substabeleceu poderes para noveis patronos (fls. 4222/4225 e 4228/4230). A patrona do corréu I. manifestou interesse em sustentar oralmente (fls. 4227), o que lhe foi deferido, assim como a todos os demais patronos, sendo, ao final, lançada a decisão de fls. 4233.

É o relatório.

Respeitada a combatividade de todos ilustres patronos dos corréus, nesta nova análise do fato, persiste suficientemente delineada a pedra de toque da prisão preventiva.

Com efeito, prisão preventiva requesta demonstração da materialidade do crime e indícios de autoria, pressupostos postos concretamente na hipótese em destaque, orientação afinada com recentíssimos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (HC 452091/SP e HC 449414/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ de 29/06/2018).

A pedra de toque da custódia cautelar vem exposta nas decisões monocráticas às fls. 3455/3469, 3488/3490, 3649/3651, 3786/3787 e 3801/3803 e a motivação permanece inabalável. Com efeito, a prisão preventiva vem *para garantia da ordem pública (item I),* para frenar a atuação da sólida e estruturada organização criminosa, se mostrando infrutíferas as anteriores e infligidas medidas alternativas à prisão (STF, HC 95065/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Organização Criminosa, Comentários à Lei nº 12.850/2013).

A investigação trazida a curso até aqui identificou uma multiplicidade de crimes. Sobejam na espécie indícios de que organização criminosa se estruturou dentro e fora da Administração Pública de São Bernardo do Campo, com sólida influência política, vasto poder econômico, voltada para arrecadação de recursos ilícitos, sob a liderança de M.H.A., atuando em múltiplas frentes, entre a anulação de multa e a concessão de licença ambiental irregular ou corte de árvores, estendendo-se até a alienação do produto para madeireiras. O grupo tem contribuído de todas as formas para atrapalhar a elucidação dos fatos, inclusive inéditos, valendo anotar que remansosa orientação que legitima é a custódia face à estruturação da organização criminosa. A reprovabilidade dos atos imputados é fator empírico que justifica, de toda sorte, a constrição processual, imperiosa, em tais condições, para acautelar a ordem pública.

O só fato dos ocupantes de cargos na Administração Pública terem sido afastados de suas funções não tem o condão de sepultar a necessidade do encarceramento porque, na espécie sobejam fundamentos outros que geram

Acesso ao Sumário

sérias e fundadas suspeitas de que seguem articulando. Ademais, elementos postos em inicial instante indicam atuação em simbiose, direta ou indiretamente, para perturbar a investigação e a instrução probatória. Em casos como o presente, onde há multiplicidade de fatos ilícitos no âmbito da Administração Pública, em tese, perpetrados com participação de inúmeros infratores instalados dentro e fora do serviço público, envolvendo a arrecadação de valores ilícitos por organização criminosa com várias células, imperiosa a prisão.

A estruturação e vinculação do grupo criminoso delineia periculosidade, probabilidade concreta de continuidade no cometimento de delitos, de modo que a decisão invectivada vem para interromper ou diminuir a atuação de integrantes da organização criminosa. Portanto, respeitadas as dissonantes vozes, mostra-se idôneo o decreto de preventiva quando assentado na garantia da ordem pública, ante a aparente periculosidade dos membros da organização criminosa, evidenciada não só pela gravidade em concreta dos crimes, mas também em razão do *modus operandi* e risco real da reiteração delitiva. Nesse sentido: STJ, HC 440095/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ de 01/06/2018.

E não é só.

A custódia cautelar também vem para conveniência da instrução criminal (item II), aqui entendida como garantia do devido processo legal, sendo suficiente a interferência da organização criminosa no ânimo de testemunha para delinear o pressuposto em destaque, ainda que a ação venha indiretamente, por um ou mais integrantes do grupo marginal, ou mesmo por pessoa estranha ao rol de corréus neste caderno processual, porque notório em organizações desta magnitude que os seus membros atuem pontualmente, de forma descentralizada, mas controlada pela liderança, no caso, o vereador M.H.A., todos atuando em divisão de afazeres, irmanados, umbilicalmente, em simbiose para o desiderato em comum, que é o evitar o descortino de ilícitos em série, numa miríade de irregularidades no âmbito da Administração Pública local para arrecadação de valores ilegais.

Acesso ao Sumário

Na espécie, arredando de vez a tese infundada de que a interferência da organização criminosa na instrução é uma notícia plantada pelo Ministério Público, existem documentos nos autos (fls. 4201/4205) comprovando que testemunha mantida sob a tutela do Estado (protegida nº 01, inserta no PROVITA-SP) está sendo intimidada pela força econômica e política dos membros da organização criminosa na urbe, externada com a execução de disparo de arma de fogo contra sua residência, conduta típica de uma milícia armada (fls. 4203) que tenta instaurar o medo e vedar o encontro da verdade real, escopo do processo.

A este fato, perturbador, soma-se outro não menos estarrecedor, a circunstância do corréu S. ter abordado, no interior do prédio do Fórum, uma

testemunha como forma aberta de intimidação, demonstrando ato atentatório contra dignidade da Justiça, noutro claro indicativo da periculosidade e audácia dos membros desta organização fora da lei que, mesmo insertos em medidas cautelares alternativas à prisão, descumprindo manifestamente ordem judicial, tentaram desestabilizar a credibilidade no Judiciário, cultuando odiosa crença na impunidade.

O medo, destarte, é concreto, real, e, por conseguinte, fundamentado. Daí sobressai motivação para conveniência da instrução criminal como fundamento da segregação.

Outro fundamento eclodido é a prisão para asseguração da lei penal (item III), uma vez que, só reforçando a prova da força econômica e sólida influência política da organização criminosa, o que é perturbador, os 07 corréus desaparecerem simultânea e instantaneamente do distrito da culpa instantes após decretação da custódia preventiva, inclusive o detentor de cargo público eletivo, inviabilizando o cumprimento da ordem, pese o esforço do GAECO e das Polícias Civil e Militar para execução dos mandados de prisão no último dia 19 de junho de 2018.

Tal fato é veemente indicativo de que não têm interesse nenhum em contribuir com a instrução, não se podendo olvidar da notícia odiosa trazida à tona pelo Ministério Público de que tal grupo de São Bernardo do Campo tem íntima relação até com membros da Polícia Civil local, o que pode ter facilitado a evasão, fato que deverá ser investigado em procedimento apartado e próprio.

A fuga do distrito da culpa, na espécie comprovadamente demonstrada, e que perdura, é motivo, por si só, a justificar a manutenção da medida extrema, como garantia de aplicação da lei penal, a ela se somando os outros fundamentos (*garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal*, *precitados Itens I e II*) outrora pontilhados, na esteira de recentíssima orientação do Superior Tribunal de Justiça (RHC 96815/MG, Rel. Min. Ministro JORGE MUSSI, DJ de 28/06/2018).

Em tal cenário, a fuga simultânea dos 07 corréus reforça a necessidade de manutenção da custódia antecipada, como forma de garantir a futura aplicação da lei penal, orientação afinada com decisões da jurisprudência remansosa (STJ, HC 442163/MA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 28/06/2018; STJ, HC 443633/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ de 24/05/2018).

Se por um lado tem o réu o direito de fugir de uma decisão reputada como não definitiva (fls. 3810), de outro lado este fato constitui por si só supedâneo para o encarceramento, como forma de assegurar a aplicação da lei penal, orientação, por sinal, afinada com precedente do Pretório Excelso (HC 90162/RJ, Rel. Min. AYRES BRITO, DJ de 29/06/07). Na mesma linha é a recentíssima orientação do Superior Tribunal de Justiça: "*A jurisprudência desta Corte é assente no*

Acesso ao Sumário

sentido de que se justifica a decretação de prisão de membros de organização criminosa como forma de interromper as atividades do grupo. Soma-se a isso, o fato de o paciente ter se evadido logo após os fatos, ressaltando, no ponto, que o decreto prisional expedido em 10/09/2010 apenas foi cumprido em 12/06/2011. Eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva" (HC 445370/RJ, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ de 12/06/2018, destaques nossos).

Aliás, causa estranheza o fato de todos os corréus intitularem-se pessoas de poucas posses, trabalhadoras, de parcos recursos e, com a edição de medida constritiva, como num passe de mágica, reunirem condições de desaparecer do distrito da culpa com tamanha facilidade e reunião de recursos. Ora, como é notório, manter-se em fuga é dispendioso, ocultar-se da ordem judicial com êxito por tanto tempo, requesta estruturação, dinheiro, atributos que trabalhadores, assalariados e pessoas com pouca renda, em regra, não dispõem no cotidiano, o que só reforça o traço do poderio econômico adquirido pelo grupo.

Em resumo, sobejam indicadores de que no âmbito da Secretaria do Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo, instaurou-se estruturada Organização Criminosa, capitaneada pelo vereador M.H.A., então Secretário de Gestão Ambiental, e por S.S.L., àquele tempo Diretor Municipal de Licenciamento Ambiental, voltada para a arrecadação de ilícitos recursos, a odiosa propina, prática perniciosa que assola o Poder Público.

Os líderes montaram esquema criminoso subdividido em duas frentes. **A primeira**, consistente na imposição de autuações ambientais ilícitas para, depois, ofertar favores e facilidades para livrar o autuado da multa ou do embargo à obra, mediante, por óbvio, vantagem ilícita em dinheiro. Nesse contexto, após o auto de infração, o servidor municipal I.A.A. e o consultor imobiliário J.A.C. apresentavam-se ao contribuinte autuado como pessoas de livre trânsito na órbita municipal, com poderes para cassar eventual decisão administrativa desfavorável, influenciar outros servidores municipais e, finalmente, anular a multa ou desembargar a obra sobrestada, exigindo contraprestação em dinheiro que, se adimplida pelo autuado, M., S. e o Chefe de Seção de Fiscalização, T.A.M., se incumbiam de desembaraçar a aludida infração administrativa, deferindo recurso próprio no âmbito municipal.

A segunda era mais perturbadora, complexa, ousada e organizada. Nela, a iniciativa para a deflagração do processo de arrecadação ilícita de recursos vinha do próprio contribuinte. Com efeito, aquele empresário ou empreendedor que tinha um projeto irregular ou sofrido punição da Administração Pública, procurava por S., o líder do grupo, a fim de regularizar o que era assimétrico ou anormal. A consultoria, se é que assim pode ser nominada tal ação nefasta, implicava na reunião de esforços de todos os membros da organização criminosa

Acesso ao Sumário

instalada na Secretaria Municipal do Meio Ambiente de São Bernardo do Campo.

Nesse contexto, S. encaminhava aquele colaborador do esquema peçonhento que buscava a funesta facilidade para a empresa (...), uma pessoa jurídica que mantém em sociedade com a irmã, ninguém menos que a corré S.C.L.B. A partir daí, construía-se um estratagema, a empresa dos irmãos era contratada pelo aliciante, elaborava um fajuto projeto e, ao final deste degenerado procedimento, como num passe de mágica, obras viciadas eram regularizadas e nulificadas punições infligidas pela Municipalidade. A propina vinha dissimulada em forma de contrato de prestação de serviço. S., responsável pela fiscalização, inclusive pela assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), era o primeiro contato, cabendo a ele dar o roteiro para quem tivesse interesse nos traiçoeiros préstimos da organização criminosa.

A investigação levada a êxito delineia atuação da organização criminosa na anulação de diversas multas, concessão de irregulares licenças ambientais e até corte de árvores, com alienação do produto para madeireiras, sendo que este braço da organização era conduzido por A.L.P. O vereador M., àquele tempo investido como Secretário, era o condutor do esquema. A ele se enfileirava S. na hierarquia e nas diretrizes de capitania. Daí a atuação do grupo ramificava para ações mais pontuais e não menos relevantes, de T., então Chefe do Setor de Fiscalização, de I. que, como descrito acima, mapeava locais para investida da organização numa das infestas frentes supramencionadas, tendo ainda o bando no consultor imobiliário J. um colaborador de peso, a eles se juntando S., irmã de S., sócia do irmão na citada Empresa de Arquitetura e, por fim, A., responsável pela alienação da madeira cortada e captação de mais interessados do setor privado em aderir às ilícitas práticas do danoso grupo.

Atentam à solta contra o descortino dos crimes que, em princípio, se afiguram em escala avassaladora, envolvendo desde obra em cooperativa, repasse de salário de comissionado, arrecadação de dinheiro decorrente da assinatura de contrato público, loteamentos irregulares, anulação de auto de infração e até valores envolvendo extração de madeira. Trata-se, assim, de grupo com vasto poder econômico e influência política que, em liberdade, contribui sensivelmente para atrapalhar a elucidação de fatos obscuros e o descortino de delitos, valendo rememorar que ainda existe em desfavor dos corréus conversa interceptação telefônica captada para obstruir ação do Ministério Público.

M., S., I. e T. em conversas captadas mostraram até aqui umbilical intimidade com integrantes de órgãos públicos locais. E, em tal cenário, contribuíram e podem contribuir inexoravelmente para evitar o encontro de elementos de convicção e influenciar no ânimo de testemunhas. A., em princípio, mostrou ser intermediário com amplo e livre trânsito entre madeireiros, sendo o contato da organização criminosa com o setor empresarial na captação de valores. O ofício de intermediário na arrecadação de valores é exercido também

Acesso ao Sumário

por J., consultor imobiliário encaixado no esquema de propina. E, por fim, S., sócia de S. na empresa enfileirada numa das frentes de atuação do grupo, prestando serviços de arquitetura como fachada para recebimento de valores.

O *periculum libertatis* resta patente. O esquema delituoso na órbita municipal é concreto, mostrando-se inadequada e indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, insuficientes para frenar a organização criminosa e acautelar a ordem pública. É assente, destarte, que os corréus, notadamente o vereador M., ocupam posição de destaque em complexa e estruturada organização criminosa especializada em desvio de dinheiro público e arrecadação de propina, o que autoriza a segregação hostilizada (STJ, HC 441711/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJ de 11/06/2018; STJ, HC 439.015/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 15/06/2018; STJ, HC 443819/SC, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJ de 13/06/2018; STJ, HC 356907/BA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJ de 12/09/2016).

Há aparente realidade no posto até aqui à observação do Poder Judiciário. Afigura-se palpável a assertiva de instalação na Secretaria Municipal do Meio Ambiente de São Bernardo do Campo de verdadeira indústria de direcionamento sofisticado para práticas ilícitas e traço de réus com postura de crença na impunidade. O GAECO pontua uma miríade de irregularidades e fatos envolvendo organização criminosa que se estruturou para a ilícita arrecadação no seio da Administração Pública. Há indícios de perniciosa maquinação para o recebimento de valores ilícitos. À luz destes elementos reunidos, delineou-se a pedra de toque da prisão preventiva. O cotejo analítico das circunstâncias desveladas permite concluir, cartesianamente, que a segregação cautelar é vital e indispensável para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal (MIRABETE, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 11ª edição, p. 803).

O *modus operandi* da organização criminosa propala o risco social a que exposta está toda coletividade. A reiteração de perniciosas ações, violadoras da moralidade pública, delineia grandioso risco à ordem social, fortemente abalada pelo reportado até aqui. A prisão vem acautelar ação subversiva e habitual do grupo. Não se pode lançar ao olvido que os corréus dispunham de esquematizado vínculo com servidores, sendo perfeitamente possível, em princípio, vislumbrar a existência de outros agentes públicos envolvidos na sanha criminosa. Daí porque exercem direta influência em outros servidores e empresários, seja para perpetuação de fraudes, seja para destruição ou ocultação de provas.

Repisa-se que o fato dos ocupantes de cargos na Administração Pública terem sido afastados de suas funções não tem o condão de sepultar a necessidade do encarceramento para garantir a ordem pública porque há fundamentos outros que geram sérias e fundadas suspeitas de que seguem articulando. E os corréus sem vínculo direto com o Poder Público à solta contribuem para encurtar o

Acesso ao Sumário

campo de investigação, porque tem o contato direto com outros envolvidos nos fatos e nas testemunhas.

O dano difuso causado com a suposta prática delitiva, se efetivamente comprovada, é odioso, nefasto, máxime porque se volta contra o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem se olvidar pelo pernicioso uso da máquina pública para arrecadação de valores ilícitos e, via de consequência, locupletamento de expressivo numerário. Se por um lado os fatos delineados não são dotados de violência ou ameaça, por outro viés, corroboraram para debilidade do serviço público primário. Aliás, a atual conjuntura política e econômica, cuja credibilidade nas instituições públicas está anêmica, demanda nova valoração e releitura dos ilícitos perpetrados em casos como o presente.

Oportuno, em tal contexto, ressaltar voto do ilustre Ministro NEWTON TRISOTTO em caso envolvendo Operação Lava-jato: "*a violação do princípio da moralidade administrativa não compromete apenas a estrutura organizacional do Estado. Mais que um reflexo danoso ao erário, reflete-se negativamente nos valores da sociedade, gerando a crença de que pouco ou nada vale ser honesto. Invoco o desabafo de Rui Barbosa: "De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto". É preciso preservar os valores morais da sociedade de modo que a lapidar lição se inverta: que as pessoas tenham vergonha de ser desonestas. A sociedade reclama dos políticos, das autoridades policiais, do Ministério Público e do Judiciário ações eficazes para coibir a corrupção e para punir exemplarmente os administradores ímprobos e todos os que estiverem, direta ou indiretamente, a eles associados*" (STJ, HC 312683/PR, julgado em 17/03/2015).

Na espécie, destaca-se o ímpeto dos envolvidos em destruir elementos de convicção contra a organização criminosa e o intento de alterar evidência, de sorte que a segregação cautelar é a única forma de assegurar uma segura apuração, sem que sofra indevida perturbação (MIRABETE, Processo Penal, Ed. Atlas, 12 ed., p. 387). Portanto, não é devaneio aduzir que outros membros da organização serão individualizados e que os corréus, em ocasiões sucessivas, adotaram censurável comportamento tendente a prejudicar a coleta de prova, com nítido escopo de atarantar o andamento do processo e garantir impunidade, vindo a excepcional medida detentiva ao encontro dos princípios da Justiça Penal, pois impede a realização de conduta que cause embaraço na instrução criminal e à verdade real (FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, v. IV, 1965, Rio de Janeiro: Forense, p. 49-50).

Em desfecho, rememoram-se linhas da ilustre Presidente do Tribunal Maior, Ministra CARMEN LÚCIA, nos autos da Ação Cautelar nº 4039, "*na história recente de nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós*

Acesso ao Sumário

brasileiros acreditou no mote de que a esperança tinha vencido o medo. Depois, nos deparamos com a ação penal 470 (mensalão) e descobrimos que o cinismo venceu a esperança. E agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. Quero avisar que o crime não vencerá a Justiça. A decepção não pode vencer a vontade de acertar no espaço público. Não se confunde imunidade com impunidade. A Constituição não permite a impunidade a quem quer que seja" (destaques nossos).

Presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública. Os elementos até aqui reunidos autorizam, com todas as vênias, a confirmação das decisões de fls. 3455/3469, 3488/3490, 3649/3651, 3786/3787 e 3801/3803, em adição a este v. aresto, para a mantença da medida excepcional.

Em suma, a prisão cautelar dos recorridos está devidamente fundamentada. A decisão monocrática que inicialmente decretou e as demais que, mais tarde, mantiveram a prisão preventiva dos 07 corréus tem estribo na gravidade concreta dos crimes, desvelada pelo *modus operandi* da organização criminosa, voltada, em tese, à prática de pluralidade de delitos, de sorte que inexistente o propalado constrangimento ilegal. Presentes, portanto, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, revelando-se comprovada a necessidade da prisão cautelar, reafirma-se o quanto exposto e se mantém a prisão preventiva de A.L.P. e I.AA, T.A.M., S.S.L., S.C.L.B., J.A.V.C. e M.H.A., todos qualificados nestes autos, com estribo no art. 312, em concerto com o art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal, aguardando-se o cumprimento dos já expedidos mandados de prisão.

Diante do exposto, pelo meu voto, ratificando decisões monocráticas lançadas neste caderno processual, dá-se provimento ao recurso ministerial para reafirmar a necessidade da medida constritiva e, assim, no mérito, manter a prisão preventiva de M.H.A., S.S.L., T.A.M., I.A.A., A.L.P., J.A.V.C. e S.C.L.B., aguardando-se o cumprimento dos mandados de prisão, uma vez que os 07 corréus permanecem foragidos do distrito da culpa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0006460-09.2015.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é recorrente ANTONIO ALEXANDRE LOPES, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 9 de agosto de 2018.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Pronúncia –Homicídio qualificado tentado – Recurso da defesa – Pleito de reconhecimento da insanidade mental – Descabimento – Recorrente que era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento – Pedido de absolvição sumária pelo reconhecimento da legítima defesa ou desclassificação para o crime de lesão corporal de natureza grave – Não acolhimento – Conjunto probatório suficiente para embasar a decisão de pronúncia – Fase processual que vigora o princípio *in dubio pro societate* – Submissão do recorrente a julgamento perante do E. Tribunal do Júri de rigor – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra a r. decisão de fls. 241/249, que pronunciou **Antônio Alexandre Lopes**, como incurso no art. 121, § 2º, inciso IV, c. c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, a fim de que seja submetido à julgamento perante o E. Tribunal do Júri.

Inconformada, recorre a defesa postulando o reconhecimento da insanidade mental à época do crime, e a absolvição sumária com base na legítima defesa. Subsidiariamente requer o afastamento da qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima, ou a desclassificação para o delito de lesão corporal de natureza grave (fls. 268/273).

O Ministério Público apresentou contraminuta (fls. 276/280), e a r. decisão foi mantida (fls. 282/283).

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A princípio, não comporta acolhimento a tese de reconhecimento da insanidade mental do recorrente à época do delito.

Como bem fundamentou a Douta Procuradoria de Justiça a fl. 289, foi instaurado incidente de sanidade mental (fls. 138/141 do apenso), e o laudo psiquiátrico concluiu que o réu, ao tempo da ação, não apresentava sinais de doenças mentais significativas ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Desta forma, inexiste dúvida acerca da saúde mental do recorrente, que era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Consta da denúncia que, no dia 08 de julho de 2015, por volta das 20h00min, nas adjacências do estabelecimento comercial localizado na Rua Timóteo Umbriaco, nº 374, Jardim Imperador, na cidade de Suzano, **Antônio Alexandre Lopes**, agindo com ânimo homicida e utilizando de recurso que dificultou a defesa da vítima, tentou matar Otávio Menezes Filho, somente não conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Conforme apurado, o denunciado ingressou no bar situado no local dos fatos, onde também se encontrava a vítima Otávio, e pediu um cigarro a ela. Otávio atendeu ao pedido. Em seguida, a vítima saiu do bar caminhando quando, de inopino, Antônio desferiu uma facada nas costas do ofendido. A vítima tentou segurar a faca, mas o denunciado a derrubou no chão e continuou golpeando-a, atingindo as mãos e a barriga da vítima. O denunciado somente parou de golpear a vítima quando alguém gritou que a polícia estaria chegando. Nesse momento, Antônio guardou o facão e saiu andando.

Pouco tempo após a prática criminosa, o denunciado foi abordado por policiais ainda na posse do facão utilizado no crime e confessou o ocorrido, sendo preso em flagrante.

É dos autos que o denunciado agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, pois a atingiu de surpresa, golpeando-a de inopino quando o ofendido não esperava o ataque.

A materialidade do delito ficou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 02), pelo boletim de ocorrência (fls. 09/12), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 13), pelo laudo de lesão corporal (fls. 45/46), pelo laudo pericial do local do fato (fls. 53/55), pelo laudo pericial da peça (fls. 60/63), pelo prontuário médico da vítima (fls. 108/145), e pelo laudo de lesão corporal complementar (fl. 201).

Há nos autos, ainda, indícios suficientes da autoria atribuída ao recorrente. Vejamos:

O réu **Antônio Alexandre Lopes** esclareceu que, no dia dos fatos, entrou

Acesso ao Sumário

no bar para comprar um cigarro, oportunidade em que a vítima, que estava bebendo no estabelecimento comercial, segurou seu braço. Imaginou que a vítima iria lhe dar uma "garrafada" e por este motivo pegou a faca que estava dentro de sua bolsa e atingiu a vítima duas vezes para que ele o soltasse (mídia de fl. 188).

A vítima **Otávio Menezes Filho** relatou que o réu lhe desferiu uma facada nas costas sem motivo algum e de surpresa. Tentou desarmá-lo, mas ele puxou a faca, ferindo sua mão. No momento em que caiu no chão e o réu lhe desferiu outra facada na região do abdômen. Não soube informar o motivo pelo qual o recorrente o atacou.

O policial militar que atendeu a ocorrência **Jailson de Almeida Ribeiro** relatou que, durante patrulhamento de rotina, deparou-se com o réu caminhando na via pública com um comportamento alterado. Abordou o acusado e localizou em sua cintura um facão. O réu tinha vestígio de sangue, e indagado, informou que havia se desentendido com um vizinho e desferido várias facadas nele. O recorrente não demonstrou ser portador de doença mental.

Maria Aparecida Lopes, irmã do recorrente, não presenciou os fatos descritos na denúncia, mas esclareceu que seu irmão em determinados momentos apresentava comportamento agressivo sem motivo aparente.

Diversamente do sustentado pela defesa, foram reunidos indícios suficientes de que o recorrente foi o responsável pelas facadas que, somente não ocasionaram a morte da vítima, pois alguém gritou que a polícia estava chegando ao local dos fatos. Ato contínuo o réu guardou a faca e saiu andando pela via pública.

Assim, o *animus necandi* do acusado está fundamentado na declaração da vítima e da testemunha Jailson, o que afasta o reconhecimento imediato da inexistência de dolo.

Ademais, não há que se falar em legítima defesa sem a prova de que a ação do acusado decorreu de agressão injusta, atual ou iminente, para proteger direito próprio ou de terceiro, mediante uso dos meios moderados. O reconhecimento de legítima defesa exige prova segura, não podendo ser acolhida tão somente pela palavra do réu.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CRIMINAL - LEI MARIA DA PENHA - LESÃO CORPORAL - LEGÍTIMA DEFESA - EXCLUDENTE NÃO COMPROVADA - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - Tratando-se de agressão praticada contra mulher no âmbito doméstico, longe dos olhos de testemunhas, a palavra da vítima reveste-se de grande importância probatória. Assim, se as declarações da ofendida se apresentam coerentes e harmônicas e não infirmada por contraprova, o que cumpre é aceitá-la sem reservas, sob pena de se deixar

Acesso ao Sumário

as vítimas à mercê de seus agressores. - O reconhecimento da incidência excludente da legítima defesa exige prova segura, não podendo ser acolhida apenas com base na palavra do réu, sem respaldo na prova coletada." (TJ-MG - APR: 10351130033365001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 11/06/2015, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/06/2015).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. LEGITIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA DE PLANO. REJEIÇÃO DA TESE. I - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade do delito, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio 'in dubio pro societate'. II - Absolvição sumária por legítima defesa, na firme compreensão da jurisprudência e doutrina pátrias, somente há de ter lugar, quando houver prova unívoca da excludente, a demonstrá-la de forma peremptória (Código de Processo Penal, artigo 411)." (HC 25858/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 01/08/2005). Ordem denegada." (STJ – HC nº 99.194/PE – Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 18/08/2008).

Também não comporta acolhimento o pedido de desclassificação para o crime de lesões corporais de natureza grave, haja vista que os fatos apontam para a provável configuração do *animus necandi* nutrido em face da vítima, pois o acusado utilizou-se de arma branca de expressivo potencial lesivo, e o ferimento foi de gravidade suficiente que necessitou de pronta intervenção cirúrgica.

Nestes termos, a prova oral colhida não permite a desclassificação ou a absolvição pretendidas pela defesa neste momento processual.

Importante salientar que, em sede de pronúncia a absolvição sumária e a desclassificação de homicídio qualificado na sua forma tentada para o crime de lesão corporal somente se justificam quando respaldados por provas seguras e plenas carreadas aos autos.

Acesso ao Sumário

Provado que o recorrente desferiu facadas da vítima, compete exclusivamente ao Conselho de Sentença decidir se, com esse comportamento, deu início à execução de um crime de homicídio não consumado por circunstâncias alheias à sua vontade, ou se pretendia apenas lesionar a vítima.

Isto porque a sentença de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação formulada, limitando-se a presença da materialidade e indícios de autoria, o que se revela suficiente para submeter o autor a julgamento pelo E. Tribunal Popular.

Portanto, ao menos por ora, tais elementos se fazem suficientes para se manter a pronúncia do acusado, para que todo o arcabouço probatório possa ser

analisado de forma mais ampla pelo E. Tribunal do Júri.

Ressalte-se que, nesse momento processual, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, razão pela qual, havendo indícios suficientes de autoria, mister o pronunciamento do acusado, permitindo aos senhores jurados a análise mais aprofundada do quadro probatório trazido aos autos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES. IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS SOMENTE QUANDO FOREM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA. 1 - Indicados na pronúncia as provas da materialidade e os indícios suficientes de autoria, bem como os motivos do convencimento do magistrado, não há que se falar em falta de fundamentação. 2 - Existindo duas versões sobre o crime e sendo plausível a tese de homicídio qualificado, deve o Juiz submeter o acusado a julgamento perante o Tribunal Popular, vigorando, nesse momento processual, o princípio in dubio pro societate. (...)" (STJ, HC 110421/RN, 6ª Turma, Min. Paulo Gallotti, jg. 15/11/2008, DJe 15/12/2008).

Por fim, deverá persistir, ainda, a circunstância qualificadora, porque não elidida pela prova oral produzida nos autos.

Com efeito, a manutenção da pronúncia do recorrente é medida que se impõe.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito interposto por **Antônio Alexandre Lopes** mantendo-se, na íntegra, a r. sentença recorrida.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0046155-71.2017.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é peticionário JUAREZ TEIXEIRA DOS REIS.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PROCEDENTE o pedido

Acesso ao Sumário

revisional formulado por Juarez Teixeira dos Reis, desconstituindo a sentença proferida nos autos da ação penal nº 0016443-92.2002.8.26.0604 quanto a si, sem prejuízo de que, naqueles autos, diligencie-se no sentido de apurar a correta identificação do verdadeiro autor do crime. Formalizem-se todas as retificações e comunicações necessárias, a fim de afastar todos os efeitos da condenação sobre a pessoa do requerente, excluindo-se o seu nome da Distribuição Criminal, da sentença condenatória e do rol dos culpados. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), PAIVA COUTINHO, AMABLE LOPEZ SOTO, JOÃO MORENGHI, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 4 de julho de 2018.

SALLES ABREU, Relator

Ementa: Revisão criminal – Roubo e receptação – Absolvição - Alegação de que houve erro na identificação do verdadeiro autor do delito, que apresentou o RG do requerente no momento da prisão em flagrante – Ocorrência – Prova nova suficiente a demonstrar o erro quanto à identificação do agente – Direito à justa indenização pelos prejuízos decorrentes do erro judiciário reconhecido – Art. 5º, LXXV, da CF e art. 630 do CPP – Revisional procedente.

VOTO

Trata-se de revisão criminal proposta por **JUAREZ TEIXEIRA DOS REIS** contra a r. sentença de fls. 196/201, que o condenou, juntamente com o réu Edson Souzas Biernoff, por infração ao art. 157, §2º, incisos I, II e V, e ao art. 180, *caput*, combinados com o art. 69, todos do Código Penal, ao cumprimento de pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 25 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Inconformada, a defesa de Juarez Teixeira dos Reis move a presente ação revisional pretendendo sua absolvição, alegando que a identificação do réu fora furtada por falsário e utilizada quando da identificação criminal do verdadeiro roubador. Aduz que, da qualificação do acusado, há divergência com relação ao nome da mãe do requerente, bem como em relação à sua naturalidade e residência, uma vez que jamais morou no endereço lá mencionado, ressaltando, ainda, que, do caderno de votação do município de Janaúba, consta que, em 27/10/02, votou no segundo turno das eleições para presidente, data em que,

Acesso ao Sumário

conforme consta dos autos, o verdadeiro roubador estava preso. Sustenta, por fim, que as assinaturas constantes das folhas de depoimento e da nota de ciência de fls. 140 são diferentes das do requerente e que a perícia realizada no material datiloscópico, demonstrou divergência entre as digitais do verdadeiro roubador e do requerente. Requer a procedência do pedido revisional, apagando-se os efeitos da condenação, reconhecendo-se, ainda, o direito do revisionando à indenização pelo erro judiciário (fls. 02/05).

A ação foi bem processada, com parecer da douta Procuradoria de Justiça, que pugna pelo deferimento do pedido revisional formulado (fls. 53/57).

É o relatório.

De proêmio, deve ser consignado que a Revisão Criminal será admitida, nos termos do artigo 621, do Código de Processo Penal, quando: I a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstâncias que determinem ou autorizem diminuição especial da pena.

E, no caso dos autos, verifica-se que, após o julgamento, veio para os autos prova nova capaz de gerar dúvida suficiente para sua absolvição.

Consta dos autos que Juarez Teixeira dos Reis, juntamente com Edson Souzas Biernoff, foram condenados à revelia como incursos no art. 157, §2º, incisos I, II e V, e art. 180, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque, segundo o apurado, agindo em concurso e com unidade de desígnios, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, o veículo Mercedes Benz/Sprinter, placas CNQ-6825, além da quantia de R$ 200,00 em dinheiro, da vítima Valdemir Gomes Ferreira, mantendo-o em seu poder, restringindo sua liberdade, bem como receberam e ocultaram o veículo Fiat/Ducato, placas DAH-0741, de Jundiaí, que sabiam ser produto de crime.

Os acusados foram presos em flagrante aos 10/10/02 (fl. 06 dos autos principais) e soltos em 13/03/03 por decisão da Colenda 16ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal no Habeas Corpus nº 432.728/7, não tendo comparecido à audiência de instrução e julgamento, razão pela qual o reconhecimento de ambos restou prejudicado.

Condenados à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 25 dias-multa, fora expedido mandado de prisão do ora peticionário para o endereço informado quando da lavratura do Boletim de Ocorrência, que retornou negativo, em razão de, no endereço, existir uma casa em construção, desocupada, constando da certidão do Oficial de Justiça, ainda, ser o acusado desconhecido pelo vizinho (fls. 203 e 214).

Acesso ao Sumário

Após pesquisa de endereço via CAEX, expediu-se novo mandado de prisão para o endereço encontrado (Av. Marcelino Siqueira, 571, Santa Terezinha, Janaúba/MG - fl. 232), vindo aos autos a informação de que o procurado nunca esteve na região dos fatos, não se tratando do réu em questão (fl. 268), bem como de que votou no 2º turno da eleição presidencial de 2002, na comarca de Janaúba, conforme cópia do caderno de votação do TRE/MG (fl. 281).

Assim, foi requerido pelo MM. Juízo *a quo*, por cautela, a expedição de contramandado de prisão e a colheita de material datiloscópico do peticionário (fl. 269), sendo que, submetidas à perícia as impressões digitais constantes das fichas de identificação do Instituto de Identificação de Minas Gerais em nome de Juarez Teixeira dos Reis (fl. 16), em confronto com as digitais colhidas no B.I.C. nº 2008461 (fl. 31), verificou-se pertencerem a pessoas diferentes (fl. 351).

Tudo indica, portanto, que outra pessoa, ao ser presa em flagrante delito, objetivando esquivar-se de sua responsabilidade penal, identificou-se falsamente como Juarez Teixeira dos Reis, que, por sua vez, não é, de fato, o autor dos crimes apurados nos autos do processo nº 0016443-92.2002.8.26.0604, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, com a consequente absolvição do peticionário.

Com relação ao pedido indenizatório, o inciso LXXV, do artigo 5º, da CF, assegura indenização ao condenado por erro judiciário.

Dispõe o art. 630, do Código de Processo Penal, por sua vez, ser possível ao tribunal, se o interessado requerer, o reconhecimento do direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Neste sentido é, ainda, o entendimento do C. STJ:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ERRO JUDICIAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 630 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXCEÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 2º – NÃO OCORRENTE. O condenado que, posteriormente, é absolvido em revisão criminal, faz jus a indenização, ressalvado os casos em que o erro ou a injustiça proceder de ato ou falta imputada ao próprio condenado. Agravo improvido." (AGA 415834/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 30/09/2002).

Ainda no mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ERRO JUDICIÁRIO. DIREITO À JUSTA INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SOFRIDOS. É devida indenização uma vez demonstrado erro judiciário *ex vi* art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e art. 630 do CPP. *In casu*, restaram devidamente comprovados os prejuízos sofridos pelo recorrente, razão pela qual não há óbice a uma justa indenização. Recurso provido. (REsp 253.674/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2004, DJ 14/06/2004, p. 264).

Acesso ao Sumário

Assim, reconhecida a ocorrência de erro judiciário, fica reconhecido o consequente direito do requerente à indenização correspondente, cuja quantia deverá ser apurada no juízo cível competente, mediante liquidação de sentença por artigos, nos termos do art. 630, § 1º, do CPP.

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido revisional formulado por **Juarez Teixeira dos Reis**, desconstituindo a sentença proferida nos autos da ação penal nº 0016443-92.2002.8.26.0604 quanto a si, sem prejuízo de que, naqueles autos, diligencie-se no sentido de apurar a correta identificação do verdadeiro autor do crime.

Formalizem-se todas as retificações e comunicações necessárias, a fim de afastar todos os efeitos da condenação sobre a pessoa do requerente, excluindo-se o seu nome da Distribuição Criminal, da sentença condenatória e do rol dos culpados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0009417-84.2017.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é peticionário MARCO AURELIO DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U. Sustentou oralmente o Exmo. Dr. Edvaldo de Sales Mozzone e fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Francisco José Taddei Cembranelli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.963)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente), POÇAS LEITÃO, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, RICARDO SALE JÚNIOR, LEME GARCIA e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – Inocorrência das hipóteses previstas no artigo 621 do CPP – Manutenção do *decisum* – Impossibilidade de modificação das reprimendas impostas – Ausência de erro técnico ou clamorosa injustiça – Prescrição da pretensão executória – Manutenção dos efeitos secundários da

Acesso ao Sumário

condenação – Ação revisional improcedente.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por Marco Aurelio de Oliveira, devidamente qualificado nos autos principais, objetivando a desconstituição do V. Acórdão prolatado pela Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos autos da Apelação nº 0004256-61.2013.8.26.0347.

O revisionando foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão em regime inicial fechado e 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Outrossim, por infração ao artigo 12 da Lei nº 10.826/03 foi condenado a 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime semiaberto, e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo.

Em suas razões para revisão, alegou, em síntese, que não teria sido encontrado com grande quantidade de cocaína e crack, uma vez que sequer teria sido encontrado no local dos fatos.

Assim, com base no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal seria permitida a revisão dos processos findos, quando a sentença condenatória for contrária à evidencia dos autos, o que teria ocorrido no caso em análise.

Sustentou que o magistrado teria majorado a pena na sentença levando em consideração a certidão de antecedentes criminais, por ser o revisionando reincidente.

Contudo, apontou que em 11/07/2014 teria sido publicado Acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº 2020695-53.2014.8.26.0000, no qual teria sido concedida a ordem em favor do revisionando, julgando extinta sua punibilidade, em decorrência da prescrição da pretensão executória, de modo que o réu se tornaria primário.

Requereu, assim, a absolvição do revisionando, vez que a sentença seria contrária às evidências dos autos. Subsidiariamente, requereu a reforma da r. sentença para que fosse fixada a pena sem a majorante da reincidência.

A Douta Procuradoria opinou pelo não conhecimento do pedido revisional quanto ao mérito da causa. Conhecido quanto à impugnação da pena opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 42/45).

É o breve relatório.

Em que pese toda a argumentação do ilustre advogado, não há motivos ensejadores da revisão pretendida.

Na espécie, a r. sentença e o v. acórdão bem analisaram as provas colhidas, entendendo-as suficientes para a condenação do peticionário.

Acesso ao Sumário

Destarte, a prova produzida nos autos não deixou nenhuma dúvida no tocante à ocorrência do fato, quanto à autoria atribuída ao revisionando ou à sua materialidade delitiva.

No caso dos autos, além do material ilícito encontrado, foram apreendidos elementos que comprovam a responsabilidade do revisionando pelo imóvel, tais como foto do réu com sua namorada, documentos pessoais, estando, ainda, o imóvel estava habitado, limpo, contendo eletrodomésticos e demais utensílios de casa.

Ainda o próprio genitor do revisionando afirmou aos policiais que o réu era responsável pelo imóvel e deveria responder pelos seus atos.

Portanto, sem razão suas alegações.

É importante ressaltar que, conforme entendimento pacífico, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, "*só há decisão contrária dos autos quando não se apoia em nenhuma prova existente no processo, não bastante, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação*" (Recurso Extraordinário nº 113.269-8/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 07/08/87).

Ora, o pedido revisional não se presta a um novo exame do processo já julgado em definitivo, com trânsito em julgado, verificando-se, na espécie, que esta ação pretende revigorar o reexame das provas, e, assim, cuidando-se de uma segunda apelação, o que é defeso por lei.

Dessarte, a desconstituição da coisa julgada por intermédio da ação revisional se dá em casos excepcionais, taxativamente previstos pelo legislador e, no caso concreto, não se vislumbra que ocorreu qualquer erro judiciário.

Ademais, é certo que somente se procede à modificação de pena, em sede de revisão criminal, quando se constata flagrante erro técnico ou mesmo hipótese de clamorosa injustiça, o que não se evidencia no caso concreto.

Nesse sentido, já se manifestou este Colendo 8º Grupo de Câmaras Criminal, nos autos da Revisão Criminal nº 990.08.039524-6, de relatoria do Des. Pedro Menin, julgada em 10.11.2009, cujo trecho se extrai:

> *"Sabe-se que a pena só pode ser alterada em revisão criminal se contiver algum erro técnico, contrariando texto expresso da lei penal, ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas ou circunstância que determine ou autorize diminuição especial da reprimenda ou, ainda, se ficar constatada clamorosa injustiça, o que não é o caso dos autos, conforme disposto no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal".*

Por derradeiro, não prospera a impugnação no tocante à pena imposta.

Acesso ao Sumário

Isso porque a prescrição da pretensão executória afasta tão somente o efeito principal da condenação, subsistindo os efeitos secundários, tal como a reincidência.

Tribunal de Justiça:

Neste sentido é a jurisprudência do C. Superior:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EM DESACORDO COM RECEITA MÉDICA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PUNIBILIDADE EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PERSISTÊNCIA DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A declaração de extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão executória não afasta os efeitos penais secundários, tais como a reincidência. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido."

(HC 339.867/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 06/09/2016, Dje 16/09/2016) (grifei)

Assim sendo, **julga-se improcedente** a presente ação revisional.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0050701-72.2017.8.26.0000, da Comarca de Itariri, em que é peticionário RODRIGO DE LARA XAVES.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar e indeferiram o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.025)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO

COELHO (Presidente), CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, RACHID VAZ DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ, SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 2 de agosto de 2018.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Art. 157, §2º, I e II e art. 159, §1º, do Código Penal. Alegação de nulidade do reconhecimento fotográfico e inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal. Inexistência de prejuízo à defesa. Inexistência de nulidades. Alegação de decisão condenatória contrária à evidência dos autos. Improcedência. Decisão fundada em elementos concretos de convicção. Condenação mantida. Majorantes demonstradas, inclusive a de emprego de arma, apesar da ausência de apreensão. Dosimetria adequada, inclusive o regime inicial. Pedido indeferido, rejeitada a preliminar.

VOTO

O peticionário Rodrigo de Lara Xaves (Rodrigo de Lara Chaves) foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Vara única da comarca de Itariri (processo nº 0001487-34.2006), pela prática dos delitos previstos nos artigos 157, § 2º, I e II e 159, §1º, c.c. art. 69, todos do Código Penal, à pena total de 24 anos e 6 meses de reclusão e 17 dias- multa, no piso, em regime inicial fechado (fls. 463/471). Apelou o réu (fls. 490/505) e a Colenda 4ª Câmara de Direito Criminal, por votação unânime, rejeitou a preliminar e negou provimento ao recurso (fls. 559/581).

Inconformado, sem novas provas, pleiteia, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do reconhecimento, com a inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal. fotográfico e judicial. No mérito pede a absolvição por julgamento manifestamente contrário às provas dos autos, com base no artigo 386, II e VII, do Código de Processo Penal; alega que não estava em Peruíbe no dia do fato, pois encontrava-se em Minas Gerais.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pela improcedência (fls. 374/379).

É o relatório.

De início, observo que a preliminar de nulidade pela inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal foi devidamente analisada e afastada na

Acesso ao Sumário

r. sentença (fls.464/465) e no V. Acórdão.

Além disso, o reconhecimento do réu pela vítima, é prova segura da autoria: *"no campo processual penal o reconhecimento pessoal ou fotográfico por parte da vítima de crime assume inegável valor probante, somente podendo ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação "* (RJDTACRIM – vol. 20, out/dez-1993, p. 146, rel. Carlos Bueno). No caso dos autos, a vítima, de forma clara e firme, narrou os fatos e confirmou o reconhecimento de dois sequestradores feito na delegacia, em Juízo (fls. 295/296).

E no direito processual penal inexiste nulidade sem demonstração de prejuízo à parte que o alega.

No mérito, o peticionário também não tem razão.

O peticionário foi condenado com Acórdão transitado em julgado, porque, no dia 19 de fevereiro de 2006, por volta de 20h40.

O pedido tem por fulcro os incisos I e seguintes do art. 621 do Código de Processo Penal; nada foi alegado no tocante a fato novo, lei nova ou novas provas da inocência do peticionário. Na realidade, ele pretende rever a condenação, mas não apresenta argumentos concretos para fundamentar o seu pedido.

Alega fatos novos, dizendo que o réu não se encontrava na comarca de Peruíbe no dia do crime. O peticionário apresentou como provas cópia da carteira de vacinação do filho (fls. 12/15), cópia de instrumento particular de locação de imóvel datada da época do crime, mas com reconhecimento de firma feito em 27.07.2017 (fls. 17/18), cinco declarações simples de pessoas que nunca foram mencionadas no processo nem arroladas como testemunhas, afirmando que ele permaneceu em Minas Gerais no período de janeiro a julho/06 (fls. 19/23), cópias simples de recibos de locação (fls. 24/25). Contudo, esses documentos não comprovam a alegação de que ele não se encontrava em Peruíbe na data do crime, pois sua veracidade não está comprovada.

Além disso, ao afirmar que não há provas suficientes para a condenação, o peticionário busca rediscutir a prova produzida no processo. Todavia, o art. 621 do Código de Processo Penal é claro: a revisão criminal 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, e 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

Desde logo, ficam afastadas as duas últimas hipóteses, até porque nada pode ser alegado nesse sentido.

A r. sentença e o ven. Acórdão não contém, sequer, indícios de contrariedade à lei penal ou à prova colhida. Nestes, analisou-se com propriedade

todas as teses desenvolvidas pela defesa, afastando-se também a alegação de insuficiência probatória.

Ademais, as majorantes também foram perfeitamente comprovadas. O depoimento da vítima é mais do que suficiente, conforme, inclusive, constou no v. Acórdão (fls. 573), mesmo que a arma não tenha sido apreendida e periciada. A propósito, já se decidiu nesta Corte:

> "ROUBO QUALIFICADO – Emprego de arma – Simulação – Alegação afastada – Reconhecimento da qualificadora – Possibilidade – Ausência de apreensão e perícia do instrumento – Irrelevância – Materialidade delitiva e autoria comprovadas por outros elementos de prova – Condenação Necessidade – Preliminar rejeitada e recurso improvido" (Apelação n. 990.08.091879-6 – Jundiaí – 11ª Câmara de Direito Criminal – Relator: Xavier de Souza – 20.05.09 V.U. Voto n. 11702).
>
> "ROUBO QUALIFICADO – Emprego de arma de fogo – Ausência de apreensão do artefato utilizado pelo agente – Irrelevância – Qualificadora evidenciada pela comprovação da utilização de arma para a perpetração do delito, em face da prova oral colhida e não impugnada (TJSP)" (RT 878/600).
>
> "ROUBO QUALIFICADO – Emprego de arma – Não apreensão do artefato utilizado pelo agente – Irrelevância – Prova suprida pelo depoimento da vítima – Qualificadora que leva em conta a intimidação sofrida pela vítima e não o poderio do armamento utilizado (TJSP)"(RT 872/636).
>
> O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já decidiu nesse sentido:
>
> "CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO- PROBATÓRIO. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. IRRELEVÂNCIA. PROVA TESTEMUNHAL QUE AFIRMA A UTILIZAÇÃO DO ARTEFATO NA PRÁTICA DELITUOSA. DOSIMETRIA. AUMENTO NA PRIMEIRA ETAPA COM BASE NA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E ANTECEDENTES DO RÉU. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) Para a caracterização da majorante prevista no inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal não é necessária a *'apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego'* (STJ, Terceira Seção, EREsp 961.863/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 13/12/2010; STF, Segunda Turma, RHC 115.077, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06/08/2013; HC HC 109.547/RS, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 13/03/2012) (...)" (HC 318.592/SP, Rel. Ministro Newton Trisotto (desembargador convocado

Acesso ao Sumário

do TJ/SC), 5.ª T., j. 01/09/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO. ART. 157, § 2.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DISPENSABILIDADE. COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. 1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos. 2. É prescindível a apreensão e a perícia na arma de fogo para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, tendo em vista a possibilidade de se comprovar a potencialidade lesiva da arma de fogo por outros meios probatórios. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1081205/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5.ª T., j. 26/05/2009, DJe 15/06/2009).

Por fim, ficou suficientemente comprovado que a vítima, maior de 60 anos, foi arrebatada de sua residência e permaneceu em poder dos sequestradores por período superior a 24 horas, sendo os familiares compelidos a efetuar o pagamento de quantia (resgate) para sua libertação.

A meu ver, a prova é mais que satisfatória; porém, ainda que não concordasse com a decisão, isto não seria fundamento para impor minha opinião (e, eventualmente, a da Turma julgadora) ao que já ficou decidido em sentença transitado em julgado. (Neste sentido, remeto à v. decisão do último Ministro realmente grande de nossa Suprema Corte, Moreira Alves, acima citada pelo douto Des. Roberto Midolla).

Alega o combativo Defensor que o peticionário não foi reconhecido em Juízo. Porém, isso se deu porque a audiência – sem oposição das partes – realizou-se sem a sua presença. O que não impediu a vítima de reafirmar, com segurança, o reconhecimento que fizera. Por fato, é certo; mas a jurisprudência amplamente majoritária aceita esse tipo de reconhecimento.

Por outro lado, a carteira de vacinação de seu filho não prova que ele não estava neste local; não há motivo por que presumir tal fato, já que ele podia estar, como provavelmente estava, com a mãe.

As sanções foram fixadas com critério, devidamente revisadas e mantidas no v. Acórdão.

Adequado, também, o regime inicial fechado estabelecido na r. sentença e mantido no v. Acórdão, pelos motivos elencados.

Ante o exposto, meu voto **rejeita a matéria preliminar e indefere o pedido**.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2062744-70.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE NOVO HORIZONTE.

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 29.669)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS PETRONI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 4.501, de 08 de dezembro de 2017, do Município de Novo Horizonte – Abertura de crédito suplementar sem prévia autorização legislativa, por ato da Mesa da Câmara Municipal – Lei de natureza orçamentária – A abertura de crédito adicional suplementar depende de prévia autorização legislativa, por força do princípio da legalidade da despesa pública, com previsão no artigo 167 da Constituição Federal – Violação aos artigos 5º e 176, incisos V, VI e VII, da Constituição do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Novo Horizonte visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 4.501, de 08 de dezembro de 2017, do Município de Novo Horizonte, acrescentado pela Emenda Aditiva nº 01/2017, que "estima a receita e fixa a despesa do Município de Novo Horizonte, para o exercício de 2018 e dá outras providências", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 176, incisos V, VI e VII, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a norma combatida padece de inconstitucionalidade, pois pretende o Legislativo Municipal fazer a suplementação de crédito mediante ato de sua Mesa, sem que haja prévia autorização legislativa. Acrescenta que a abertura de crédito adicional é sempre realizada por meio de lei, exceção do crédito extraordinário, que pode ser aberto por ato do Chefe do Poder Executivo, bem como que a permissão inserida na LOA por emenda parlamentar viola ainda a separação dos Poderes. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 4.501, de 08 de dezembro de 2017, do Município de Novo Horizonte.

A liminar foi deferida (fl. 46/50).

Informações da Câmara Municipal de Novo Horizonte, representada por seu Presidente, a fl. 56/61.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em se manifestar acerca do dispositivo impugnado (fl. 68/69).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 79/84, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

Ex ante, cumpre asseverar a inadmissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pela via da ação direta de inconstitucionalidade, a cargo do Tribunal de Justiça do Estado, de lei municipal perante a Constituição Federal ou a Lei Orgânica do Município, operando-se tão-somente em relação à Constituição do Estado, ao teor dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, o pedido inicial deve ficar restrito à hipótese de eventual ofensa às normas da Constituição Estadual, consoante aplicação do disposto no artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

Dispõe o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 4.501/2017, do Município de Novo Horizonte:

Acesso ao Sumário

"Art. 4º – (...)

I – (...)

Parágrafo Único – Nos moldes da autorização contida no artigo 17 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2017, fica a Mesa da Câmara Municipal de Novo Horizonte autorizada a suplementar mediante ato próprio, respeitando o limite estabelecido no referido artigo as dotações do Órgão, observadas as normas de controle e acompanhamento da execução orçamentária, com a finalidade de facilitar o cumprimento da programação aprovada nesta lei, desde que sejam provenientes de anulação total ou parcial de suas dotações orçamentárias."

Os créditos especiais e suplementares, como regra geral, somente podem ser abertos com autorização legislativa, nos termos do artigo 167, inciso V, da Constituição Federal (reproduzido no artigo 176, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo).

É certo, entretanto, que o artigo 165, § 8º, da Constituição Federal[1], autoriza até certo limite que os créditos suplementares sejam abertos por decreto, sem necessidade de consulta prévia específica ao Poder Legislativo, se essa hipótese for prevista pela Lei Orçamentária Anual.

No âmbito infraconstitucional, a Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, conhecida como Lei Geral do Direito Financeiro, antes da edição da Carta Magna, já estabelecia:

"Art. 42. Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo."

A propósito:

"(...) toda vez que ficar constatada a inexistência ou a insuficiência orçamentária para atender a determinada despesa, o Executivo, terá a iniciativa das leis que autorizem os créditos adicionais, especiais e suplementares e, posteriormente à sua aprovação pelo Legislativo, efetivará sua abertura por decreto.

Entretanto, a fim de evitar burocracia, a Lei n. 4.320, no seu art. 7º, I, e a Constituição do Brasil, pelo art. 165, § 8º, autorizam a inclusão, na lei do orçamento, de dispositivo que permite ao Executivo abrir créditos suplementares até determinado limite. Assim, sendo, o Executivo tem competência legal para abrir créditos suplementares, através de decretos, sem, entretanto, ouvir necessariamente o Legislativo, uma vez que a competente autorização já lhe é dada na própria lei do orçamento.

Ocorre, no entanto, que o limite fixado para a abertura dos créditos

Acesso ao Sumário

1 "Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) § 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, **nos termos da lei**." (g.n.)

suplementares pode esgotar-se. Neste caso, então, o executivo terá necessidade de pedir nova autorização ao Legislativo, ou tantas autorizações quantas forem necessárias para abertura de novos créditos suplementares.

Em síntese, a autorização concedida na lei do orçamento, para a abertura dos créditos suplementares, é válida até o limite fixado naquele instrumento, conforme o disposto no art. 7º, inciso I, desta lei.

Os créditos especiais, por se referirem a despesas novas, serão sempre autorizados previamente por lei e abertos por decreto do Executivo.

Os créditos suplementares e especiais poderão ser autorizados e abertos em qualquer época do ano, desde que a Lei Orgânica dos Municípios não estabeleça prazo para tal.

Lembramos, entretanto, que se faz necessária uma distinção:

1 – a autorização é dada em lei;

2 – a abertura dos créditos adicionais, especiais e suplementares, por decreto do Executivo."[2]

Nessa esteira, o crédito suplementar destina-se ao reforço de dotação já existente, pois é utilizado quando os créditos orçamentários são ou se tornam insuficientes. Sua abertura depende da prévia existência de recursos para a efetivação da despesa, sendo autorizado por lei e aberto por decreto do Poder Executivo.

E, como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça, no parecer de fl. 79/84, *in verbis*:

"(...) está evidente que o dispositivo contestado viola o princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista, ao exigir tão somente a participação da Mesa da Câmara em ato que demanda a atuação de ambos os Poderes: Executivo e Legislativo.

17. Por fim, anote-se que é irrelevante que o Poder Legislativo tenha a pretensão de suplementar, por ato próprio, apenas dotações suas, visto que o orçamento, enquanto lei, compreende as despesas de todos os Poderes do Estado. Portanto, também as suas dotações somente podem ser modificadas por lei."

Dessa forma, o Legislativo Municipal, ao fazer a suplementação de créditos mediante ato de sua Mesa, nos termos do dispositivo impugnado, viola a regra que determina que a suplementação de créditos orçamentários se faça por meio de autorização legislativa e sejam abertos por decreto do Executivo,

Acesso ao Sumário

2 MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**. 31. ed.. rev. atual., Rio de Janeiro, IBAM, 2002/2003, p. 111/112.

com sobreposição do Poder Legislativo ao Poder Executivo, em afronta direta ao princípio fundamental da separação e independência entre os Poderes.

Por epítome, se conclui da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 4.501, de 08 de dezembro de 2017, do Município de Novo Horizonte, por afronta aos artigos 5º e 176, incisos V, VI e VII, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2015676-27.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE 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: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.637)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE dos artigos 61 e 62, bem como das expressões "Chefe de Assessoria Jurídica, Chefe de Assessoria Técnica, Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assistente Técnico II, Assistente Técnico I, Assistente, Assistente Administrativo, Oficial de Gabinete, Diretor de

Acesso ao Sumário

Divisão Técnica, Assistente Jurídico, Agente de Controle Ambiental, Coordenador, Encarregado de Equipe, Auxiliar de Gabinete, Coordenador de Projetos, Assistente II, Administrador de Parque IV, Administrador de Parque III, Administrador de Parque II, Encarregado de Setor Técnico, Encarregado de Equipe II, Encarregado de Serviços Gerais, das tabelas A a H do Anexo I e do Anexo II da Lei n. 14.887, de 15 de janeiro de 2009, do Município de São Paulo". Ausência de descrição das atribuições dos cargos em comissão na norma que os instituiu. Inadmissibilidade. Atribuições que devem ser definidas quando da criação dos cargos. Violação aos artigos 111 e 115, incisos II e V, ambos da Constituição Estadual. Modulação dos efeitos em 120 (cento e vinte) dias a contar do julgamento da presente ação, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Ação procedente, com modulação.

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo douto Procurador-Geral de Justiça *"em face dos* ***arts. 61 e 62 e das expressões Chefe de Assessoria Jurídica, Chefe de Assessoria Técnica, Assessor Jurídico, Assessor Técnico, Assistente Técnico II, Assistente Técnico I, Assistente, Assistente Administrativo, Oficial de Gabinete, Diretor de Divisão Técnica, Assistente Jurídico, Agente de Controle Ambiental, Coordenador, Encarregado de Equipe, Auxiliar de Gabinete, Coordenador de Projetos, Assistente II, Administrador de Parque IV, Administrador de Parque III, Administrador de Parque II, Encarregado de Setor Técnico, Encarregado de Equipe II, Encarregado de Serviços Gerais, das tabelas A a H do Anexo I e do Anexo II da Lei n. 14.887, de 15 de janeiro de 2009, do Município de São Paulo****"* (fls. 02).

Sustenta o autor que, *"à exceção dos cargos de Secretário, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete e Diretores de Departamento, a criação dos demais cargos de provimento em comissão pelos preceitos legais impugnados,* ***à míngua da descrição de suas atribuições de assessoramento, chefia e direção****, é incompatível com os arts. 24, § 2º, 1, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual.*

O quadro ora exposto revela a criação indiscriminada, abusiva e artificial de cargos de provimento em comissão porque não retratam atribuições de assessoramento, chefia e direção, a exigirem liberdade de provimento em

Acesso ao Sumário

comissão até porque não contém a legislação municipal qualquer descrição de suas atribuições (e que sequer poderia constar de ato normativo infralegal)" – fls. 07.

Postula-se, desse modo, sejam os artigos 61 e 62 da Lei municipal nº 14.887, bem como as mencionadas expressões, declarados inconstitucionais.

A tutela preambular foi deferida parcialmente, *"apenas para sustar a realização de novas nomeações para os cargos indicados na petição inicial, até final julgamento desta ADI"* (fls. 469/71).

Em face dessa r. decisão foram opostos Embargos de Declaração pelo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, os quais restaram rejeitados (fls. 12/6 do apenso).

A d. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo se manifestou no sentido de que *"o ato normativo impugnado trata de assunto de interesse local"* e, portanto, *"não cabe ao Procurador Geral do Estado atuar em sua defesa"* (fls. 488/9).

Prestou informações o Senhor Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, ressaltando que a Lei municipal nº 14.887/2009 reestruturou os cargos de provimento em comissão, pouco inovando quanto à matéria. Afirmou ainda a regularidade do processo legislativo, bem como defendeu a constitucionalidade dos cargos em comissão impugnados. Requereu, *"na remota hipótese de procedência do pedido (...), a modulação dos efeitos da decisão, vez que o desligamento dos servidores ocupantes dos cargos objeto da presente demanda comprometeria seriamente a continuidade do serviço público"* (fls. 491/502; documentos a fls. 503/663).

Pronunciou-se também o Alcaide municipal, afiançando que a Lei municipal nº 14.887/2009 teria criado apenas cinco dos cargos comissionados questionados, já que quanto aos demais teria havido simples reestruturação, a partir de atribuições previstas em lei anterior. No tocante ao cargo de *"Chefe de Assessoria Técnica"*, aduziu que as atribuições constam do artigo 16 da norma impugnada. Em relação ao cargo de *"Diretor de Departamento"*, asseverou que as respectivas atribuições estão dispostas no artigo 28 da Lei municipal nº 14.887/09. Já no que se refere ao *"Encarregado de Equipe"*, realçou que *"suas atribuições decorrem da própria descrição do cargo, afinal um 'encarregado de equipe' logicamente responde pelas atribuições de sua equipe e nada mais"*. No concernente aos cargos afetos à *"Assessoria Jurídica"*, afirmou que as atribuições estão consignadas no artigo 15 da referida lei. Assinalou, ao final, que *"na remota hipótese de se acolher a ADI, (...) haja a modulação da decisão, para que tenha efeitos ex nunc, sendo, ainda, concedido prazo para a reorganização da secretaria"* (fls. 665/77; documentos a fls. 678/741).

Pela procedência da ação opinou a i. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 744/55).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2. A Lei municipal nº 14.887/2009, que reorganizou a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente da cidade de São Paulo e dispôs sobre seu quadro de cargos de provimento em comissão, assim estabelece em seus artigos 61 e 62:

"Art. 61. Ressalvada a situação dos atuais titulares, os cargos de provimento em comissão da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente passam a ser os constantes do Anexo I, Tabelas 'A' a 'I', integrante desta lei, observadas as seguintes normas:

I – criados, os cargos constantes da coluna 'Situação Nova', sem correspondência na coluna 'Situação Atual';

II – mantidos, com as alterações eventualmente ocorridas, os que constam das duas situações;

III – extintos, os cargos que figuram apenas na coluna 'Situação Atual'.

Parágrafo Único. Os cargos de provimento em comissão de Administrador de Parque V, Ref. DAS-12, Administrador de Parque IV, Ref. DAS-11, Administrador de Parque III, Ref. DAS-10, e de Administrador de Parque II, Ref. DAS-9, constantes do Anexo I, Tabela 'D', integrante desta lei, lotados no DEPAVE, são destinados ao Centro Municipal de Campismo – CEMUCAM, às Áreas de Proteção Ambiental – APAs e aos parques criados e aos que vierem a ser criados por meio de legislação específica.

Art. 62. Ficam transferidos do Quadro Específico de Cargos de Provimento em Comissão a que se refere o Decreto nº 45.751, de 4 de março de 2005, para a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, os cargos de provimento em comissão constantes da coluna 'Situação Atual' do Anexo II, com as adequações necessárias, conforme o caso, previstas na sua coluna 'Situação Nova'".

As tabelas A a H dos anexos I e II da citada lei elencam cargos de *"Chefe de Assessoria Jurídica"*, *"Chefe de Assessoria Técnica"*, *"Assessor Jurídico"*, *"Assessor Técnico"*, *"Assistente Técnico II"*, *"Assistente Técnico I"*, *"Assistente"*, *"Assistente Administrativo"*, *"Oficial de Gabinete"*, *"Diretor de Divisão Técnica"*, *"Assistente Jurídico"*, *"Agente de Controle Ambiental"*, *"Coordenador"*, *"Encarregado de Equipe"*, *"Auxiliar de Gabinete"*, *"Coordenador de Projetos"*, *"Assistente II"*, *"Administrador de Parque IV"*, *"Administrador de Parque III"*, *"Administrador de Parque II"*, *"Encarregado de Setor Técnico"*, *"Encarregado de Equipe II"* e *"Encarregado de Serviços Gerais"*, bem como discriminam sua forma de provimento em comissão.

3. A ação merece ser julgada procedente.

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"*. Já o inciso V do mesmo dispositivo legal estabelece que *"as funções de confiança, exercidas*

Acesso ao Sumário

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".

O acesso aos cargos públicos ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público, admitindo-se, excepcionalmente, a livre nomeação e exoneração no caso dos cargos comissionados, cuja investidura deve observar os princípios que regem a Administração Pública (enunciados no artigo 111 da Carta estadual).

A criação de cargos de provimento em comissão não pode, então, ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional, devendo, nos termos dos mencionados dispositivos da Constituição bandeirante, ater-se às atribuições de assessoramento, chefia e direção para as quais se empenhe relação de confiança, sendo vedado o exercício de atividades meramente burocráticas. Assim, pouco importa a denominação conferida ao cargo; necessária é a análise da excepcionalidade da natureza do trabalho a ser executado.

Daí porque se faz imperiosa a descrição das atribuições dos cargos pela norma que os institui, de modo a demonstrar concretamente que a função criada atende à possibilidade de dispensa da cláusula constitucional do concurso público, não bastando, para tanto, que da mera nomenclatura do cargo se possa inferir – se é que isso se torna possível – pela existência de atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Nesse sentido, verte o entendimento deste E. Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.742, de 25 de fevereiro de 2008, do Município de Caçapava, que 'dispõe sobre a criação de empregos públicos permanentes, e dá outras providências' – Lei impugnada que criou os 'empregos públicos permanentes' de Procurador Municipal, Almoxarife e Auxiliar de Almoxarife – Ausência de descrição das respectivas atribuições – Violação do princípio da reserva legal – Ofensa aos arts. 111, 115, I, II e V, e 144 da Constituição Estadual – Procedência da ação, com modulação, de modo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se farão produzir ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data deste julgamento. Ação julgada procedente, com modulação" (ADIN nº 2142150-77.2017.8.26.0000, Rel. o honradíssimo Des. João Carlos Saletti, j. em 04.04.2018).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve os cargos em comissão constantes no Anexo III, da Lei Complementar nº 85, de 12 de dezembro de 2007, alterada pelas Leis Complementares nºs 166, de 23 de junho de 2015, 152, de 12 de março de 2014, 141, de 09 de abril de 2013, 106, de 09 de março de 2010 e 99, de 02 de abril de 2009, todas do Município de Laranjal Paulista – Inexistência de descrição das atividades de cada um dos cargos nas respectivas leis – Ofensa ao princípio da legalidade – Definição legal das atribuições que permite a análise da regularidade da

Acesso ao Sumário

organização do quadro pessoal da Administração e do enquadramento da função na exceção de provimento em comissão – Exigência, para afastar a regra do concurso público, de que haja desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento, com essencial vínculo de confiança – Nomenclaturas que não são suficientes para configurar os requisitos da comissão, os quais devem ser analisados pela natureza do trabalho efetivamente exercido, o que deve estar previamente instituído na legislação e não pode ser de caráter geral, técnico e burocrático – Exercício de funções ligadas à advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias, contados da publicação desta decisão – Ação procedente" (ADIN nº 2144176-82.2016.8.26.0000, Rel. o eminente Des. Álvaro Passos, j. em 14.12.2016).

Essa também é a orientação da Suprema Corte:

"(...) para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento.

Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos" (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 752.769/SP, Rel.ª a ilustre Min.ª Cármen Lúcia, j. em 08.10.13).

"(...) 1. A exigência do concurso público não pode ser burlada pela criação arbitrária de cargos de provimento em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que dá azo ao regime de livre nomeação e exoneração. Precedentes.

2. A lei que cria cargos em comissão deve conter as respectivas atribuições de direção, chefia e assessoramento, como forma de justificar a exceção à cláusula constitucional do concurso público e evitar a burla à exigência constitucional. A mera nomenclatura do cargo não é suficiente para justificar a dispensa da investidura por concurso público. Precedente" (Recurso Extraordinário nº 637.008/SC, Rel. o digno Min. Celso de Mello, j. em 01.02.2012).

Ademais, consoante bem asseverou o nobre Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, *"alegou o Município de São Paulo que a Lei Municipal n. 14.887/2009 teria apenas criado cinco novos cargos e reestruturado os demais, que contariam com atribuições previstas em leis anteriores.*

Ocorre que, além da Municipalidade não ter juntado cópia das supostas leis municipais que teriam tais atribuições, ***percebe-se que, conforme constou na inicial (fls. 04 e 164/196), a legislação anterior também não previa as***

Acesso ao Sumário

atribuições dos cargos em comissão, de forma que a afirmação de que se tratou de mera reestruturação não ilide a falta de atribuições fixada em lei.

Destaque-se, ademais, que a eventual existência de atribuições no Decreto 47.949/06 não satisfaz a exigência constitucional, pois não se trata de lei formal, em sentido estrito.

Quanto aos cargos de ***chefe de assessoria técnica, chefe da assessoria jurídica e assessores jurídicos****, vale destacar que os artigos 15 e 16 da Lei Municipal n. 14.887/09 trazem somente a descrição das atribuições* ***dos órgãos****, que não se confunde com a necessária previsão das atribuições* ***do cargo público****.*

Da mesma forma, a utilização da denominação 'encarregado de equipe', por óbvio, não autoriza antever-se as atribuições do respectivo cargo, eis que estas devem constar, de forma expressa, na respectiva lei que cria a unidade.

Pois bem, à exceção dos cargos de Secretário, Secretário Adjunto, Chefe de Gabinete e Diretores de Departamento, a criação dos demais cargos de provimento em comissão pelos preceitos legais impugnados, à míngua da descrição de suas atribuições de assessoramento, chefia e direção, é incompatível com os arts. 24, § 2º, 1, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual" (fls. 746/7).

Assim, conclui-se pela procedência da presente demanda, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 61 e 62 da Lei municipal nº 14.887, bem como das expressões aludidas na exordial, uma vez que referida norma realmente criou cargos em comissão sem a imprescindível descrição de suas respectivas atribuições.

4. De outro giro, em atenção aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, imperiosa a modulação dos efeitos da presente decisão em 120 (cento e vinte) dias, nos termos do artigo 27 da Lei federal nº 9.868/99.

Além de os valores percebidos de boa-fé pelos servidores públicos serem irrepetíveis, dada a natureza alimentar dessas verbas, é preciso viabilizar à Administração Pública condições para a reorganização do seu quadro funcional, ajustando-o à nova realidade proveniente da declaração de inconstitucionalidade.

Consoante bem explicitado em precedente deste Colendo Órgão Especial, "a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, a partir do início da vigência das respectivas legislações, acabaria por atingir a esfera jurídica dos servidores que obtiveram vantagens patrimoniais com fundamento nesses dispositivos, obrigando-os ao ressarcimento do erário municipal. No entanto, descabida a repetição de aludidas parcelas quando recebidas de boa-fé, além de ensejar enriquecimento sem causa da Administração que teve prestados os serviços e por ele não arcaria com o pagamento" (ADIN nº 0177331-18.2013.8.26.0000, Rel. o conspícuo Des. Evaristo dos Santos, j. em 05.02.14).

Acesso ao Sumário

5. Em decorrência do exposto, **julgo procedente** a ação, **com modulação**

de efeitos, para que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia em 120 (cento e vinte) dias a partir do julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2006421-45.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.605)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.011, de 07 de maio de 2013, com a redação dada pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014, do Município de Jundiaí, que "veda descarte de produtos e materiais inservíveis nos locais que especifica" – Lei municipal de iniciativa parlamentar que disciplina tema afeto ao meio ambiente – Competência administrativa comum à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios para a proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas, nos termos do artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal – Todavia, invade a competência privativa da União o inciso II,

Acesso ao Sumário

letras "a" a "e" do § 1º do artigo 1º da lei impugnada ao conceituar "áreas públicas", matéria de Direito Civil (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal) – Inconstitucionalidade – Afronta aos artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Artigo 1º, incisos I e III, letras "a" e "b" – Aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição.

Pedido procedente em parte, com interpretação conforme.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Jundiaí visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.011, de 07 de maio de 2013, com a redação dada pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014, do Município de Jundiaí, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 25, 47, incisos II e XIV, 111, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta, ainda, que a competência legislativa para estatuir regras sobre meio ambiente e saúde, é concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma que a criação de leis sobre descarte de produtos e materiais inservíveis não são da alçada dos Municípios. Pede a concessão de liminar para imediata suspensão da eficácia da legislação em questão e, ao final, a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais.

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. 325/329).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí prestou informações a fl. 331/345.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 409/410).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 413/431, opinou pela procedência parcial do pedido.

É o relatório.

2. A Lei nº 8.011, de 07 de maio de 2013, com a redação dada pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014, do Município de Jundiaí, que "veda descarte de produtos e materiais inservíveis nos locais que especifica; e revoga leis correlatas (Redação dada pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014)", estabelece:

"Art. 1º É vedado descartar produtos e materiais inservíveis em:

I – áreas públicas;

Acesso ao Sumário

II – bocas de lobo;

III – bueiros e poços de visita;

IV – galerias de águas pluviais;

V – cursos e reservatórios d'água e suas margens;

VI – terrenos livres;

VII – depressões e valetas de escoamento.

§ 1º Para os fins desta lei, considera-se:

I – produtos e materiais inservíveis:

a) lixo e objetos descartáveis;

b) cartazes, faixas, placas e assemelhados;

b.1) papelão; (Alínea acrescida pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014)

c) detritos, entulho, terra e resíduos de construção ou demolição;

d) animais mortos;

e) mobiliário e eletrodomésticos usados;

f) folhagens e restos de podas;

g) resíduos de limpeza de fossas ou de poços absorventes;

h) óleo, gordura, graxa e similares;

i) qualquer outro material ou objeto considerado sem uso e inaproveitável, em estado sólido ou líquido;

II – áreas públicas:

a) vias e logradouros públicos;

b) praças, parques e jardins;

c) canteiros de vias e logradouros públicos;

d) passeios públicos e sarjetas;

e) escadarias de uso público;

III – reservatórios d'água:

a) represas;

b) lagos e lagoas.

§ 2º No caso dos terrenos livres, respondem conjuntamente tanto o proprietário da área quanto quem a explore, comercialmente ou não.

Art. 2º As ações ou omissões que importem em violação desta lei ou das demais normas aplicáveis aos serviços de limpeza pública sujeitarão o infrator às seguintes sanções, sem prejuízo das demais de natureza civil ou penal:

I – advertência;

II – multa de até R$ 1.000,00 (um mil reais), dobrada na reincidência;

Acesso ao Sumário

III – apreensão do material e/ou do veículo que o transporte;

IV – limpeza do local e reparação dos danos provocados.

§ 1º A multa poderá ser aplicada isoladamente ou em conjunto com outras sanções.

§ 2º A devolução do material e/ou veículos apreendidos far-se-á após o recolhimento da multa cabível.

§ 3º É assegurado ao infrator o direito de ampla defesa e de contraditório, respeitado o prazo de 30 (trinta) dias para interposição de recurso, defesa ou impugnação do auto de infração, contados da data da autuação.

Art. 3º O Executivo regulamentará a presente lei, dispondo sobre as ações fiscalizadoras competentes.

Art. 4º São revogadas:

I – Lei nº 1.644, de 21 de novembro de 1969;

II – Lei nº 1.762, de 20 de novembro de 1970; (Redação dada pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014)

III – Lei nº 3.140, de 23 de dezembro de 1987.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Como se sabe, o Estado e o Município devem seguir, por simetria, os princípios da Constituição Federal (artigo 144, da Constituição do Estado), incluindo-se a repartição de competências administrativas e legislativas decorrentes do pacto federativo.

Releva notar, desde logo, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, isto é, a competência abrange os três níveis de Governo, mas a Constituição da República distinguiu a competência executiva comum, que cabe a todas as entidades estatais (artigo 23, inciso VI), da competência legislativa concorrente, que é restrita à União, aos Estados e ao Distrito Federal (artigo 24, inciso VI).

Com efeito, **"segundo a lógica do federalismo de equilíbrio que inspirou o discurso constituinte em 87/88, era previsível a abertura de um espaço maior para competências comuns ou concorrentes, tanto materiais como legislativas, no campo da repartição de competências. No art. 23 demarcou-se a área das atribuições materiais ou de execução exercitáveis, em parceria, por todos os integrantes da Federação, convocados para uma ação conjunta e permanente, com vistas ao atendimento de objetivos de interesse público, de elevado alcance social, a demarcar uma soma de esforços. É o que se percebe pela análise do conteúdo das competências comuns que seguem."** (*in* "Comentários à Constituição do Brasil" / J.J. Gomes

Acesso ao Sumário

Canotilho ... [et al.] – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 747-748).

A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las através de suas respectivas leis.

Sobre o tema, a lição de Raul Machado Horta: "As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a *repartição vertical de competências*, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da *legislação federal fundamental*, de *normas gerais* e de *diretrizes essenciais*, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as *normas gerais* do Direito Constitucional Brasileiro."[1]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao discorrer sobre a **competência legislativa concorrente**, preconiza a predominância da legislação editada pela União sobre as normas editadas por Estados e pelo Distrito Federal:

> **"Por outro lado, existe uma repartição vertical. Há uma competência concorrente deferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (não aos Municípios) (art. 24). Neste campo, compete à União estabelecer apenas as 'normas gerais' (art. 24, § 1º). Aos Estados e ao Distrito Federal cabe complementar essas normas, adaptando-as às suas peculiaridades (competência complementar, que a Constituição incorretamente chama de 'suplementar', art. 24, § 2º). Na falta de normas gerais editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal podem editá-las, suprindo a lacuna (competência supletiva, que a Constituição também chama de 'suplementar', de modo incorreto, art. 24, § 3º). Neste caso, porém, editando a União as normas gerais, estas prevalecerão sobre as que houverem sido promulgadas pelos Estados ou pelo Distrito Federal (art. 24, § 4º)."** (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "Curso de Direito Constitucional". 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92).

E, segundo lição de Hely Lopes Meirelles:

> **"Tratando-se de competências concorrentes e supletivas, sempre**

1 MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 366.

Acesso ao Sumário

que a esfera mais alta passar a prover o mesmo assunto de modo diverso do provimento inferior fica afastada a regulamentação da entidade menor; se não houver conflitos vigem, paralelamente, ambas as competências. (...)" (Cf. "Direito Municipal Brasileiro", 14ª ed., Malheiros, 2006, págs. 461-2).

Diante desse quadro, verifica-se que a legislação local trata de matéria ambiental, cuja competência legislativa é concorrente, cabendo à União editar normas gerais e aos Estados e Distrito Federal complementá-las ou, na ausência destas, exercer a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades locais (artigo 24, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal).

Nesse aspecto, os municípios não constam no artigo 24, da Constituição Federal como legitimados para legislar concorrentemente, entre outros temas, sobre proteção do meio ambiente, atribuição apenas da União, dos Estados e do Distrito Federal, como dito alhures. Todavia, eles detêm competência comum, juntamente com os demais entes da Federação, para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (Cf. artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal) e ainda "legislar sobre assuntos de interesse local" e "suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber" (artigos 30, inciso I e II).

Assevera-se, noutro ponto, que a Lei Federal nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), bem como previu a elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, regulamentado no Decreto nº 7.404/2010. De se notar que a legislação federal não traz em seu texto a definição de resíduos sólidos, podendo conceitua-los como sendo **"todos os materiais que não fazendo falta ao seu detentor, este se queira desfazer. Compreende resíduos resultantes da actividade humana e animal, normalmente sólidos, sem utilização ou indesejáveis pelo seu detentor, no entanto com capacidades de valorização."** (RUSSO, Mário Augusto Tavares. "Tratamento de resíduos sólidos". Coimbra: Universidade de Coimbra, Faculdade de Ciências e Tecnologia, Departamento de Engenharia Civil, 2003). E, conforme já decidido na ADI nº 2157468-37.2016.8.26.0000, de Relatoria do eminente Desembargador Amorim Cantuária, **"os óleos de origem vegetal ou animal, destinados ao consumo humano, lastimavelmente não estão abarcados pelo sistema instituído pela Lei de PNRS."**

Acesso ao Sumário

E como bem anotou o d. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 413/431, **"a norma local e a federal se entrelaçam harmonicamente no ponto em que a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, ao proibir a destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos em corpos hídricos, lançamento *in natura* a céu aberto e queima a céu aberto, permite (art. 47, IV) ao poder público a instituição de outras formas de vedação."**

A propósito, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Pretensão que envolve a Lei nº 4.859/2015 do Município de Suzano, a qual "institui o programa municipal de incentivo ao tratamento e reciclagem de óleos e gorduras de origem vegetal ou animal e uso culinário, e dá outras providências". Interesse local dentro das atribuições constitucionais do município. Competência para legislar sobre meio ambiente que é concorrente de todos os entes federativos e que pode ser exercida, de forma geral e abstrata, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo. Inconstitucionalidade não configurada. Regulamentação de tema dentro dos limites da atuação do poder. Ação improcedente" (ADI nº 2246771-62.2016.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 26/04/2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 9.349/2017 – MUNICÍPIO DE REGENTE FEIJÓ – INICIATIVA PARLAMENTAR – LEI QUE DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO DE POLÍTICA MUNICIPAL DE COLETA, TRATAMENTO E RECICLAGEM DE ÓLEO E GORDURA DE ORIGEM VEGETAL OU ANIMAL – VÍCIO DE INICIATIVA – INOCORRÊNCIA – MATÉRIA CUJA INICIATIVA NÃO É RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – INEXISTÊNCIA DE INTERFERÊNCIA NAS ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL – PRECEDENTES – AÇÃO IMPROCEDENTE." (ADI nº 2103799-35.2017.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, j. 07/02/2018).

Entretanto, o legislador local ao conceituar "áreas públicas", disciplinou tema afeto ao direito civil, matéria de competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Nesse passo, não pode o Município legislar sobre matéria que foge à sua competência, invadindo esfera dos Estados ou da União, pena de ferir o primado do federalismo, que importa na delimitação de competência das pessoas jurídicas de direito público interno que integram o Estado (sentido amplo).

Ora, **"não pode o legislador municipal, a pretexto de legislar concorrentemente ou suplementar a legislação federal, invadir a competência legislativa deste ente federativo superior"** (RE 313.060, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29/11/2005, Segunda Turma, DJ de 24/2/2006).

Em sendo assim, flagrante a inconstitucionalidade do inciso II, letras "a" a "e", do § 1º, do artigo 1º da Lei nº 8.011, de 07 de maio de 2013, na redação dada pela Lei nº 8.234, de 09 de junho de 2014, do Município de Jundiaí, por afronta aos artigos 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

De mais a mais, a competência do Município para legislar sobre proteção ao meio ambiente é de natureza suplementar, não podendo, pois, a norma municipal contrariar normas gerais federais e estaduais, de tal arte que deve ser conferida interpretação conforme no que tange ao artigo 1º, incisos I e III, letras "a" e "b", uma vez que a disciplina dos bens públicos, inclusive a definição, é objeto dos artigos 98 e 99 do Código Civil, e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), no uso das competências que lhe são conferidas pela Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), estabelece por meio da Resolução nº 302/2002 a definição de "reservatório artificial"[2], dando, dessa forma, à norma impugnada, um sentido compatível com a Constituição.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte o pedido, com interpretação conforme, nos termos suso alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2059983-66.2018.8.26.0000, 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 SANTA BÁRBARA D'OESTE e PREFEITO MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

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 37.957)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 15 de agosto de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

2 "Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I – Reservatório artificial: acumulação não natural de água destinada a quaisquer de seus múltiplos usos;"

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, que dispõe sobre a qualificação de entidade como organização social com o fim de formalização de contrato de gestão da Unidade de Pronto Atendimento Dr. Afonso Ramos, e dá outras providências – Inexistência de ofensa aos princípios da impessoalidade, igualdade e razoabilidade (art. 111 da Constituição Estadual) – Legislação que busca segurança jurídica na contratação de gestores da saúde municipal – Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça em face da Lei nº 3.947, de 21 de junho de 2017, do Município de Santa Bárbara D'Oeste, que dispõe sobre a qualificação de entidade como organização social com o fim de formalização de contrato de gestão da Unidade de Pronto Atendimento Dr. Afonso Ramos, e dá outras providências.

Sustenta a ação, que a lei municipal mencionada contraria o disposto nos artigos 111, e 144, da Constituição Estadual, além do art. 37, inciso IX da Constituição Federal, uma vez que lei atacada contraria os princípios da razoabilidade e moralidade administrativa.

Foi indeferida a liminar (fls. 154/155).

A Câmara Municipal apresentou de informações (fls. 163).

O Prefeito do Município de Santa Bárbara D'Oeste prestou informações às fls. 178/184.

Citada, a Procuradoria Geral do Estado deixou de apresentar defesa por entender lhe falecer interesse (fls. 168/169).

É o relatório.

Assim dispõe a norma ora guerreada:

Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo a qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde com o fim de formalização de contrato de gestão da Unidade de Pronto Atendimento Dr. Afonso Ramos.

§ 1º A qualificação como organização social será precedida de processo seletivo público e específico para a transferência de gestão e contratação da unidade indicada no "caput".

Acesso ao Sumário

§ 2º O processo seletivo de que trata o parágrafo anterior, será precedida de publicação da convocação pública, através do Diário Oficial do Estado e do Município, indicando as condições essenciais para que todas das organizações sociais interessadas possam se apresentar para a qualificação.

§ 3º O Poder Público dará ainda publicidade das fases essenciais do processo de seleção e qualificação das organizações sociais, da realização do contrato e sua execução.

Art. 2º São requisitos específicos que as entidades privadas referidas no artigo anterior se habilitem ao processo seletivo para qualificação como organização social:

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de ter a entidade, como órgãos de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria, definidos nos termos do Estatuto, assegurado àquele composição e atribuições normativas e de controle básicos previstos nesta lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da Diretoria da entidade;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário oficial do Município, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) em caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito do Município, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Município, na proporção dos recursos e bens por este alocados;

II – comprovar possuir ter oferecido e prestado efetivamente serviços próprios na área ou atividade específica para a qual pretenda se qualificar há mais de 3 (três) anos.

Improcede a ação.

Acesso ao Sumário

Não há que se falar em ofensa aos princípios da impessoalidade, igualdade e razoabilidade.

Na verdade, a interpretação dada pela inicial de que houve uma inversão no processo seletivo é equivocada, pois não existe óbice algum na participação de qualquer empresa que tenha interesse na prestação do serviço, no entanto, após a verificação pela Administração Pública dos requisitos legais, é que essa pessoa jurídica passará a ser denominada, na contratação, como Organização Social.

Portanto, a ordem estabelecida pela lei em exame, nada mais é que o caminho para a aferição dos requisitos por ela estabelecidos.

De outro lado, realmente, não há como se confundir os princípios da razoabilidade e igualdade.

A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. Desta forma, exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal.

Assim, na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário.

A razoabilidade exige, ainda, a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é desconsiderado pela generalização legal. Em alguns casos, em razão das especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal.

Temos que, a saúde é direito fundamental, e assim reconhecido constitucionalmente, como dever do Estado na sua prestação, ou seja, a normalidade é o Município prestar serviços médicos, e a anormalidade, é este mesmo ente, transferir seu dever a terceiros, que é o objetivo da lei ora guerreada.

Anote-se ainda que, não se verificou, como entende a d. Procuradoria Geral de Justiça, a pretensão do legislador em excluir eventuais interessados que não possuam os requisitos determinados na lei, haja vista que a futura contratação tem um fim específico, e para tal aquele que irá prestá-lo, deverá atender às particularidades da atividade.

Por fim, da leitura da norma, o que se percebe é uma rigorosa ação da Administração Pública com o fim de evitar futuros transtornos, como os que acontecem, diariamente, em outros Municípios, que transferem a gestão da saúde pública.

Isto posto, julga-se improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065188-76.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BOCAINA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BOCAINA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 15 de agosto de 2018.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 2.772, de 20 de fevereiro de 2018 do Município de Bocaina. Revisão geral anual e aumento real aos servidores do Legislativo. Contemplação de valores superiores aos fixados pelo Poder Executivo. A vedação de que os vencimentos dos cargos dos Poderes Legislativo e Judiciário superem os do Poder Executivo está assentada no princípio da isonomia. Ausência de conduta desarrazoada e não isonômica do requerido. Ausência, ademais, de afronta aos arts. 115, inc. XIV e art. 124, § 1º da CE. Inexistência da demonstração da similitude entre os postos de trabalho, a autorizar a vedação de que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo superem os do Poder Executivo, não havendo se falar em afronta ao princípio da isonomia. Violação ao art. 25 da CE que também não restou configurada. Possibilidade de indicação de fonte de custeio de forma genérica. Inexistência de inconstitucionalidade a ser reconhecida.

Acesso ao Sumário

Ação improcedente.

VOTO

O Prefeito do Município de Bocaina ajuizou a presente **ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar,** objetivando a declaração de inconstitucionalidade da **Lei Municipal nº 2.772, de 20 de fevereiro de 2018,** que concede revisão geral anual das remunerações dos servidores públicos municipais do Poder Legislativo do Município de Bocaina, bem como concede aumento real e dá outras providências.

Depois de sustentar sua legitimidade ativa para a propositura da presente ação, alega o autor que referida lei contraria o disposto nos artigos 55 da LOM, 37, XII da CF/88, e 25 e 115 da Carta Bandeirante, sobretudo porque impõe remunerações diversas das fixadas para o Poder Executivo Municipal e sem a indicação dos recursos disponíveis, ferindo os princípios constitucionais da igualdade, paridade e isonomia. Aduz, ainda, que a lei contraria também o art. 88 da Lei Municipal 2.557/2014, que estabelece que os vencimentos sejam reajustados anualmente, na data base da categoria profissional territorial, seguindo a convenção ou o dissídio coletivo estabelecido para a categoria.

Pede, por isso, seja declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada, bem assim a suspensão liminar da sua eficácia, ante a presença do "fumus boni juris" e do "periculum in mora", pois, acaso a lei municipal atacada não seja suspensa de plano, continuará ela surtindo seus efeitos no âmbito do Poder Legislativo Municipal e causará prejuízos aos Cofres Públicos uma vez que a Lei foi aprovada retroagindo seus efeitos a 01 de janeiro de 2018.

Às fls. 98, foi determinado ao Prefeito do Município de Bocaina que regularizasse sua representação processual, o que foi devidamente cumprido às fls. 101/112.

A liminar requerida restou parcialmente deferida às fls. 121/125, apenas para suspender a vigência e a eficácia do art. 1º da Lei impugnada, com efeito *ex nunc*, até o julgamento desta ação, por vislumbrar o ilustre relator sorteado, desembargador João Negrini Filho, numa apreciação inicial, o preenchimento cumulativo do *fumus boni juris* e *periculum in mora*, para evitar lesão à ordem jurídica e ao patrimônio público.

Requisitadas informações ao Presidente da Câmara Municipal de Bocaina, estas foram apresentadas às fls. 138/161, ocasião em que narrou o trâmite do processo legislativo, enfatizando que o diploma impugnado foi, inclusive, sancionado pelo ora requerente. Apontou que a data base para a revisão geral anual da remuneração dos servidores do poder legislativo é a primeira quinzena do mês de janeiro, a teor do disposto na Lei municipal nº 2.679/16, que não teria sido alterada pela Lei nº 2712/17, razão pela qual os efeitos da lei impugnada

Acesso ao Sumário

retroagiram a primeiro de janeiro de 2018. Aduziu, ainda, que o índice adotado para a revisão decorre de reivindicações apresentadas pelo Sindicato local e que o Poder Legislativo tem autonomia para a fixação da remuneração de seus empregados. Afirmou que, diante da alteração legislativa dada pela Emenda nº 21/06 ao inciso XV do art. 115 da Carta Estadual, não é mais necessário observar o disposto no inciso XIV do mesmo artigo, porquanto o constituinte quis extirpar a norma constitucional que estabelecia isonomia entre os vencimentos dos servidores públicos. Destacou também a necessidade de se comparar as atribuições dos cargos, com supostas diferenças salariais, para se concluir pela ausência de ofensa e pela impossibilidade de equiparação salarial, o que não foi providenciado pelo autor. Por fim, consignou a impossibilidade de redução salarial dos servidores da Câmara Municipal por força do regime celetista adotado e a incidência da súmula vinculante nº 37 à espécie.

Citado, o Sr. Procurador-Geral do Estado entendeu inexistir interesse na defesa do ato normativo impugnado, por tratar de matéria exclusivamente local (fls. 134/135).

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 228/240, pela improcedência da ação.

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Bocaina, em face de ato normativo originário da Câmara Municipal que concedeu revisão geral anual das remunerações dos servidores públicos municipais do Poder Legislativo do Município de Bocaina e aumento real aos mesmos servidores, editado na forma da Lei 2.772 de 20 de fevereiro de 2018, argumentando o requerente que: **[1]** a lei é inconstitucional, pois teria autorizado o reajuste dos vencimentos dos servidores do Legislativo em patamar superior aos pagos pelo Poder Executivo, maculando o princípio da isonomia, com violação ao art. 55 da LOM, à Lei Municipal nº 2.557/14, ao art. 37, XII da CF e aos arts. 25 e 115, XIV, da Constituição Estadual ; **[2]** há violação ao princípio da legalidade, posto que o reajuste retroagiu seus efeitos a primeiro de janeiro de 2018.

A **Lei Municipal nº 2.772, de 20 de fevereiro de 2018,** originada no Projeto de Lei n. 002/2018, de iniciativa legislativa, tem a seguinte redação:

> ***"Art. 1º. Fica concedida, a partir de 1º de janeiro de 2018, aos servidores públicos pertencentes ao Quadro de Pessoal do Poder Legislativo do Município de Bocaina, Estado de São Paulo, revisão geral anual, nos termos do inciso X do artigo 37 da Constituição Federal, no percentual de 2,95% (dois inteiros e noventa e cinco centésimos por cento) sobre seus respectivos vencimentos atuais, cujos valores apurados ficam, para todos os fins e efeitos de direito, automaticamente incorporados aos vencimentos pagos pela***

Acesso ao Sumário

Câmara Municipal.

Art. 2º. Fica concedido, a partir de 1º de janeiro de 2018, aos servidores públicos pertencentes ao Quadro de Pessoal do Poder Legislativo do Município de Bocaina, Estado de São Paulo, sem prejuízo da revisão geral anual nos termos do artigo 1º desta Lei, aumento real no percentual de 4,00% (quatro por cento) sobre seus respectivos vencimentos atuais, cujos valores apurados ficam, para todos os fins e efeitos de direito, automaticamente incorporados aos vencimentos pagos pela Câmara Municipal.

Art. 3º. A Câmara Municipal de Bocaina fica autorizada a regulamentar a presente Lei.

Art. 4º. As tabelas de vencimentos dos servidores do Poder Legislativo constantes do Anexo III da Lei 2.557, de 29 de abril de 2014 e do Anexo III da Lei 2.609, de 11 de fevereiro de 2015 serão atualizadas por Ato da Mesa Diretora.

Art. 5º. As despesas decorrentes da execução da presente Lei serão atendidas com os recursos das dotações consignadas no orçamento vigente, suplementadas, se necessário.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, cujos efeitos iniciam-se a partir de 1º de janeiro de 2018.

Art. 7º. Ficam revogadas as disposições em contrário."

De proêmio, deve ser apontado que o controle de constitucionalidade, pela via de ação, só se justifica e é viável quando se tratar de revisão da constitucionalidade da norma impugnada em face de dispositivos constitucionais, que consubstanciem parâmetros da constitucionalidade estabelecida pelo sistema vigente. Assim, incabível o exame das alegações de inconstitucionalidade da lei combatida em face de preceitos legais infraconstitucionais. *In casu*, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, só é possível a averiguação da compatibilidade entre a lei analisada e o parâmetro constitucional estadual.

Sendo assim, fica afastada a análise de inconstitucionalidade da norma impugnada em face de suposta violação a dispositivo de lei infraconstitucional. Da mesma forma, nos termos do art. 125, § 2º, da CF, não cabe o exercício do controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal, mas tão somente em face da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Quanto ao **princípio da isonomia dos vencimentos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário** (arts. 2º da Constituição Federal e art. 5º da Constituição de São Paulo), dispõe a Constituição Estadual que ***"os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo"*** (art. 115, XIV).

A Câmara de Vereadores tem autonomia administrativo-financeira para dispor sobre a remuneração de seu quadro de funcionários, para conceder

reajuste geral anual e aumento real com o fim de garantia da preservação do poder aquisitivo da moeda, nos termos do que dispõe o art. 20, III, da CE. Tal autonomia, contudo, não é absoluta e deve respeitar os limites impostos na Constituição, entre eles o quanto determinado pelo inciso XIV do art. 115, acima transcrito, que por sua vez, reproduz o inciso XII, do art. 37 da CF.

Referido inciso, juntamente com o § 1º do art. 124, ambos da Constituição Estadual, tem como objetivo o zelo pela isonomia remuneratória para os cargos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assegurando que, **se o mesmo cargo existir na estrutura dos três Poderes, não poderá ser retribuído com vencimentos superiores àqueles que lhe correspondam no Poder Executivo.**

Anote-se que o fato do texto previsto no § 1º do art. 124 da CE ser repetição da redação antiga do § 1º, do artigo 39, da CF/89, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/98, não implica na sua inconstitucionalidade, como quer fazer crer o requerido. Hely Lopes Meirelles, analisando a questão, nos ensina que:

> *"O princípio da isonomia, mesmo antes da Carta de 1988 – que, § 1º do art. 39, modificado inteiramente pela EC n. 19, o havia determinado especificamente para os servidores civis –, já vinha sendo frequentemente invocado para equiparação de servidores não contemplados nas leis majoradoras de vencimentos ou concessivas de vantagens. Hoje, com a nova redação do § 1º do art. 39, dada pela EC n. 19, suprimindo o princípio da isonomia da seç. II – 'Dos servidores civis' –, a questão é regulada pelo princípio geral da igualdade previsto no art. 5º da Carta. Dessa forma, mesmo com a EC 19 sua aplicação não pode ser afastada. Mas há de ser entendido e aplicado nos justos limites do mandamento igualitário."*[1]

Sobre a vedação de que os vencimentos dos cargos dos Poderes Legislativo superem os do Poder Executivo, com afronta ao princípio da isonomia, este C. Órgão Especial já teve oportunidade de se manifestar, em voto recente do Exmo. Des. Antonio Carlos Malheiros, nos seguintes termos:

> *"O disposto no inciso XIV, do artigo 115, que reproduz o inciso XII do artigo 37, da Constituição Federal, ao estabelecer que os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo, tem como objetivo o zelo pela isonomia na fixação de vencimentos no serviço público, tal como o § 1º, do artigo 124, CE.*
>
> *No que diz respeito, especificamente, ao § 1º, do artigo 124, verifica-se que tal dispositivo repete a redação antiga do antigo § 1º do artigo 39, da CF/88, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/98, que não reflete com a mesma eficácia a exigência de paridade, relevando a necessidade de fixação de padrão de vencimentos adequado às peculiaridades dos cargos.*

1 in Direito Administrativo brasileiro, Malheiros Editores, 43ª ed., p.

Acesso ao Sumário

Muito embora a lei impugnada altere os valores de referência da escala básica de vencimentos dos servidores do Poder Legislativo, não se observa qualquer ofensa à isonomia em relação aos servidores do Poder Executivo.

Ainda que o autor questione a Lei nº 1.695/86, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal do Executivo, não demonstra em que medida haveria, entre esta e a lei impugnada, tratamento apartado da isonomia, limitando-se a indicar alguns cargos do Poder Executivo, cujas denominações seriam idênticas ou assemelhadas às do Legislativo, cujos valores de referência foram alterados.

O autor não promove o cotejo entre a lei de pessoal do Executivo e a do Legislativo. Não confronta os elementos capazes de identificar hipóteses assemelhadas. Apenas apresenta a denominação dos cargos, e as referências, sem contudo, estabelecer paralelo ente as atribuições, o grau de escolaridade exigido, a duração da jornada de trabalho, não se observando similaridade entre os cargos confrontados"[2].

Assim, o princípio da isonomia significa **tratamento igual aos realmente iguais.** E para sabermos se estamos diante de iguais, necessário se faz aferir as verdadeiras características de cada um. No caso presente, não basta a verificação dos nomes, apenas. Necessário se faz que se indague as funções exercidas, as condições do exercício de cada atividade, para então se constatar se estamos diante de cargos iguais, regidos pela paridade de vencimentos. A igualdade nominal, diz respeito a cargos de igual denominação, mas pode envolver cargos funcionalmente desiguais, pela intensidade de serviço, ou pela habilitação profissional exigida. É preciso uma indicação precisa dos detalhes fáticos de cada cargo, para se identificar a identidade ou não entre eles.

Nos valendo, mais uma vez, do ensinamento de Hely Lopes Meirelles, vemos que:

"No atual sistema os vencimentos pagos pelo Poder Executivo constituem o limite máximo para a remuneração dos servidores que exerçam funções iguais ou assemelhadas no Legislativo e no Judiciário (CF, art. 37, XII). Sendo assim, estes Poderes, tendo em vista suas disponibilidades orçamentárias, podem estabelecer a retribuição a seus servidores em bases idênticas às do Executivo, ou lhes atribuir menor remuneração, mas nunca pagar-lhes mais, de modo a criar uma injusta disparidade, daí resultando um teto para esses Poderes. A liberdade dos Poderes Legislativo e Judiciário reduz-se, quanto a esse aspecto, à possibilidade de criar ou não seus cargos e à de fixar-lhes um estipêndio igual ou inferior ao estabelecido em lei para os mesmos servidores, isto é, os que tenham atribuições iguais ou assemelhadas, no âmbito do Executivo. Todavia, por lei, os demais Poderes podem instituir

Acesso ao Sumário

2 ADIN 2178420-03.2017.8.26.0000, Órgão Especial do TJSP, j. 13.12.2017.

limites diversos do Executivo, desde que os cargos e suas funções sejam diferenciados"[3]

Com tais luzes, verifica-se que, no caso específico dos autos, não restou evidenciado que a lei ora impugnada, ao estabelecer índice de reajuste anual e aumento real aos servidores do Poder Legislativo tenha promovido qualquer ofensa à isonomia em relação aos servidores do Poder Executivo.

Isto porque o requerente não foi capaz de demonstrar, de forma efetiva, hipóteses de cargos com atribuições iguais em ambos os Poderes (Executivo e Legislativo), limitando-se a indicar três cargos com denominações assemelhadas, sem contudo estabelecer paralelo entre as atribuições, de modo que não é possível se verificar similaridades entre os cargos comparados, a não se justificar o impedimento no estabelecimento de jornadas e remunerações diversas entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Com a exordial desta ação, houve apenas uma apresentação comparativa indicando as diferenças salariais e jornada de trabalho dos cargos de contabilista, assessor jurídico e assistente do Poder Legislativo, de um lado, e os cargos de Procurador Jurídico, contador e agente do Poder Executivo de outro. Não há informações quanto a atribuições dos cargos referidos, destarte inviabilizando a constatação de identidade absoluta violadora da paridade constitucional que deve ser preservada.

Assim, fica afastado o pleito de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da lei impugnada.

Outrossim, no que diz respeito ao art. 5º da lei municipal, não se vislumbra violação ao art. 25 da CE, na medida em que a lei estabelece que as despesas serão atendidas com os recursos das dotações consignadas no orçamento vigente, as quais serão suplementadas, se necessário.

Anote-se que é possível a indicação de fonte de custeio genérica, como já decidido por este C. Órgão Especial, no acórdão proferido pelo Exmo. Des. Evaristo dos Santos, nos autos da ADIN nº 2132724-41.2017.8.26.0000, nos seguintes termos:

> "Disciplina a Constituição do Estado de São Paulo: 'Artigo 25 – Nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.'
>
> No caso, embora o art. 6º, da Lei Municipal nº 3.868/16, não aponte, especificamente, de onde viriam as despesas decorrentes de sua promulgação, previu, genericamente, sobre tal assunto, assim dispondo: *'As despesas com a execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias suplementadas se necessário.'*
>
> Ora, as leis que criam despesas e perpetrem a indicação, embora

Acesso ao Sumário

3 op. cit., 43ª. Ed., p. 576/577.

genericamente, da fonte de custeio, máxime quando não dizem respeito à previdência social, não devem ser declaradas inconstitucionais, podendo resultar apenas em sua inexequibilidade para o mesmo exercício".[4]

Nesses termos, não há que se falar em inconstitucionalidade por indicação genérica de fonte de custeio.

Destaco por fim que, diversamente do que pretende fazer crer o requerido, a data base para a realização da revisão geral anual dos vencimentos dos servidores da Câmara Municipal de Bocaina está atualmente fixada para toda primeira quinzena de março. Isto porque, a data base dos servidores da Câmara Municipal de Bocaina anteriormente fixada para toda primeira quinzena de janeiro pela Lei Municipal 2.679/16 (fls. 164) foi alterada com a promulgação da Lei 2.712/17 (fls. 166). Sendo assim, verifica-se que o art. 6º da lei ora impugnada, que determina que os efeitos do ato normativo retroajam a janeiro de 2018, viola o princípio da legalidade.

Contudo, se ilegalidade ocorre aqui, ela decorre de violação constatada do confronto dos atos normativos pertinentes (infraconstitucionais) que fixaram a data base. Tal âmbito refoge ao estabelecido para o controle abstrato de normas em face do texto constitucional, no caso, estadual.

Desta feita, forte nos fundamentos retro lançados, não vislumbro a inconstitucionalidade apontada em relação à Lei nº 2.772, de 20 de fevereiro de 2018 do Município de Bocaina.

Pelo exposto, julgo improcedente a ação, nos termos do acórdão.

Agravos Regimentais

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2060024-33.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

4 J. 08.11.2017.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, AFASTARAM A PRELIMINAR E, POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, CASSADA A LIMINAR. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES. FARÃO DECLARAÇÃO DE VOTO OS EXMOS. SRS. DES. FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI E SALLES ROSSI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.913)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), RENATO SARTORELLI (com declaração), FERRAZ DE ARRUDA, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI (com declaração), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS PETRONI, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e EVARISTO DOS SANTOS dando provimento ao agravo regimental, cassada a liminar; e FRANCISCO CASCONI (com declaração), BORELLI THOMAZ, SÉRGIO RUI, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e MÁRCIO BARTOLI negando provimento ao agravo.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator Designado

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATOS NORMATIVOS DISPONDO SOBRE A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO NA ESTRUTURA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. SUSPENSÃO PARCIAL EM SEDE DE LIMINAR CONCEDIDA MONOCRATICAMENTE. NÃO VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. PROCEDIMENTO REGULAMENTADO PELO REGIMENTO INTERNO DESTA C. CORTE. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA.

1. Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República. Aplicação do RITJSP. Artigos 168, parágrafo 2º, 229, 230 e 231.

2. Preliminar afastada.

AGRAVO REGIMENTAL. PROVIMENTO

Acesso ao Sumário

CAUTELAR. REQUISITOS CLÁSSICOS DA MEDIDA DE URGÊNCIA QUE, NA HIPÓTESE, DEVEM SE SOMAR À ANÁLISE DA "CONVENIÊNCIA DA DECISÃO". ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. NORMA OBJURGADA QUE NÃO ONERA O ERÁRIO. VIGÊNCIA POR PERÍODO LONGEVO. AJUIZAMENTO TARDIO QUE ESVAZIA O PERIGO DA DEMORA. *PERICULUM IN MORA* INVERSO. TUTELA CAUTELAR QUE, AO SUSPENDER OS EFEITOS DA NORMA, REVELA-SE MAIS GRAVOSA DO QUE O PROVIMENTO FINAL A SER EVENTUALMENTE CONCEDIDO, SE PROCEDENTE A PRETENSÃO. HISTÓRICO DE MODULAÇÕES EM SITUAÇÕES PARELHAS.

1. O deferimento de medida liminar pressupõe a presença de dois pressupostos: i) a verossimilhança do direito alegado e ii) o perigo na demora em se obter provimento judicial.

2. Salvo em hipóteses excepcionais, o transcurso de longo prazo desde a vigência da norma atacada constitui indício relevante da inexistência do segundo requisito, a justificar o indeferimento da liminar postulada.

3. Conveniência da medida que, se considerada a ausência de repercussão financeira, não se justifica, ao contrário, desaconselha o deferimento na medida em que a suspensão dos efeitos da norma vergastada traz prejuízos sociais maiores do que sua manutenção.

4. Aliás, quanto à fumaça do bom direito, necessário também se acrescentar que a modulação recorrente que tem se verificado em hipóteses similares julgadas por este C. Órgão Especial denota que a declaração de inconstitucionalidade de normas do gênero e que envolvem cargos da Administração Pública devem ser analisadas com o necessário comedimento, evitando-se decisões precipitadas e que coloquem em risco a própria prestação dos serviços e prejuízos a sua estrutura.

5. Agravo regimental provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo regimental interposto pela ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e pelo PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra a r. decisão de fls. 327/328 dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, em face da r. decisão que concedeu parcialmente a liminar para suspender *ex nunc* os efeitos da norma objurgada.

Alegam os agravantes que, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, e pelo princípio da reserva legal do plenário, somente a maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Invocam o teor do artigo 10 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. No mais, alegam também a ausência dos requisitos essenciais à concessão da liminar e que as consequências da suspensão da norma, no caso, podem ser tão graves quanto aquelas decorrentes do seu indeferimento, porquanto a lei objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade é do ano de 2011, tendo decorrido grande lapso de sua edição.

Apresentada a contraminuta (fls. 20/25).

É o relatório.

2. Reproduzo o conteúdo da r. decisão impugnada para melhor compreensão do objeto do recurso e do resultado a ele atribuído:

> Ação de inconstitucionalidade voltada contra as expressões Assistente Parlamentar I, Assistente Parlamentar II, Assistente Parlamentar III, Assistente Parlamentar IV e Assistente Parlamentar V, constantes dos Anexos I, II e III, da Lei Complementar Estadual nº 1.136, de 25 de abril de 2011, e do Anexo Único da Resolução nº 871, de 27 de abril de 2011, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.
>
> Delineada causa petendi repousa na alegada inconstitucionalidade material das expressões impugnadas, consistente na criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, cujas atribuições não retratam funções de direção, chefia ou assessoramento, mas sim meramente burocráticas, administrativas e profissionais, o que impõe investidura para cargo de provimento efetivo, daí decorrendo ofensa a dispositivos diversos da Constituição Bandeirante.
>
> In casu, em juízo sumário de cognição, a plausibilidade dos fundamentos de arrimo da exordial diante da documentação exibida revela o caráter aparentemente técnico, burocrático e executório dos cargos em comissão em debate, a consolidar o fumus boni iuris que, aliado ao periculum in mora decorrente da possibilidade, em tese, de afetar o erário, revela excepcionalidade inerente à tutela de urgência

Acesso ao Sumário

reclamada.

Assim, presentes os requisitos legais, defiro a liminar requerida, com efeito ex nunc (art. 11, § 1º da Lei 9.868/99), para suspender parcialmente, até o julgamento final desta ação e evitando assim novas nomeações, as expressões Assistente Parlamentar I, Assistente Parlamentar II, Assistente Parlamentar III, Assistente Parlamentar IV e Assistente Parlamentar V , constantes dos Anexos I, II e III, da Lei Complementar Estadual nº 1.136, de 25 de abril de 2011, e do Anexo Único da Resolução nº 871, de 27 de abril de 2011, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Nos termos do art. 6º da Lei 9.868/99, requisitem-se informações, a serem prestadas no prazo legal, às autoridades das quais emanados os atos normativos impugnados.

Cite-se o Procurador-Geral do Estado, com posterior vista à Douta Procuradoria Geral de Justiça.

Cumpridas as formalidades legais, tornem conclusos.

Int.

Quanto à tese de que somente o colegiado poderia conceder a liminar, ainda que em parte, na mesma esteira do voto do em. relator sorteado, é a jurisprudência predominante desta C. Corte de Justiça na direção de que os provimentos cautelares podem ser analisados monocraticamente, não sendo o caso de se aplicar a Cláusula de Reserva de Plenário e, bem assim, o teor da Súmula Vinculante 10 do E. STF.

Destarte, como salientado pelo nobre relator sorteado, a Lei Federal 9.868/99 é aplicável no âmbito deste C. Órgão Especial, mas somente "no que couber", conforme conteúdo dos artigos 229 e 230 do RITJSP, a saber:

Art. 229. A ação direta de inconstitucionalidade será processada conforme a Constituição do Estado de São Paulo e a legislação (Lei 9.868, de 10.11.1999), **no que couber.**

Art. 230. Caberá ao relator a apreciação da medida cautelar, ressalvada a hipótese do artigo 168, § 2º, deste Regimento.

Art. 231. Para o julgamento, exigir-se-á a presença de dois terços dos integrantes do Órgão Especial.

Parágrafo único. A decisão que declarar a inconstitucionalidade será tomada por maioria absoluta de seus membros, convocando-se os ausentes se a maioria não for atingida.

Por sua vez, dispõe o artigo 168, do RITJSP:

Art. 168. O relator é o juiz preparador do feito e decidirá as questões urgentes, liminares, incidentes e aquelas que independem do colegiado, nos termos da legislação, oficiando, ainda, como instrutor, sendo facultada a delegação de diligências a juiz de primeiro grau.

§ 1º O relator velará pelo cumprimento das diligências necessárias

Acesso ao Sumário

ao julgamento, principalmente quanto à intimação das partes e seus advogados, do Ministério Público e das testemunhas, indicando as peças do processo a serem remetidas aos integrantes da turma julgadora, com a devida antecedência.

§ 2º Diante da relevância da questão, o relator, em qualquer feito, **poderá** submeter diretamente ao colegiado a apreciação da liminar ou tutela provisória de urgência.

* *§ 2º com redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016*

§ 3º Além das hipóteses legais, o relator poderá negar seguimento a outros pleitos manifestamente improcedentes, iniciais ou não, ou determinar, sendo incompetente o órgão julgador, a remessa dos autos ao qual couber a decisão.

A propósito, é nesse sentido a jurisprudência deste C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Demanda que visa a Emenda nº 43, de 10 de novembro de 2016, à Constituição do Estado de São Paulo – Agravo regimental – Alegação de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal – Improcedência – Competência do Tribunal de Justiça que inclui examinar a pretensão de declarar inconstitucional preceito da Constituição Estadual – Invocação, "como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria CF" – Precedentes da Suprema Corte e doutrina autorizada, a respeito – Alegação afastada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – **Decisão monocrática do relator, concedendo a medida liminar – Alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 10 da Lei nº 9.868/99 e Súmula Vinculante 10 do STF) – Inocorrência – Previsão regimental expressa (arts. 229 e 230, c.c. 168, § 2º, do RITJSP)** – Disposição que se amolda ao sistema processual permissivo da concessão de tutelas de urgência pelo relator, nos recursos derivados ou nos processos originários – Reserva de plenário, ademais, que diz respeito ao mérito da causa, e não a decisão provisória – Precedente do Órgão Especial – Alegação rejeitada. (...omissis)[1]

Ação direta de inconstitucionalidade – Decisão do relator suspendendo liminarmente a eficácia de determinadas expressões mencionadas no ato impugnado – **Ausência de violação ao artigo 97 da Constituição Federal e Súmula vinculante n° 10 – Ato judicial proferido por juiz natural integrante do Órgão Especial do Tribunal, competente para análise e julgamento da ação** – Decisão provisória e sujeita a recurso que, ao ser interposto, deverá ser julgado pelo Plenário, que estará decidindo quanto à revogação ou manutenção da decisão do relator-

Acesso ao Sumário

1 Agravo Regimental 2073870-54.2017.8.26.0000. Relator Des. João Carlos Saletti. Órgão Especial. Julgamento: 14/03/2018.

Preliminar rejeitada. Medida cautelar – Requisitos – Caracterização – Plausibilidade do direito invocado – Alegação de que o ato impugnado alterou denominação constante em norma por ele mesmo revogada, e que criava cargos em comissão cujas atribuições haviam sido impugnadas em ação direta de inconstitucionalidade anteriormente ajuizada, cujos efeitos foram suspensos por decisão do relator – Risco de dano de difícil reparação consistente na realização de despesa irreversível ao erário público no caso de ocorrência de nomeação aos cargos impugnados. Manutenção da decisão agravada – Agravo regimental desprovido.[2]

Nesta mesma linha é a jurisprudência do e. STF:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO CAUTELAR MONOCRÁTICA QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA LEI N. 9.452/2009 E CONCEDE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS ORDINÁRIOS. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **1. Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República.** 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento.[3]

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Indeferimento de medida cautelar não afasta a incidência ou declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. 2. Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República.[4]

Portanto, superada a questão procedimental pertinente à possibilidade da análise do provimento cautelar, rejeita-se a preliminar arguida em sede recursal, no sentido de suspender-se a vigência da norma mediante decisão monocrática.

3. No que diz respeito à questão de fundo do presente a devida vênia do entendimento esposado pelo em. Des. Relator sorteado, tenho que não se acha presente o *periculum in mora* a justificar a concessão da liminar, especialmente quando apreciado também à luz da conveniência da medida, a partir de exame de ponderação entre o proveito e o ônus decorrentes da suspensão provisória da norma.

E não é demasiado lembrar a lição do i. Ministro Luis Roberto Barroso[5],

Acesso ao Sumário

2 Agravo Regimental 0707089-87.2010.8.26.0000. Relator Des. José Reynaldo. Órgão Especial. Julgamento: 27/10/2010.

3 Rcl 8848 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011

4 Rcl 10864 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011.

5 *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Exposição da doutrina e análise crítica

quando assevera que:

> "A jurisprudência estabeleceu, de longa data, os requisitos a serem satisfeitos para a concessão de medida cautelar em ação direta: a) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão. Alguns julgados referem-se à relevância do pedido (englobando o sinal de bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo) e à **conveniência** da medida, que envolve a ponderação o proveito e o ônus da suspensão provisória. **O tardio ajuizamento da ação direta**, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, normalmente irá desautorizar o reconhecimento de *periculum in mora*¸ inviabilizando a concessão da medida cautelar. (negritos nossos)" (grifo nosso).

No mesmo sentido, é a posição de Daniel Amorim Assumpção Neves[6] quando ressalta que:

> Apesar da nítida natureza de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da "medida cautelar" na ação direta de inconstitucionalidade depende da presença no caso concreto dos tradicionais elementos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O art. 300, *caput*, do Novo CPC, prevê que os requisitos para a concessão da tutela de urgência – tanto cautelar como antecipada – dependem de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A utilização das tradicionais expressões *fumus boni uris* e *periculum in mora* deve se adequar a essa nova realidade legislativa.
>
> Cumpre ainda registrar entendimento do Supremo Tribunal Federal de dispensar o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo) valendo-se, em seu lugar, do chamado "critério de conveniência", por meio do qual **o tribunal analisa o que será mais conveniente: manter os efeitos da lei ou ato impugnado até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou conceder a tutela de urgência para impedir imediatamente seus efeitos**" (grifo nosso)

O critério da conveniência (ou ainda o perigo da demora), evidentemente é um fenômeno que se passa na esfera fática das situações concretas envolvidas e se relaciona necessariamente com a eficácia social da decisão colegiada que se proferirá.

Nesse passo, observa-se que a norma é de **25 de abril de 2011** e tem produzido efeitos ao longo de mais de sete anos.

Quanto ao ponto, portanto, da longa vigência da norma, Dimitri Dimoulis

da jurisprudência, 7ª. edição, São Paulo: Saraiva, 2016. p.231

6 Ações Constitucionais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 45

Acesso ao Sumário

e Soraya Lunardi[7] esclarecem:

> "Parte da doutrina afirma que não se aplicam os requisitos clássicos, sendo suficiente o Tribunal constatar a 'conveniência da decisão provisória'. Esse posicionamento parte da constatação correta de que se for levada em consideração a possível lesão de interesses pessoais, o processo deixa de ser objeto-abstrato e torna-se subjetivo concreto. Mas não convence porque, se entendermos que o perigo é objetivo e geral (ofensa à ordem jurídica), isso sempre se verifica em caso de promulgação de lei inconstitucional, não justificando o julgamento preferencial de certas ações em sede cautelar. Igualmente questionável é o requisito do *fumus boni juris*, **pois as leis gozam de presunção de constitucionalidade**" (grifo nosso)

Aliás, quanto à fumaça do bom direito, necessário também se acrescentar que a modulação recorrente que tem se verificado em hipóteses similares julgadas por este C. Órgão Especial denota que a declaração de inconstitucionalidade de normas do gênero e que envolvem cargos da Administração Pública devem ser analisadas com o necessário comedimento, evitando-se decisões precipitadas e que coloquem em risco a própria prestação dos serviços e prejuízos a sua estrutura.

Colhe-se da jurisprudência do E. STF[8] duas preciosas orientações sobre decisões que podem impactar gravemente a Administração Pública, a saber: a) *"... situações há que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos, porque somente assim é que se preservam princípios constitucionais outros, também revestidos de superlativa importância sistêmica"* e b) *"Panoramas em que não há a salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implicam em ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta"*.

Destarte, somada a análise da conveniência da medida, a inexistência do *periculum in mora* e da presunção de que as leis são constitucionais, quer parecer que a concessão da liminar, ainda que em parte, no caso dos autos, malfere as orientações, inclusive, do E. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a suspensão da eficácia da norma deve ocorrer somente de maneira excepcional e que a demora no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de fato, esvazia a urgência da medida liminar.

Nesta linha de orientação, são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

> PROCESSO CONSTITUCIONAL. ADI. PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS EM VIGOR HÁ MAIS DE 6 ANOS. **AUSÊNCIA DE PERIGO**

Acesso ao Sumário

7 Curso de Processo Constitucional. Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais, 3ª edição (Direito FGV), São Paulo: Atlas. 2014, p. 113

8 ADI 2797 ED, Relator: Min. MENEZES DIREITO, Relator p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2012, DJe-039 DIVULG 27-02-2013 PUBLIC 28-02-2013 EMENT VOL-02678-01 PP-00001.

NA DEMORA. PRECEDENTES. 1. Os dispositivos primeiramente impugnados pertencem à Lei Complementar nº 131, de 29.09.2010, do Estado do Paraná, e **a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada apenas este ano, após quase seis anos de vigência da lei.** Ademais, a Lei Complementar nº 92, do mesmo Estado, e que poderia ser repristinada, é de 05.07.2002. Nestas circunstâncias, os argumentos apresentados pela requerente não se prestam a justificar o deferimento de medida cautelar, por ausência do periculum in mora, consoante jurisprudência desta Corte. Precedentes. 2. Liminar indeferida. 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, em face dos arts. 150, I a VI e § 1°; e 156 da Lei Complementar nº 131, de 29.09.2010, e os art. 156, I a VI e § 2°; e 157 da Lei Complementar nº 92, de 05.07.2002, ambas do Estado do Paraná. O primeiro diploma sucedeu a Lei Complementar estadual nº 92, dispondo também sobre a reestruturação da carreira de Agente Fiscal da Coordenação da Receita do Estado do Paraná. Segundo o requerente, as duas leis violariam a Constituição, e já que o eventual acolhimento do pedido em relação à mais recente acarretaria a repristinação da mais antiga, pede a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos de ambas as leis. Eis o teor das normas: "Lei Complementar 131, de 29 de setembro de 2010 Art. 150. Observado o disposto no art. 7º, os cargos de Agentes Fiscais passam a ser denominados Auditores Fiscais, de acordo com a seguinte correlação: I – Agente Fiscal 3-A-I, A-II, A-III, e A-IV para Auditor Fiscal 'A' – AF-A; II – Agente Fiscal 3-B-I, B-II, B-III e B-IV para Auditor Fiscal 'B' –AF-B; III – Agente Fiscal 3-C-I, C-II, C- III e C-IV para Auditor Fiscal 'C' – AF-C; IV – Agente Fiscal 2-A-I, A-II, A-III, e A-IV para Auditor Fiscal 'D' – AF-D; V – Agente Fiscal 2-B-I, B-II, B-III e B-IV para Auditor Fiscal 'E' – AF-E; VI – Agente Fiscal 2-C-I, C-III, C-III e C-IV para Auditor Fiscal 'F' – AF-F; [...] § 1º A nova denominação de que trata este artigo aplicar-se-á também aos Agentes Fiscais aposentados e geradores de pensão. […] Art. 156. A classe de 'Agente Fiscal 4–AF-4' passa a ser denominada 'Auditor Fiscal 4 – AF-4' e não terá novo provimento, extinguindo-se tão logo fique totalmente vaga." "Lei Complementar 92, de 5 de julho de 2002 Art. 156. A transposição das séries de classes vigentes até então para as classes de que trata o art. 7º desta lei, dar-se-á da seguinte forma: I – os Agentes Fiscais 3-A serão enquadrados na classe de Auditor Fiscal 'C' – AF-C; II – os Agentes Fiscais 3-B serão enquadrados na classe de Auditor Fiscal 'D' – AF-D; III – os Agentes Fiscais 3-C serão enquadrados na classe de Auditor Fiscal 'E' – AF-E; IV – os Agentes Fiscais 2-A serão enquadrados na classe de Auditor Fiscal 'F' – AF-F; V – os Agentes Fiscais 2-B serão enquadrados na classe de Auditor Fiscal "F" AF- F; VI os Agentes Fiscais 2-C serão enquadrados na classe de Auditor Fiscal 'F' – AF-F; [...] § 2º A transposição de que trata este artigo aplicar-se-á também aos Auditores Fiscais aposentados e pensionistas. […] Art. 157. Fica criada a classe

Acesso ao Sumário

de Auditor Fiscal '4', destinada a enquadrar os Agentes Fiscais 4 – AF-4, que não terá novo provimento e extinguir-se-á tão logo fique totalmente vaga." 2. O requerente sustenta que as alterações promovidas pelas Leis Complementares n° 131/2010 e nº 92/2002, ambas do Estado do Paraná, são inconstitucionais por ofenderem os arts. 1º, caput; 5°, caput; e 37, caput, II, da Constituição Federal de 1988, pois autorizariam provimento derivado de cargos públicos. Afirma que os servidores estaduais que ocupavam os cargos de Agente Fiscal 2, 3 e 4 teriam sido transpostos para os cargos de Auditor Fiscal, cujas atribuições, grau de escolaridade e nível de complexidade seriam diversos. Entende que, para tanto, seria necessária aprovação em concurso público. 3. Requereu medida cautelar, defendendo a presença dos pressupostos necessários para o seu deferimento, o periculum in mora e o fumus boni iuris. 4. Tratando-se a medida cautelar de providência de caráter excepcional, à vista da presunção de validade dos atos estatais, determinei a oitiva do Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná e do Exmo. Sr. Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, bem como do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 10, caput, e § 1º, da Lei nº 9.868/1999. 5. O Governador do Estado do Paraná manifestou-se pela constitucionalidade das normas impugnadas. Sustentou que todos os níveis de agentes fiscais pertenciam a uma única carreira e, além disso, possuíam conhecimento técnico e especializado para o exercício de suas atribuições, fato que excederia substancialmente o nível de escolaridade declarado em lei. Por essas razões, entende ausente o fumus boni iuris. Justifica também que "já se passaram 14 (quatorze) anos desde a edição da lei questionada", razão pela qual estaria ausente também o requisito do periculum in mora. Desta forma, acredita não haver razões para o deferimento da medida cautelar. 6. Em informações prestadas, a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná sustentou a constitucionalidade dos atos normativos impugnados. Argumentou que, anteriormente às modificações legislativas fixadas pelas Leis Complementares nº 92/2002 e n° 131/2010, todos os agentes fiscais integravam a mesma carreira. Acrescentou que a complexidade do trabalho aumentava de acordo com a ascensão na carreira por meio de promoções, decorrentes do tempo de serviço e participações em cursos de formação. Além disso, se manifestou pelo indeferimento da liminar, por entender ausentes os pressupostos necessários para o seu deferimento. 7. O Advogado-Geral da União defendeu a ausência dos requisitos necessários à concessão da medida cautelar, por entender que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seria firme no sentido de que o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade afasta a existência do periculum in mora. Sustenta que os dispositivos impugnados não violam o art. 37, I e II, da Constituição Federal de 1988, visto que as alterações previstas nas Leis Complementares do Estado do Paraná nº 92/2002 e nº 131/2010 não conferem aos ocupantes do

Acesso ao Sumário

cargo de Auditor Fiscal função diversa daquelas previstas pela legislação pretérita. É o relatório. Decido. **8. Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o deferimento de medida liminar pressupõe a presença de dois pressupostos: i) a verossimilhança do direito alegado e ii) o perigo na demora em se obter provimento judicial (ADI 2.333 MC, Rel. Min. Marco Aurélio). Também de acordo com a jurisprudência desta Corte, salvo em hipóteses excepcionais, o transcurso de longo prazo desde a vigência da norma atacada constitui indício relevante da inexistência do segundo requisito, a justificar o indeferimento da liminar postulada (ADI 1.935, Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido: ADI 5.236 e ADI 5.519, ambas de minha relatoria.** 9. Ocorre justamente que os dispositivos primeiramente impugnados pertencem à Lei Complementar estadual nº 131, de 29.09.2010, e a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada apenas este ano, estando os atos normativos em questão em vigor há mais de seis anos. Ademais, a Lei complementar nº 92, que poderia ser repristinada, é de 05.07.2002. Nestas circunstâncias, os argumentos apresentados pela requerente não se prestam a justificar o deferimento de cautelar. 10. Diante do exposto, indefiro a liminar. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 03 de outubro de 2016. Ministro Luís Roberto Barroso[9]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 5.206/2001, DO ESTADO DO PIAUÍ – EXAME DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR – PRETENDIDA APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.868/99 – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DA ALEGADA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – AJUIZAMENTO TARDIO DA AÇÃO DIRETA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO LIMINAR – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.[10]

Ademais, o artigo 3º da norma impugnada nesta ação direta tem a seguinte redação e que traz alguma tranquilidade quanto à possibilidade de se aguardar o pronunciamento do colegiado, quanto ao mérito da ação, porquanto estipula:

> **Artigo 3º – Sem qualquer alteração na dotação orçamentária por gabinete de deputada ou deputado e observado, em qualquer caso, o limite estabelecido no § 1º do artigo 1º desta lei complementar**, ficam criados, no SQC-I, do QSAL, nas quantidades e especificações do Anexo I, os cargos em comissão de Assistente Parlamentar.

Resulta evidente que a lei que criou os cargos objeto da ação direta de inconstitucionalidade então proposta, ainda que se possa discutir a sua legalidade e constitucionalidade, aliás, como se está a fazer, não teve o condão de onerar os cofres públicos, ao menos diretamente. A norma é clara em estipular que,

Acesso ao Sumário

9 ADI 5510 MC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 03/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 04/10/2016 PUBLIC 05/10/2016.

10 ADI 2674 MC-AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015

embora promova a criação dos cargos, não destinou aos gabinetes maior dotação orçamentária.

Outrossim, a medida liminar tal como concedida, determinando a impossibilidade de novas nomeações, cria insuperável obstáculo e entraves administrativos para que os Gabinetes dos Deputados possam operar com plena eficácia, o que parece intuitivo, na medida em que o parlamentar se vê obrigado a dispensar algum servidor por quebra de fidúcia, evidentemente, apenas poderá preencher o cargo mediante a nomeação de pessoa que também seja de sua confiança.

Portanto, ainda que não se possa adentrar ao mérito das alegações que formam a controvérsia, tem alguma plausibilidade e razoabilidade a alegação de defesa de que até mesmo os motoristas do parlamentar devem ser de sua confiança, na medida que sendo pessoas responsáveis pelo traslado do parlamentar, serão de seu convívio estreito, a tudo presenciando quanto ao exercício do mandato eletivo e político. Aliás, mandatos políticos não são perenes e se extinguem a cada nova legislatura, via de regra, por isso, parece pouco racional se exigir que o gabinete do parlamentar tenha uma configuração fixa e sem possibilidade de grandes alterações.

Respeitado o entendimento e o notável esforço da D. Procuradoria Geral de Justiça, em sua contraminuta ao presente regimental, as razões do indeferimento da concessão da liminar, em virtude da falta de plausibilidade do direito afirmado, devem preponderar, observando-se, neste aspecto, a pouca conveniência da medida e a ausência do perigo da demora pelo ajuizamento tardio da ação. Isto, evidentemente, sem prejuízo do que o C. Órgão Especial vier a decidir em julgamento final, quando haverá o aprofundamento no exame das questões trazidas à baila, especialmente porque a liminar fica restrita à existência da relevância da fundamentação invocada, requisito que entendo ausente na espécie.

Por isso, tenho ser o caso de se cassar a liminar concedida ao menos até o julgamento colegiado da ação principal, na medida em que tudo o mais ventilado e que sobeja é mérito.

4. Ante o exposto, **afasta-se a questão preliminar e, no mérito, dá-se provimento ao agravo regimental.**

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 33.515)

Contra decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade, que deferiu a liminar (fls. 327/328 do principal), interpõe o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo o presente agravo regimental.

Em breve síntese das razões recursais, argui (i) violação à cláusula de reserva de plenário, e (ii) ausência dos requisitos para concessão da medida cautelar, principalmente o periculum in mora.

O recurso foi contrariado.

É o breve relatório.

Rogatia maxima venia, meu voto desacolhia o recurso.

A decisão agravada deferiu parcialmente a tutela de urgência com base nos seguintes termos:

> *"Delineada causa petendi repousa na alegada inconstitucionalidade material das expressões impugnadas, consistente na criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, cujas atribuições não retratam funções de direção, chefia ou assessoramento, mas sim meramente burocráticas, administrativas e profissionais, o que impõe investidura para cargo de provimento efetivo, daí decorrendo ofensa a dispositivos diversos da Constituição Bandeirante.*
>
> *In casu, em juízo sumário de cognição, a plausibilidade dos fundamentos de arrimo da exordial diante da documentação exibida revela o caráter aparentemente técnico, burocrático e executório dos cargos em comissão em debate, a consolidar o fumus boni iuris que, aliado ao periculum in mora decorrente da possibilidade, em tese, de afetar o erário, revela excepcionalidade inerente à tutela de urgência reclamada.*
>
> *Assim, presentes os requisitos legais, defiro a liminar requerida, com efeito ex nunc (art. 11, § 1º da Lei 9.868/99), para suspender* ***parcialmente****, até o julgamento final desta ação e evitando assim novas nomeações, as expressões 'Assistente Parlamentar I', 'Assistente Parlamentar II', 'Assistente Parlamentar III', 'Assistente Parlamentar IV' e 'Assistente Parlamentar V', constantes dos Anexos I, II e III, da Lei Complementar Estadual nº 1.136, de 25 de abril de 2011, e do Anexo Único da Resolução nº 871, de 27 de abril de 2011, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo."*

A princípio, tese de violação à *"Cláusula de Reserva de Plenário"* (art. 97 da Constituição da República) não comporta acolhimento, pois direcionada ao provimento final de declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, não à apreciação em sede cautelar. Nesse sentido, tanto a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, quanto a deste E. Órgão Especial:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Indeferimento de medida cautelar não afasta a incidência ou declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.*

Acesso ao Sumário

2. Decisão proferida em sede cautelar: desnecessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário estabelecida no art. 97 da Constituição da República."

(STF. Plenária. Ag. Reg. na Reclamação nº 10.864/AP, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. em 24 de março de 2011, destacado).

"AGRAVO REGIMENTAL – LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS POR DECISÃO MONOCRÁTICA – POSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU ARTIGO 90, § 5º, DA CARTA BANDEIRANTE – INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO *– QUESTIONAMENTO DE DIVERSOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO EXISTENTES NO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO – ATRIBUIÇÕES APARENTEMENTE DISSOCIADAS DAS FUNÇÕES DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA E DIREÇÃO – ELEVADO NÚMERO DE SERVIDORES COMISSIONADOS QUE SUGERE ABUSO E DESPROPORÇÃO NA CRIAÇÃO DE CARGOS QUE DISPENSAM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA – EXAME DOS REQUISITOS LEGAIS ATRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – ATO JUDICIAL MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO".*

Em sede de agravo regimental só se justifica a alteração do posicionamento emprestado pelo ato judicial combatido quando maculada a decisão de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

A decisão que aprecia medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário, afastando-se, ipso facto, a incidência da Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal".

(TJ/SP. Órgão Especial. Agravo Regimental nº 2183836-49.2017.8.26.0000/50001, rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. em 13 de dezembro de 2017, destacado).

Acesso ao Sumário

No âmbito do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, matéria relativa às Ações Diretas de Inconstitucionalidade vem disciplinada entre os artigos 229 e 231[11]:

"Seção I

Da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. 229. A ação direta de inconstitucionalidade será processada conforme a Constituição do Estado de São Paulo e a legislação (Lei 9.868, de 10.11.1999), ***no que couber.***

Art. 230. Caberá ao relator a apreciação da medida cautelar,

11 (endereço eletrônico constante do texto original)

ressalvada a hipótese do artigo 168, § 2º, deste Regimento.

Art. 231. Para o julgamento, exigir-se-á a presença de dois terços dos integrantes do Órgão Especial.

Parágrafo único. A decisão que declarar a inconstitucionalidade será tomada por maioria absoluta de seus membros, convocando-se os ausentes se a maioria não for atingida."

Constata-se, portanto, que a Lei Federal nº 9.868/99 é aplicável, no âmbito deste Órgão Especial, *"no que couber"*. Conforme artigo 230, já transcrito, cabe ao relator apreciar medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, não se amoldando o caso a meu ver, pese a controvérsia instaurada, à hipótese do art. 168, § 2º, RITJSP.

Quanto ao preenchimento dos requisitos para a concessão liminar, os fundamentos de arrimo da insurgência não têm o condão de infirmar, ***in ictu oculi***, aqueles em que proferida a decisão liminar que, como se sabe, calcada em juízo sumário de cognição, onde se aferiu concomitância dos requisitos legais para sua concessão na hipótese ***sub examen***.

Justificada a concessão da tutela de urgência pela encampação, à primeira vista, das teses declinadas na petição inicial, consistentes na criação artificial de cargos comissionados que não retratam explicitamente funções de chefia, direção ou assessoramento.

A vigência longeva dos dispositivos impugnados não infirma o perigo da demora, notadamente pela repercussão negativa ao erário público, não tendo o agravante apresentado qualquer fato ou circunstância concreta que justificasse excepcionalidade a revogar a tutela de urgência ou ao menos mitigá-la.

Ressalta-se que a decisão impugnada não determinou a exoneração imediata dos atuais ocupantes dos cargos impugnados, mas impediu, tão somente, novas nomeações. Ora, embora a norma esteja em vigor há anos, a possibilidade de que novos agentes públicos em comissão sejam nomeados significa a renovação constante de seus efeitos, acarretando, em exame sumário de cognição, reiteradas incursões às normas constitucionais suscitadas para fundamentar o pleito inicial e flagrante risco de dano concreto, sem possibilidade de reversão de despesas consumadas.

Ademais, em recente Acórdão prolatado por este C. Órgão Especial, sob a relatoria do E. Des. Renato Sartorelli, julgado à unanimidade, adotou-se entendimento estritamente similar, conforme trecho do voto condutor que colaciono a seguir[12]:

"Por outro lado, ao contrário do que sustenta a agravante, o periculum in mora é incontroverso, pois, ainda que se trate de cargos comissionados instituídos por atos normativos em vigor desde o ano de 2009, os

12 TJ/SP. Órgão Especial. Agravo Regimental nº 2183836-49.2017.8.26.0000/50001, rel. Des. RENATO SARTORELLI, j. em 13 de dezembro de 2017, V.U.

Acesso ao Sumário

efeitos decorrentes destas contratações são atuais e se protraem no tempo, de tal sorte que a suspensão de eficácia dos dispositivos legais impugnados, si et in quantum, evitará investidura supostamente ilegítima em cargo público, como também a oneração financeira do erário em razão do entendimento jurisprudencial no sentido de que são irrepetíveis as verbas indevidas recebidas de boa-fé por servidores públicos (REsp. nº 1.244.182/PB, Relator Ministro Benedito Gonçalves), caracterizada, portanto, a urgência de modo a justificar o deferimento da liminar."

(Neste mesmo sentido, Ações no âmbito deste C. Órgão Especial que versam sobre cargos em comissão: (i) Medida Liminar concedida pelo E. Des. AMORIM CANTUÁRIA, em 02 de fevereiro de 2017, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010958-21.2017.8.26.0000, que tinha como objeto Leis Complementares dos anos de 2008 e 2009, do Município de Itapetininga; (ii) Medida Liminar concedida pelo E. Des. SILVEIRA PAULILO, em 25 de julho de 2016, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2144060-76.2016.8.26.0000, que tinha como objeto Leis dos anos de 1998 e 2012, do Município de Bertioga; (iii) Agravo Interno nº 2203402-81.2017.8.26.0000/50000, votação unânime em 07 de fevereiro de 2018, Relator E. Des. JOÃO NEGRINI FILHO, cujo objeto de sindicância é Lei do ano 2013, do Município de Buritama; (iv) Agravo Interno nº 2038683-19.2016.8.26.0000/50000, votação unânime em 08 de fevereiro de 2017, Relator E. Des. FERREIRA RODRIGUES, cujo objeto de sindicância é Lei do ano 2013, do Município de Osasco; e, por fim, (v) Agravo Interno nº 2138871-20.2016.8.26.0000/50000, julgamento unânime em 14 de setembro de 2016, Relator E. Des. RENATO SARTORELLI, que tinha como objeto normas editadas entre os anos de 1992 e 2015, do Município de Bariri).

Portanto, dadas as peculiaridades dos efeitos produzidos pela norma sob exame, renovando-se a cada nomeação, considero presente o ***periculum in mora*** necessário à manutenção da medida cautelar ora impugnada. Conforme manifestação do i. Procurador-Geral de Justiça, Gianpaolo Poggio Smanio (fls. 23/24):

"O perigo da demora decorre, especialmente, da ideia de que, sem a imediata suspensão da vigência e da eficácia da disposição normativa questionada, subsistirá a sua aplicação. Serão realizadas despesas que, dificilmente, poderão ser revertidas aos cofres públicos na hipótese provável de procedência da ação direta.

Basta lembrar que os pagamentos realizados aos servidores públicos nomeados para ocuparem tais cargos, certamente, não serão revertidos ao erário, pela argumentação usual, em casos desta espécie, no sentido do caráter alimentar da prestação e da efetiva prestação dos serviços."

Acesso ao Sumário

Em suma, não há indícios de que a manutenção do ***decisum*** tal como proferido, até enfrentamento definitivo do interessante, possa ensejar prejuízo irreparável ou de difícil reparação à Assembleia Legislativa do Estado de

São Paulo. O agravante não trouxe qualquer argumento plausível a subsidiar convencimento diverso daquele externado na decisão combatida.

Meu voto, com o devido respeito, negava provimento ao agravo.

FRANCISCO CASCONI, Desembargador, Relator sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 30.427)

Trata-se de agravo regimental tirado contra decisão que concedeu liminar, em ação direta de inconstitucionalidade de lei, manejado pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado.

Sustenta, em apertada síntese, o agravante a impossibilidade de se suspender a vigência de norma estadual por meio de ato judicial monocrático, invocando, em seu prol, o disposto no art. 97 da Constituição Federal e o enunciado da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal. Argumenta, também, que a medida liminar ou cautelar, em ação direta, deve ser submetida ao crivo da maioria absoluta dos membros do Tribunal, nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.868/99. No mais, aduz que os atos normativos impugnados foram editados pela Assembleia Legislativa no exercício de sua autonomia administrativa, encontrando-se em vigor há aproximadamente 07 (*sete*) anos, de tal sorte que a mantença da liminar abala a estrutura funcional dos gabinetes dos deputados estaduais que, majoritariamente, são compostos de cargos de confiança de livre nomeação e exoneração. Pondera, por derradeiro, que a legislação atacada já integra o sistema de direito positivo há quase 07 (*sete anos*), o que implica ajuizamento tardio da ação direta, neutralizando, ***ipso facto***, o pressuposto do ***periculum in mora***, imprescindível à concessão da liminar. Busca, por isso, o provimento do agravo para efeito de revogação da tutela cautelar.

O recurso foi contrariado e a decisão mantida pelo eminente Relator sorteado, Desembargador Francisco Casconi, sendo os autos encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

A arguição de violação à cláusula de reserva de plenário (*art. 97 da Constituição da República*), tal como destacou o eminente Relator sorteado, não comporta guarida porque direcionada ao provimento final de declaração de inconstitucionalidade, e não à apreciação em sede cautelar.

Neste sentido, trago à colação excerto de ementa de acórdão da minha relatoria, ditado em Agravo Regimental, julgado por este C. Órgão Especial em data de 13.12.2017, ***verbis***:

"A decisão que aprecia medida cautelar em ação direta de

inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário, afastando-se, 'ipso facto', a incidência da Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal". *(Órgão Especial, Agravo Regimental n.º 2183836-49.2017.8.26.0000/50001, Rel. Des. Renato Sartorelli).*

Paralelamente, cumpre consignar que o processamento da ação direta de inconstitucionalidade vem disciplinado nos artigos 229 a 231 do Regimento Interno deste E. Tribunal, ***verbis***:

"Art. 229. A ação direta de inconstitucionalidade será processada conforme a Constituição do Estado de São Paulo e a legislação (Lei 9.868, de 10.11.1999), no que couber".

"Art. 230. Caberá ao relator a apreciação da medida cautelar, ressalvada a hipótese do artigo 168, § 2º, deste Regimento".

"Art. 231. Para o julgamento, exigir-se-á a presença de dois terços dos integrantes do Órgão Especial.

Parágrafo único. A decisão que declarar a inconstitucionalidade será tomada por maioria absoluta de seus membros, convocando-se os ausentes se a maioria não for atingida".

Como se vê, o artigo 230 do Regimento Interno confere ao relator a apreciação da medida liminar na ação direta, ressalvada a possibilidade de, segundo o seu livre convencimento, submetê-la ao colegiado, nos termos do artigo 168, § 2º, do estatuto regimental, ***verbis***:

"Art. 168. O relator é o juiz preparador do feito e decidirá as questões urgentes, liminares, incidentes e aquelas que independem do colegiado, nos termos da legislação, oficiando, ainda, como instrutor, sendo facultada a delegação de diligências a juiz de primeiro grau.

(...)

§ 2º Diante da relevância da questão, o relator, em qualquer feito, poderá submeter diretamente ao colegiado a apreciação da liminar ou tutela provisória de urgência".

Acesso ao Sumário

Vale dizer, a submissão da medida cautelar ao exame do colegiado é faculdade do Relator, que pode decidir monocraticamente, cumprindo registrar que o artigo 229 do Regimento Interno prevê a aplicação da Lei nº 9.868/99 apenas *"no que couber"*, isso sem falar que o artigo 97 da Carta da República (*que no âmbito estadual é reproduzido pelo artigo 90, § 5º, da Constituição Bandeirante*) diz respeito ao julgamento definitivo.

Aliás, a jurisprudência do Pretório Excelso tem sufragado o entendimento no sentido de que a decisão que aprecia medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário, afastando-se, ***ipso facto***, a incidência da Súmula Vinculante nº 10 do E. Supremo Tribunal Federal, ***verbis***:

"RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO MONOCRÁTICA EM ADI ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE Nº 10. INOCORRÊNCIA. A decisão monocrática do relator exarada em sede de tutela de urgência em ação direta de inconstitucionalidade estadual não se submete à cláusula da reserva de plenário albergada no art. 97 da Lei Fundamental. Precedentes. O relator atua, em tal hipótese, considerado o periculum in mora, como longa manus do próprio órgão pleno competente para a declaração da inconstitucionalidade, a cujo referendo, de qualquer sorte, submetida a decisão monocrática. Agravo regimental conhecido e não provido"

(Rcl. nº 11.768 AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber).

Destaco, na mesma diretriz, casos análogos já submetidos à análise deste Colegiado, ***verbis***:

"AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO DO RELATOR QUE CONCEDEU LIMINAR NOS AUTOS DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – APRECIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS ATRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO RELATOR DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO ATÉ ENTÃO OFERECIDO – FLAGRANTE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER QUE NÃO SE MANIFESTA – NULIDADE DA DECISÃO – INOCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO § 3º, ART. 10 DA LEI 9.868/99 – ERROR IN PROCEDENDO NÃO VERIFICADO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO" *(Agravo Regimental nº 2069380-57.2015.8.26.0000/50000, Rel. Des. João Negrini Filho).*

"AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Alegação de error in procedendo, consistente na inadmissibilidade de concessão de liminares, através de decisão monocrática, fora de período de recesso, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9868/99. Admissibilidade da apreciação pelo Relator, das liminares no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, com amparo no § 3º do citado artigo de lei. 'Excepcional urgência' cuja aferição se insere no livre convencimento, dentro do poder de cautela do magistrado. Inocorrência, por outro lado, do alegado error in judicando. Análise do pedido liminar feito em juízo de cognição sumária onde se apurou a presença dos requisitos indispensáveis à concessão da liminar. Agravante que pretende discutir as alegações do Agravado, feitas em sede inicial, o que não se coaduna com a finalidade do Agravo Regimental, que é de apreciação da legalidade ou não da liminar concedida. Agravo Regimental não provido" *(Agravo Regimental nº 2220458-35.2014.8.26.0000/50000, Rel. Des. Xavier de Aquino – grifo nosso).*

Acesso ao Sumário

No mérito, em que pese o respeito tributado ao eminente Desembargador Relator sorteado, tenho para mim que melhor sorte acha-se reservada ao recorrente, que insiste na cassação da liminar, haja vista que os atos normativos impugnados encontram-se em vigência há aproximadamente 07 (*sete*) anos, de tal modo que sua mantença implicará abalo à estrutura funcional dos gabinetes dos deputados estaduais que compõem-se, majoritariamente, de cargos de confiança de livre nomeação e exoneração.

Conquanto o digno Desembargador Francisco Casconi traga à colação precedente da minha relatoria, não vislumbro absoluta similitude entre a hipótese vertente e aquela apontada em seu voto.

Explico. Na ADI a que se reporta o Relator (*ADI n.º 2183836-49.2017.8.26.0000/50001*) foi questionada a constitucionalidade de mais de **duas centenas de cargos de provimento em comissão** existentes no Município de São Bernardo do Campo por atribuições aparentemente dissociadas das funções de assessoramento, chefia e direção, a saber: **a) 1) Coordenador de Agência do Rudge Ramos; 2) Coordenador da Agência do Alvarenga; 3) Diretor de Departamento de Redação e Atos Oficiais; 4) Diretor de Departamento da Receita; 5) Diretor do Departamento do Tesouro; 6) Diretor do Departamento de Contabilidade e Controladoria; 7) Diretor de Departamento de Projetos e Obras Públicas; 8) Diretor de Departamento de Controle de Concessionárias; 9) Diretor de Departamento de Veículos e Equipamentos; 10) Diretor de Departamento de Manutenção de Próprios Municipais; 11) Diretor do Departamento de Parques e Jardins; 12) Diretor de Departamento de Limpeza Urbana; 13) Diretor de Departamento de Macrodrenagem; 14) Diretor de Departamento de Ações Educacionais; 15) Diretor de Departamento de Apoio à Educação; 16) Diretor de Departamento de Controle Orçamentário e de Administração do Quadro do Magistério; 17) Diretor de Departamento de Atenção Básica e Gestão do Cuidado; 18) Diretor de Departamento de Atenção Especializada; 19) Diretor de Departamento de Atenção Hospitalar e de Urgência e Emergência; 20) Diretor de Departamento de Proteção à Saúde e Vigilância; 21) Diretor de Departamento de Apoio à Gestão do SUS; 22) Diretor de Departamento de Administração da Saúde; 23) Diretor de Departamento de Indicadores Sociais e Econômicos; 24) Diretor de Departamento de Planejamento Participativo; 25) Diretor de Departamento de Planejamento Estratégico e Orçamento; 26) Diretor de Departamento de Programas e Projetos Habitacionais; 27) Diretor de Departamento de Assuntos Fundiários; 28) Diretor de Departamento de Fomento à Atividade Econômica; 29) Diretor de Departamento de Empreendorismo, Trabalho e Renda; 30) Diretor de Departamento de Turismo e Eventos; 31) Diretor de Departamento de Esportes e Lazer; 32) Diretor de Departamento de Administração e Manutenção de Próprios Esportivos; 33) Diretor de Departamento de Políticas de Assistência Social; 34) Diretor de Departamento de Políticas**

Acesso ao Sumário

Afirmativas; 35) Diretor de Departamento de Comunicação; 36) Diretor de Departamento de Engenharia de Tráfego; 37) Diretor de Departamento de Vias Públicas; 38) Diretor de Departamento de Planejamento Urbano; 39) Diretor de Departamento de Obras Particulares; 40) Diretor de Departamento de Gestão Ambiental; 41) Diretor de Departamento de Licenciamento e Avaliação Ambiental; 42) Diretor de Departamento de Apoio Administrativo; 43) Diretor de Departamento de Materiais e Patrimônio; 44) Diretor de Departamento de Tecnologia da Informação; 45) Diretor de Departamento de Gestão de Pessoas; 46) Diretor de Departamento de Ação Artística e Cultural; 47) Diretor de Departamento de Biblioteca Pública e Preservação da Memória; 48) Assessor; 49) Assessor Técnico; 50) Assessor para Habitação; 51) Assessor para Ação Regional; 52) Consultor Técnico Jurídico; 53) Chefe de Divisão de Assistência Jurídica Gratuita; 54) Chefe de Divisão de Correição e Inquéritos Administrativos; 55) Chefe de Divisão de Defesa de Agentes Públicos; 56) Chefe de Divisão de Custos; 57) Chefe de Divisão de Contabilidade; 58) Chefe de Divisão de Controladoria; 59) Chefe de Divisão de Projetos e Obras Públicas; 60) Chefe de Divisão de Defesa Civil; 61) Chefe de Divisão de Manutenção; 62) Chefe de Divisão de Educação Infantil e Fundamental; 63) Chefe de Divisão de Educação Profissionalizante e de Jovens Adultos; 64) Chefe de Divisão de Incremento ao Ensino; 65) Chefe de Divisão de Alimentação Escolar; 66) Chefe de Divisão de Apoio ao Escolar; 67) Chefe de Divisão de Manutenção e Suporte Escolar; 68) Chefe de Divisão de Controle Orçamentário e Financeiro; 69) Chefe de Divisão de Administração do Quadro de Pessoal e Documentação; 70) Chefe de Divisão de Controle de APMs e Órgãos Colegiados; 71) Chefe de Divisão de Unidades Básicas de Saúde; 72) Chefe de Divisão de Saúde Bucal; 73) Chefe de Divisão Técnico-Assistencial; 74) Chefe de Divisão de Serviços Especializados; 75) Chefe de Divisão de Saúde Mental; 76) Chefe de Divisão de Atenção Pré-Hospitalar; 77) Chefe de Divisão Técnico-Assistencial Hospitalar; 78) Chefe de Divisão de Vigilância Epidemiológica; 79) Chefe de Divisão de Veterinária e Controle de Zoonoses; 80) Chefe de Divisão de Vigilância Sanitária; 81) Chefe de Divisão de Saúde do Trabalhador e do Meio Ambiente; 82) Chefe de Divisão de Planejamento em Saúde; 83) Chefe de Divisão em Regulação; 84) Chefe de Divisão de Educação Permanente e Gestão Participativa; 85) Chefe de Divisão de Assistência Farmacêutica; 86) Chefe de Divisão de Infraestrutura; 87) Chefe de Divisão de Administração de Bens, Serviços e Pessoal; 88) Chefe de Divisão de Administração do Fundo Municipal de Saúde; 89) Chefe de Divisão de Indicadores Sociais; 90) Chefe de Divisão de Programas Habitacionais; 91) Chefe de Divisão de Obras Habitacionais; 92) Chefe de Divisão de Trabalho Social; 93) Chefe de Divisão de Planejamento e Programas de Regularização Fundiária; 94) Chefe de Divisão de Execução da Regularização Jurídica e Fundiária; 95) Chefe de Divisão de Apoio ao Empreendedor; 96) Chefe de Divisão de Turismo; 97) Chefe de Divisão de

Acesso ao Sumário

Eventos; 98) Chefe de Divisão de Educação e Desporto; 99) Chefe de Divisão de Lazer; 100) Chefe de Divisão de Manutenção, Materiais e Eventos; 101) Chefe de Divisão de Planejamento e Apoio à Gestão; 102) Chefe de Divisão de Jornalismo; 103) Chefe de Divisão de Publicações; 104) Chefe de Divisão de Comunicação Audiovisual; 105) Chefe de Divisão de Projetos de Educação e Segurança de Trânsito e Transporte; 106) Chefe de Divisão de Operação e Fiscalização; 107) Chefe de Divisão de Projeto de Obras Viárias; 108) Chefe de Divisão de Obras Diárias; 109) Chefe de Divisão de Cadastro e Cartografia; 110) Chefe de Divisão de Planejamento Municipal; 111) Chefe de Divisão de Aprovação de Projetos de Obras Particulares; 112) Chefe de Divisão de Fiscalização de Obras Particulares; 113) Chefe de Divisão de Ouvidoria; 114) Chefe de Divisão de Planejamento Organizacional; 115) Chefe de Divisão de Gestão de Contatos de Aluguéis; 116) Chefe de Divisão de Compras, Obras e Serviços; 117) Chefe de Divisão de Materiais e Patrimônio; 118) Chefe de Divisão de Desenvolvimento de Informática; 119) Chefe de Divisão de Desenvolvimento e Manutenção de Sistemas; 120) Chefe de Divisão de Suporte Técnico; 121) Chefe de Divisão de Desenvolvimento de Pessoal; 122) Chefe de Divisão de Administração de Pessoal; 123) Chefe de Divisão de Saúde do Servidor; 124) Chefe de Divisão de Formação; 125) Chefe de Divisão de Fomento e Difusão; 126) Chefe de Divisão de Biblioteca Pública; 127) Chefe de Divisão de Preservação da Memória; 128) Assistente de Diretoria do departamento de redação e Atos Oficiais; 129) Assistente de Diretoria do Departamento da Receita; 130) Assistente de Diretoria do Departamento de Tesouro; 131) Assistente de Diretoria do Departamento de Contabilidade e Controladoria; 132) Assistente de Diretoria do Departamento de Projetos e Obras Públicas; 133) Assistente de Diretoria de Departamento de Controle de Concessionárias; 134) Assistente de Diretoria do Departamento de Veículos e Equipamentos; 135) Assistente de Diretoria do Departamento de Manutenção de Próprios Municipais; 136) Assistente de Diretoria do Departamento de Parques e Jardins; 137) Assistente de Diretoria do Departamento de Limpeza Urbana; 138) Assistente de Diretoria do Departamento de Macrodrenagem; 139) Assistente de Diretoria do Departamento de Ações Educacionais; 140) Assistente de Diretoria do Departamento de Apoio à Educação; 141) Assistente de Diretoria do Departamento de Controle Orçamentário e de Administração do Quadro do Magistério; 142) Assistente de Diretoria do Departamento de Atenção Básica e Gestão do Cuidado; 143) Assistente de Diretoria do Departamento de Atenção Especializada; 144) Assistente de Diretoria do Departamento Hospitalar e de Urgência e Emergência; 145) Assistente de Diretoria do Departamento de Proteção à Saúde e Vigilâncias; 146) Assistente de Diretoria do Departamento de Apoio à Gestão do SUS; 147) Assistente de Diretoria do Departamento de Administração da Saúde; 148) Assistente de Diretoria do Departamento de Indicadores Sociais e Econômicos; 149) Assistente de Diretoria do

Acesso ao Sumário

Departamento de Planejamento Participativo; 150) Assistente de Diretoria do Departamento de Planejamento Estratégico e Orçamento; 151) Assistente de Diretoria do Departamento de Programas e Projetos Habitacionais; 152) Assistente de Diretoria do Departamento de Assuntos Fundiários; 153) Assistente de Diretoria do Departamento de Fomento à Atividade Econômica; 154) Assistente de Diretoria do Departamento de Empreendedorismo, Trabalho e Renda; 155) Assistente de Diretoria do Departamento de Turismo e Eventos; 156) Assistente de Diretoria do Departamento de Esportes e Lazer; 157) Assistente de Diretoria do Departamento de Administração e Manutenção de Próprios Esportivos; 158) Assistente de Diretoria do Departamento de Políticas de Assistência Social; 159) Assistente de Diretoria do Departamento de Políticas Afirmativas; 160) Assistente de Diretoria do Departamento de Comunicação; 161) Assistente de Diretoria do Departamento de Engenharia de Tráfego; 162) Assistente de Diretoria do Departamento de Vias Públicas; 163) Assistente de Diretoria do Departamento de Planejamento Urbano; 164) Assistente de Diretoria do Departamento de Obras Particulares; 165) Assistente de Diretoria do Departamento de Gestão Ambiental; 166) Assistente de Diretoria do Departamento de Licenciamento e Avaliação Ambiental; 167) Assistente de Diretoria do Departamento de Apoio Administrativo; 168) Assistente de Diretoria do Departamento de Materiais e Patrimônio; 169) Assistente de Diretoria do Departamento de Tecnologia da Informação; 170) Assistente de Diretoria do Departamento de Gestão de Pessoas; 171) Assistente de Diretoria do Departamento de Ação Artística e Cultural; 172) Assistente de Diretoria do Departamento de Biblioteca Pública e Preservação da Memória; 173) Assistente Técnico-Hospitalar; 174) Coordenador de Programa e Controle de Concessionárias; 175) Coordenador de Programação e Controle de Obras Particulares; 176) Assistente de Gabinete; 177) Chefe de Cerimonial; 178) Analista de Processos II; 179) Assistente Técnico-Administrativo de Gabinete do Prefeito; 180) Assistente Técnico-Administrativo de Gabinete do Vice-Prefeito; 181) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Chefia de Gabinete; 182) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Governo; 183) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Assuntos Jurídicos e Cidadania; 184) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Finanças; 185) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Obras; 186) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Serviços Urbanos; 187) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Administração; 188) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Educação; 189) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Saúde; 190) Assistente Técnico-Administrativo de Orçamento e Planejamento Administrativo; 191) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Habitação; 192) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo; 193) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Esporte

Acesso ao Sumário

e Lazer; 194) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Desenvolvimento Social e Cidadania; 195) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Comunicação; 196) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Transportes e Vias Públicas; 197) Assistente Técnico-Administrativo da Procuradoria-Geral do Município; 198) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Planejamento Urbano e Ação Regional; 199) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Gestão Ambiental; 200) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Administração e Modernização Administrativa; 201) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Cultura; 202) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Relações Internacionais; 203) Assistente Técnico-Administrativo da Secretaria de Coordenação Governamental; 204) Analista de Processo I; 205) Supervisor do Setor de Mobilização e Participação Popular; 206) Fiscal Revisor de Comércio; 207) Fiscal Revisor de Postura; 208) Secretário Executivo; 209) Agente de Participação Cidadã; 210) Auxiliar Técnico de Indústria; 211) Auxiliar Técnico de Gabinete; 212) Secretário Particular; 213) Supervisor de Setor de Manutenção; 214) Supervisor de Setor de Almoxarifado; 215) Assistente de Assuntos Governamentais; 216) Agentes de Assuntos Governamentais II; 217) Oficial de Gabinete; 218) Oficial de Gabinete de Secretaria de Governo; 219) Oficial de Gabinete de Secretaria de Assuntos Jurídicos; 220) Oficial de Gabinete de Secretaria de Finanças; 221) Oficial de Gabinete de Secretaria de Obras; 222) Oficial de Gabinete de Secretaria de Serviços Urbanos; 223) Oficial de Gabinete de Secretaria de Saúde; 224) Oficial de Gabinete de Secretaria de Orçamento e Planejamento Participativo; 225) Oficial de Gabinete de Secretaria de Habitação; 226) Oficial de Gabinete de Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo; 227) Oficial de Gabinete de Secretaria de Esportes e Lazer; 228) Oficial de Gabinete de Secretaria de Comunicação; 229) Oficial de Gabinete de Secretaria de Transportes e Vias Públicas; 230) Oficial de Gabinete da Procuradoria Geral do Município; 231) Oficial de Gabinete de Secretaria de Planejamento Urbano e Ação Regional; 232) Oficial de Gabinete de Secretaria de Gestão Ambiental; 233) Oficial de Gabinete de Secretaria de Administração e Modernização Administrativa; 234) Oficial de Gabinete de Secretaria de Cultura; 235) Oficial de Gabinete de Secretaria de Relações Internacionais; 236) Oficial de Gabinete de Secretaria de Coordenação Governamental; 237) Agente de Assuntos Governamentais I, contidas nos Quadros II e III da Lei nº 5982, de 11 de novembro de 2009; b) 1) Coordenador de Atendimento ao Cidadão; 2) Chefe de Divisão de Atendimento ao Cidadão; 3) Chefe da 1ª Seção de Atendimento ao Cidadão; 4) Chefe da 2ª Seção de Atendimento ao Cidadão; 5) Chefe da 1ª Seção de Atendimento ao Cidadão; 6º) Chefe da 2ª Seção de Atendimento ao Cidadão; 7º) Encarregado do 1º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 8) Encarregado do 2º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 9) Encarregado do 3º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 10) Encarregado do 4º Serviço

Acesso ao Sumário

de Atendimento ao Cidadão; 11) Encarregado do 5º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 12) Encarregado do 6º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 13) Encarregado do 7º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 14) Encarregado do 4º Serviço de Atendimento ao Cidadão; 15) Encarregado de Serviço de Expediente; 16) Chefe de Seção de Cadastro Fiscal; 17) Subchefe de Seção da 1ª Subseção de Cadastro Fiscal Imobiliário; 18) Subchefe de Seção da 2ª Subseção de Cadastro Fiscal Imobiliário; 19) Subchefe de Seção da Subseção de Cadastro Fiscal Mobiliário; 20) Chefe da 1ª Seção de Fiscalização Tributária; 21) Subchefe de Seção da 1ª Subseção de Fiscalização Tributária; 22) Subchefe de Seção da 2ª Subseção de Fiscalização Tributária; 23) Chefe da 2ª Seção de Fiscalização Tributária; 24) Subchefe de Seção da 1ª Subseção de Fiscalização Tributária; 25) Subchefe de Seção da 2ª Subseção de Fiscalização Tributária; 26) Encarregado de Serviço de Parcelamento de Débitos; 27) Chefe de Seção de Tesouraria; 28) Encarregado de Serviço de Arrecadação; 29) Encarregado de Serviço de Pagadoria; 30) Encarregado de Serviço de Análise da Arrecadação, Processamento e Controle de Baixa; 31) Encarregado de Serviço de Operações Financeiras; 32) Chefe de Seção de Cadastro, Vistoria, Topografia e Emplacamento de Obras Particulares; 33) Encarregado de Serviço de cadastro e Vistoria de Obras e Atividades Particulares; 34) Encarregado de Serviço de Topografia de Obras Particulares; 35) Encarregado de Serviço de Emplacamento de Obras Particulares, contidas nos Quadros II e III da Lei nº 6.067, de 23 de agosto de 2010; c) Encarregado de Serviço de Biblioteca da Secretaria de Assuntos Jurídicos e Cidadania contida nos Quadros III e IV da Lei nº 6.212, de 28 de junho de 2012.

Neste agravo regimental (*ADI n.º 20624-33.2018.8.26.0000/50000*), e é importante que se diga, **não está em discussão a solução definitiva do mérito da controvérsia**, tarefa reservada exclusivamente aos integrantes do C. Órgão Especial, mas, sim, a existência ou não de risco iminente de lesão injusta e de difícil reparação, tendo em conta o lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado (*sete anos*).

A esse propósito, vale a pena destacar a percuciente observação da lavra do eminente Vice-Presidente deste Tribunal, Desembargador Artur Marques, extraída de sua declaração de voto no presente agravo regimental, ***verbis***:

> ***"Outrossim, a medida liminar tal como concedida, determinando a impossibilidade de novas nomeações, cria insuperável obstáculo e entraves administrativos para que os Gabinetes dos Deputados possam operar com plena eficácia, o que parece intuitivo, na medida em que se o parlamentar se vê obrigado a dispensar algum servidor por quebra de fidúcia, evidentemente, apenas poderá preencher o cargo mediante a nomeação de pessoa que também seja de sua confiança (...)."*** E mais. ***"Aliás, mandatos políticos são perenes e se extinguem a cada nova legislatura, via de regra, por isso, parece***

Acesso ao Sumário

pouco racional se exigir que o gabinete do parlamentar tenha uma configuração fixa e sem possibilidade de grandes alterações".

Em tais circunstâncias, acrescidas das ponderações feitas pelo eminente Desembargador Artur Marques, os argumentos expendidos pela D. Procuradoria Geral de Justiça, data máxima vênia, não se mostram, a meu ver, suficientes para justificar o deferimento da medida cautelar por ausência do ***periculum in mora***, consoante jurisprudência perfilhada pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Em resumo, o julgamento definitivo do mérito da ação direta somente ocorrerá a final; agora a discussão centra-se exclusivamente na **situação de urgência** o que, ao meu ver, não se faz presente.

Há que se considerar, repita-se, o notório ajuizamento tardio da ação direta, pois trata-se de norma **em vigor há aproximadamente sete anos** e que tem ao longo desse tempo gerado os seus naturais efeitos, cuja inconstitucionalidade só agora vem a ser questionada.

Tal quadro, a meu ver, desautoriza reconhecer presente o ***periculum in mora***, pressuposto indispensável à outorga de liminar.

Segundo o posicionamento sufragado pelo E. Supremo Tribunal Federal, *"o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – **não obstante o relevo jurídico da tese deduzida** – o reconhecimento da situação configuradora do **periculum in mora**, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada."* (*STF, ADI-MC n.º 534-DF, Rel. Min. Celso de Melo – grifo nosso*).

No mesmo sentido, ***verbis***:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 5.206/2001, DO ESTADO DO PIAUÍ – EXAME DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR – PRETENDIDA APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.868/99 – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DA ALEGADA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – AJUIZAMENTO TARDIO DA AÇÃO DIRETA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO LIMINAR – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO". *(Plenário do STF, Ag. Reg. na Medida Cautelar na ADI n.º 2.674/PI, Rel. Min. Celso de Mello).*

"PROCESSO CONSTITUCIONAL. ADI. PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS EM VIGOR HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA. PRECEDENTES. 1. Os dispositivos primeiramente impugnados pertencem à Lei Complementar nº 131, de 29.09.2010, do Estado do Paraná, e a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada apenas este ano, após quase

Acesso ao Sumário

seis anos de vigência da lei. Ademais, a Lei Complementar nº 92, do mesmo Estado, e que poderia ser repristinada, é de 05.07.2002. Nestas circunstâncias, os argumentos apresentados pela requerente não se prestam a justificar o deferimento de medida cautelar, por ausência do periculum in mora, consoante jurisprudência desta Corte. Precedentes. 2. Liminar indeferida" *(Medida Cautelar na ADI n.º 5.510/PR, Rel. Min. Roberto Barroso).*

Na mesma diretriz, destaco precedentes deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

"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 mais de cinco anos de vigência do dispositivo legal impugnado, o que evidencia a falta de periculum. III. Alegação de evidente afronta ao pacto federativo. Afirmação de que a manutenção da norma impugnada em vigor acarretará prejuízo irreversível ao trânsito local. 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". *(Agravo Regimental nº 2015269-21.2018.8.26.0000/50000, Rel. Des. Márcio Bartoli).*

"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." *(Agravo Regimental n.º 0191655-13.2013.8.26.0000; Rel. Des. Márcio Bartoli).*

Na mesma linha, trago à colação fragmento de decisão ditada em sede de liminar da lavra do eminente Desembargador Beretta da Silveira, a propósito da longa vigência de norma impugnada em ação direta de inconstitucionalidade, ***verbis***:

"A análise do momentâneo assunto não permite enxergar, mesmo que no contido espaço de siso abreviado, a presença do periculum in mora e do fumus boni iuris. De fato, os editos questionados vieram a lume em tempo remoto, fato que – conquanto não autorize anotar preclusão de espécie alguma – se distancia da situação de se antever risco iminente, motivo pelo qual o curso desta contenda deve seguir sem a atribuição de efeito qualquer" *(Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2126979-17.2016.8.26.0000).*

Bem por isso, a particularidade de se cuidar de diploma normativo em vigor há vários anos desautorizava, data vênia, reconhecer o risco iminente de lesão injusta e de difícil reparação, a ser então, agora, evitado pela imediata supressão dos naturais efeitos da referida lei.

Acesso ao Sumário

O deferimento de liminar pressupõe a presença, em concurso, de dois requisitos: a) a verossimilhança do direito alegado e b) o perigo da demora. O transcurso do longo prazo de vigência da norma atacada traduz indício relevante da inexistência do segundo requisito, que justifica a revogação da liminar.

Na verdade, há tempo suficiente para este C. Órgão Especial realizar o controle concentrado da constitucionalidade da lei atacada. Assim, em virtude da ausência, no caso concreto, de situação que se configure como de excepcional urgência (*art. 10, § 3º da Lei 9.868/99*), impõe-se, a meu ver, o acolhimento do agravo regimental.

Ante o exposto, sem me aprofundar no exame do mérito da controvérsia, tarefa reservada exclusivamente aos integrantes do C. Órgão Especial ao ensejo do julgamento da ação direta, tenho por solução mais razoável, nesta fase processual, com a devida vênia do eminente Desembargador Relator sorteado, prover o agravo regimental para cassar a liminar.

É o meu voto.

RENATO SARTORELLI, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 39.070)

Cuida-se de Agravo Regimental interposto em face da r. decisão proferida pelo Eminente Desembargador Relator Sorteado, integrante deste C. Órgão Especial, FRANCISCO CASCONI que concedeu parcialmente a liminar pretendida, dando-lhe efeitos *ex nunc* para *"... suspender parcialmente até o julgamento final desta ação e evitando assim novas nomeações, as expressões 'Assistente Parlamentar I', 'Assistente Parlamentar II', 'Assistente Parlamentar III', 'Assistente Parlamentar IV' e 'Assistente Parlamentar V', todas constantes dos Anexos I, III e III da Lei Complementar Estadual n. 1.136, de 25 de abril de 2011 e do Anexo Único da Resolução n º 871, de 27 de abril de 2011, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo..."*, tudo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 2060024-33.2018.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

A amparar a pretensão agravada e seus fundamentos, sustentou o ora recorrente a impossibilidade de suspender a vigência daquela norma estadual já apontada, por ato judicial monocrático e o fez invocando o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10, do C. STF.

Para o agravante, a concessão de liminar como feita pelo Eminente Relator Sorteado, não poderia ser objeto de decisão monocrática, mas haveria de ter sido submetida ao crivo da maioria absoluta dos membros do Tribunal, como dita a regra do artigo 10 da Lei nº 9.868/99.

Segundo ainda o agravante, os atos impugnados estão na esfera da autonomia administrativa da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e se encontram em vigor há aproximadamente sete anos, sustentando em razão disso, a inocorrência do *periculum in mora*, o risco de que a se manter a liminar concedida, sofra abalo a estrutura funcional dos gabinetes dos Deputados Estaduais, estrutura essa que segundo o agravante, é composta por cargos de confiança de livre nomeação e exoneração.

É a síntese da postulação.

De início, cabe a meu juízo, afastar-se a argumentação de que não seria possível a decisão liminar como posta pelo Eminente Desembargador FRANCISCO CASCONI, porquanto segundo o agravante, atentaria com a cláusula de reserva de plenário de que trata o artigo 97 da Constituição Federal.

Este C. Órgão Especial, por diversas vezes e uma delas, em decisão recentíssima de dezembro de 2017, nos autos de outro Agravo Regimental, autuado sob n. 20183836-49.2017.8.26.0000/500001, da Relatoria do Eminente Desembargador RENATO SARTORELLI, sobre esse mesmo tema, assim se posicionou:

"A decisão que aprecia medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade estadual, não se submete a cláusula da reserva de plenário, afastando-se, *ipsu facto*, a incidência da Súmula Vinculante nº 10, do E. Supremo Tribunal Federal."

A permissão do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dada ao Relator Sorteado, para apreciação de medida liminar requerida em ação direta de inconstitucionalidade tem previsão em seu artigo 168, § 2º.

Aliás, nesse sentido e direção, tem-se posicionado também o E. Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, o fez no julgamento da Reclamação nº 11768, tirada contra decisão proferida em Agravo Regimental/SP, da Relatoria da Ministra ROSA WEBER, quando disse:

"Medida Cautelar – Decisão monocrática em ADI Estadual – Alegação de afronta à Súmula Vinculante nº 10 – Inocorrência – A decisão monocrática do Relator exarada em sede de tutela de urgência em ação direta de inconstitucionalidade estadual, não se submete à cláusula da reserva de plenário albergada no artigo 97 da Lei Fundamental – Precedentes – O Relator atua, em tal hipótese, considerado o *periculum in mora*, como *longa manus*, do próprio órgão pleno competente para a declaração da inconstitucionalidade, a cujo referendo, de qualquer sorte, submetida a decisão monocrática. Agravo regimental conhecido e não provido."

Acesso ao Sumário

Superada a questão primeira, da reserva de plenário e da aplicação da Súmula Vinculante nº 10, resta, a meu juízo, avaliar a presença, ou não,

evidentemente respeitado o convencimento do Eminente Desembargador Relator FRANCISCO CASCONI, do *periculum in mora*, para autorizar ou não a concessão da liminar por ele então deferida.

Já se tem dito que o decurso do lapso temporal considerado entre a entrada em vigor do ato normativo impugnado e a ação direta de inconstitucionalidade que pretende afastá-la do ordenamento jurídico, desautoriza o reconhecimento de situação de risco iminente para a concessão da medida cautelar postulada.

O Ministro CELSO DE MELLO, em julgado de sua Relatoria, publicado na RTJ 153/692-693, em autos de ação direta de inconstitucionalidade nº 5000528MC/TO, em 02.02.2018, assim disse:

*"O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – **não obstante o relevo jurídico da tese deduzida** – o reconhecimento da situação configuradora do 'periculum in mora', o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada."*

A posição adotada pelo Eminente Ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal, acima mencionada, não era naquela Suprema Corte, inédita. Assim:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA 7.844/92. Estudantes matriculados em estabelecimento de ensino do primeiro, segundo e terceiro graus. Direito ao pagamento de meia entrada em eventos esportivos, culturais e de lazer.

O lapso temporal decorrido entre o começo da vigência da lei questionada e o ajuizamento da ação é de mais de seis anos. Inocorre o requisito do 'periculum in mora', essencial ao acolhimento da medida cautelar.

Liminar indeferida" (ADI 1950-MC/SP, Rel. Ministro NELSON JOBIM).

Já mais recentemente, em 03 de outubro de 2016, o Eminente Ministro ROBERTO BARROSO, Relator da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.510/PR, acerca da mesma questão – do tardio ajuizamento da ação indicada para obter a liminar requerida – anotou:

"PROCESSO CONSTITUCIONAL. ADI. PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS EM VIGOR HÁ MAIS DE SEIS ANOS. AUSÊNCIA DE PERIGO DA DEMORA. PRECEDENTES."

Na fundamentação da r. decisão, pelo Eminente Ministro ROBERTO BARROSO foi dito que:

"Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, o deferimento da medida

Acesso ao Sumário

liminar pressupõe a presença de dois pressupostos: i) a verossimilhança do direito alegado e ii) o perigo na demora em se obter provimento judicial (ADI 2.333 MC, Rel. Min. Marco Aurélio). Também de acordo com a jurisprudência desta Corte, salvo em hipóteses excepcionais, o transcurso de longo prazo desde a vigência da norma atacada constitui indício relevante da inexistência do segundo requisito, a justificar o indeferimento da liminar postulada (Adi 1.935, Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido: ADI 5.236 e ADI 5.519, ambas de minha relatoria."

Este mesmo C. Órgão Especial, em Agravo Regimental nº 0205452-56.2013.8.26.0000/50000, da Relatoria do Eminente Desembargador ARANTES THEODORO, julgado em 12.02.2014, à unanimidade, reconheceu no mesmo sentido e direção, que o decurso de grande lapso de tempo, conspirava contra a concessão da liminar pleiteada e assim o disse:

"Agravo Regimental. Decisão que negou liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal de autoria do Chefe do Executivo, em vigor há seis anos, que instituiu gratificação a servidores da área da educação. Inocorrência de *periculum in mora*."

Por tudo isso, pedindo vênia ao Eminente Desembargador Relator, FRANCISCO CASCONI, faço a presente declaração de voto divergente para em razão dela, prover o agravo regimental e como consequência, cassar a liminar então por ele deferida.

É como voto.

SALLES ROSSI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 9057215-97.2008.8.26.0000/50003, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARLOS MATIAS KOLB, é agravado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 29.950)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA,

Acesso ao Sumário

SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 15 de agosto de 2018.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Decisão que acolheu integralmente a impugnação, extinguindo a execução – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decotou os efeitos patrimoniais da condenação – Discussão que se revela ofensiva à coisa julgada – Agravo não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que acolheu integralmente a impugnação ao cumprimento de acórdão, Carlos Matias Kolb interpôs agravo regimental, sob a alegação de que este Tribunal deveria inovar e desconsiderar o quanto decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça nos embargos de declaração, que decotou da condenação todos os efeitos patrimoniais decorrentes da exoneração.

Anota-se o oferecimento de contraminuta (fls. 12/19).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Isto porque, por força de v. acórdão proferido nos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 32.257-SP, restou decotada da decisão mandamental a condenação do agravado aos efeitos patrimoniais decorrentes da exoneração, sendo, portanto, incabível o cumprimento de sentença no tocante ao período compreendido entre a data da exoneração e a de reintegração ao cargo.

Com efeito, qualquer entendimento diverso do adotado na decisão recorrida, revelar-se-ia ofensivo à coisa julgada, o que manifestamente inadmissível, sujeito, inclusive a reclamação constitucional. Lê-se expressamente da decisão copiada à fl. 719 dos autos principais: *"Por todo o exposto, ACOLHO PARCIALMENTE os embargos de declaração, com a concessão de efeitos modificativos,* ***para decotar da decisão embargada a condenação do Tribunal de Contas aos efeitos patrimoniais decorrentes da exoneração."***

Nesses termos, respeitados os limites da coisa julgada, nada havia para ser executado nos autos, sendo cabível apenas o acolhimento integral da impugnação.

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

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016325-26.2018.8.26.0000, da Comarca de Itápolis, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO ACOLHERAM O INCIDENTE. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto-O.E. nº 26.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS PETRONI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Artigo 10 da Lei 2.110/2003, do Município de Itápolis. Disposição sobre urbanismo, planejamento e controle do uso e ocupação do solo, sem interferir no funcionamento da rede de telecomunicações. Não ocorrência de vício constitucional. Entendimento no E. Supremo Tribunal Federal e no C. Órgão Especial. Incidente de inconstitucionalidade não acolhido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Incidente de Inconstitucionalidade suscitado pela C. 7ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça para análise sobre inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 2.110/2003, do Município de Itápolis.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pelo não acolhimento do incidente (págs. 222/229).

É o relatório.

Dúvida não há sobre reger-se o Município com autonomia, mas sempre atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, por assim ser determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CF; art. 144, CE[1]).

Contudo, autonomia *não significa a apropriação de liberdade ilimitada para dispor normativa e organizacionalmente sobre os poderes municipais. Há que se respeitar a fonte única dos poderes: a Constituição da República* (Cf. José Nilo de Castro, in Direito Municipal Positivo, Del Rey, 3ª edição, p. 66).

Como leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA*, o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional*[2].

E prossegue o ilustre doutrinador: *do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior*[3].

No caso em voga, o artigo 10 da Lei 2.110/2003, do Município de Itápolis, assim dispõe:

> **Art. 10**. A instalação de sistemas transmissores descritos na presente lei será executada apenas quando for precedida da consulta com autorização escrita de 2/3 (dois terços) dos proprietários dos imóveis num raio de 200 (duzentos) metros a partir da projeção ortogonal do ponto de emissão de radiação.
>
> **Parágrafo único** – No caso de condomínios, a consulta a que se refere o caput deste artigo deverá ser respondida pela assembléia do mesmo em documento registrado.

Como visto, nada obstante inserido em legislação a dispor sobre instalação e sistemas de transmissão de rádio, televisão, telefonia, telecomunicação em geral e outros sistemas transmissores de radiação eletromagnética não ionizante, o dispositivo sob análise versa acerca de disciplina do uso e ocupação do solo.

Acesso ao Sumário

1 CRFB, Art. 29 – *O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*

CE, Art. 144 – *Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*

2 Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., Malheiros, p. 46.

3 Op. Cit., p. 47.

Na esteira do bem lançado parecer ministerial, visto nas págs. 222/229, *o ato normativo suscitado trata de questão relacionada ao ordenamento urbanístico e ao uso e ocupação do solo do Município, matéria que se encontra no âmbito de competência municipal, nos termos do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal.*

Vale realçar entendimento colhido no E. Supremo Tribunal Federal: *o texto constitucional não impede a edição de legislação estadual ou municipal que – sem ter como objeto principal a prestação dos serviços de telecomunicações – acabe por produzir algum impacto na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviço público federal. As leis estaduais concernentes ao ICMS, e a legislação municipal atinente ao uso do solo, de crucial importância na colocação de antenas e formação de redes, chegam a afetar a execução dos serviços, mas não revelam inconstitucionalidade formal* (ADI 4.739/DF-MC, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 7.2.2013).

Demais disso, não se descure pleno exercício, pela União, da competência a ela atribuída pelo artigo 22, inc. IV da Constituição Federal, para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão, fazendo-o por intermédio da Lei Federal 9.472/97, na qual constou, contudo, que *a concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou distritais relativas à construção civil* (art. 74, redação dada pela Lei 13.116/2015).

Mostra-se, pois, pertinente a disciplina levada a efeito pelo Município de Itápolis, na forma do referido artigo 10 da Lei Municipal 2.110/2003, editada no exercício da competência a ele constitucionalmente reservada de *promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano* (art. 30, inc. VII da CF).

Sobre assim ser, colho no E. Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LICENCIAMENTO E INSTALAÇÃO DE TORRES DE TELEFONIA. ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. PRECEDENTES.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal entende que a competência para legislar sobre instalação de torres de telefonia é municipal. Precedentes.*
>
> *2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.*
>
> *3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015* (RE 989025-AgR, rel. Min. ROBERTO BARROSO, j. em 24.3.2017, Processo Eletrônico, DJe-

Acesso ao Sumário

078).

No mesmo sentido, julgados neste C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 115, de 30 de novembro de 2016, do Município de Itapetininga, que dispõe sobre a alteração dos artigos 4º e 13 da Lei Complementar nº 25, de 28 de março de 2008, com a redação dada pela Lei Complementar nº 92, de 23 de junho de 2015, que dispõe sobre a instalação de sistemas de transmissão de telecomunicações em geral e outros sistemas de transmissão de radiação eletromagnética não ionizante no Município de Itapetininga, e dá outras providências. Afronta ao princípio do pacto federativo. Inocorrência. Norma que estabeleceu regras de uso e ocupação do solo, sem invadir a esfera de competência legislativa privativa da União. Dispositivos que fixam recuos, bem como distância entre as Estações de Rádio Base entre si e com relação a determinados estabelecimentos. Ausência de ingerência na área de telecomunicações e seu funcionamento. Atuação dentro dos limites do artigo 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal. Não caracterização, ademais, do vício de iniciativa. Matéria de iniciativa concorrente entre o Legislativo e o Executivo. Precedentes do Órgão Especial nesse sentido. Ação improcedente, cassada a liminar (ADI 2255977-03.2016, rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, j. 26.4.2017).

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 4º da Lei Complementar Municipal nº 430, de 24 de outubro de 2005, que veda a instalação de estação rádio base de telefonia celular a menos de 200 metros de escolas, creches, casas de repouso, dentre outros locais, no município de Jundiaí. Alegação de ofensa às disposições do art. 21, XI e art. 22, IV, da Constituição Federal, por suposta usurpação da competência da União para legislar sobre serviços de telecomunicações e para explorar essas atividades. Rejeição. Dispositivo impugnado, no caso, que não versa sobre estrutura de rede e seu funcionamento, mas apenas sobre a construção ou instalação de estruturas físicas, cuja execução (baseada no direito de construir) evidentemente pressupõe obediência às normas locais, referentes ao planejamento e controle do uso e da ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal) como, por exemplo, "não contrariar parâmetros urbanísticos e paisagísticos aprovados para a área" (art. 6º, II, da Lei Federal nº 13.116, de 20 de abril de 2015) e atender exigências técnicas locais, conforme dispõe o artigo 74 da própria Lei Geral de Telecomunicações, com a redação da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015: "A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou distritais relativas à

Acesso ao Sumário

construção civil", Precedentes deste C. Órgão Especial. Posicionamento que não é incompatível com o que ficou decidido recentemente na ADI nº 0029713-64.2016.8.26.0000 (Rel. Des. Carlos Bueno, j. 10/08/2016) e na ADIN nº 0078242-51.2015.8.26.0000 (Rel. Des. João Negrini Filho, j. 10/08/2016), ambas julgadas procedentes, porque no primeiro caso o dispositivo impugnado (e declarado inconstitucional), ao contrário de disciplinar apenas o uso e ocupação do solo urbano, visava a impedir ou restringir o próprio funcionamento do sistema transmissor, caso a antena não obedecesse distância mínima de 6 metros de qualquer edificação, ou seja, impunha obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão (funcionamento da estação), com previsão, inclusive, de pagamento de indenização em caso de acidente envolvendo os sistemas transmissores; e no segundo caso porque a norma impugnada (e declarada inconstitucional) condicionava a prestação do serviço público (incluindo a telefonia) à expedição de direito de permissão e à cobrança de preço público (interferindo e criando realmente restrições ao serviço de telecomunicações), em contraposição à regra do art. 12 da Lei Federal nº 13.116/2015, ao passo que aqui, como mencionado acima, a questão versa sobre simples disciplina relacionada ao planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, aliás, já se manifestou sobre a possibilidade de atuação do município nesses casos, proclamando que "o texto constitucional não impede a edição de legislação estadual ou municipal que – sem ter como objeto principal a prestação dos serviços de telecomunicações – acabe por produzir algum impacto na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviço público federal. As leis estaduais concernentes ao ICMS, a incidir sobre a atividade de telecomunicações, e a legislação municipal atinente ao uso do solo, de crucial importância na colocação de antenas e formação de redes, chegam a afetar a execução dos serviços, mas não revelam inconstitucionalidade formal" (ADI 4739 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/02/2013). E, recentemente (em 17/08/2016), a Ministra Rosa Weber, no exame do Recurso Extraordinário nº 981825/SP, confirmou julgado deste C. Órgão Especial (referente à ADIN nº 0128923-93.2013.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Luiz Pires Neto, j. 23/04/2014), decidindo que o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal "no sentido de que a matéria relativa à instalação de torres de telefonia celular está inserida na competência legislativa municipal para disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados" (RE nº 981825/SP),

Acesso ao Sumário

daí porque – versando esta ação sobre questão semelhante – impõe-se o reconhecimento de constitucionalidade da norma impugnada. Arguição julgada improcedente (Arguição de Inconstitucionalidade 0031063-87.2016, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 31.8.2016).

É o suficiente para, com essas observações e adotadas, ainda, as razões do parecer ministerial e dos julgados antes mencionados, rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 2.110/2003, do Município de Itápolis.

Incidente de inconstitucionalidade não acolhido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019458-76.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.848)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 2º, inciso III, "b", da Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, que "institui a Lei de Ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo e dá providências correlatas" – Afirmação da Câmara suscitante, de que referido dispositivo padece de vício

de inconstitucionalidade, pois a exigência do limite etário imposto não guarda correlação lógica com as funções médicas de cargo do Quadro de Oficiais de Saúde da Polícia Militar – Inconstitucionalidade – Precedentes da Suprema Corte – Súmula 683 do STF – Ofensa aos artigos 7º, inciso XXX, e 39, § 3º, da Constituição Federal – Arguição acolhida.

Acolhe-se a arguição para declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso III, "b", da Lei nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo.

VOTO

1. Trata-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pela 6ª Câmara de Direito Público desta Corte (no julgamento da Apelação/Reexame necessário nº 1019643-69.2017.8.26.0053), nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do C. Supremo Tribunal Federal, por divisar a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso III, "b", da Lei nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, porquanto "numa primeira análise, o limite de 35 (trinta e cinco) anos de idade não guarda correlação lógica com as funções médicas do cargo de 2º Tenente Médico PM Estagiário do Quadro de Oficiais de Saúde" (fl. 215).

Regularmente processados, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do incidente (fl. 223/228).

É o relatório.

2. Na origem, trata-se de ação mandamental impetrada por Geranio Gonçalves Gama contra ato do Diretor de Pessoal da Polícia Militar do Estado de São Paulo, alegando, em síntese, que pretendendo concorrer ao cargo de 2º Tenente Médico da Polícia Militar em certame público, foi impedido em razão da exigência de idade máxima de 35 anos como requisito de ingresso, que é ressalvada aos candidatos pertencentes aos quadros da PMSP. Postulou a concessão da segurança para possibilitar sua inscrição no certame público. Ordem concedida em Primeira Instância (fl. 167/174).

Em grau de recurso, a Colenda 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo suscitou este incidente de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do C. Supremo Tribunal Federal, em acórdão com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Concurso público para provimento do cargo de 2º Tenente Médico PM Estagiário do Quadro de Oficiais de Saúde – Edital DP-1/321/17

Acesso ao Sumário

– Idade máxima de 35 (trinta e cinco) anos – Ordem concedida – Irresignação recursal do Estado – Interesse de agir presente – Limite de idade previsto na Lei Complementar Estadual nº 1.291, de 22 de julho de 2016, que rege o presente certame – Evidência de inconstitucionalidade da restrição imposta, diante das atribuições do cargo a ser preenchido – Impossibilidade, contudo, deste órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Estadual, nos termos do art. 97 da CF, Súmula Vinculante nº 10 do STF e Art. 190 do Reg. Int. do TJSP – Rejeição de matéria preliminar – remessa ao Col. Órgão Especial deste E. Tribunal."

No Estado de São Paulo foi editada a Lei Complementar nº 1.291, de 22 de julho de 2016, que "institui a Lei de Ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo e dá providências correlatas", dispondo em seu artigo 2º, inciso III, "b":

"Artigo 2º – São requisitos para inscrição no concurso de ingresso nas carreiras da Polícia Militar:

(...)

III – ter idade máxima de:

(...)

b) 35 (trinta e cinco) anos, para ingresso no QOS;"

A questão posta em discussão envolve a possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrição, ainda que fundada em lei, como o estabelecimento de limite de idade, para inscrição em concurso público.

De fato, o debate não é novo, e o Colendo Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, tem admitido a limitação de idade como critério de ingresso na carreira pública, desde que a exigência seja estabelecida em lei e se justifique pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário daquela Corte, ao editar a Súmula 683, do seguinte teor: **"O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido"**. Dessa forma, repele-se a estipulação de idade máxima para o ingresso em determinados cargos sempre que esta exigência desbordar do princípio da razoabilidade.

Registre-se que o estabelecimento dos requisitos de acesso ao cargo, emprego ou função pública, deve estar fixado em norma legal, na medida em que implica imposição de limites na esfera subjetiva individual dos interessados, além de regular a atuação administrativa. Ora, se é certo que a Constituição remete à lei o estabelecimento dos requisitos, "todo brasileiro tem o direito de aceder ao cargo, emprego ou função pública, somente a lei pode limitar, condicionar ou restringir o exercício deste direito" (ROCHA, Cármen Lúcia

Antunes. "Princípios constitucionais dos servidores públicos", p. 420).

Doutro bordo, verifica-se que os requisitos exigidos no concurso público sujeitam-se à previsão legal originária[4], bem como admitem normatização técnica de natureza administrativa pelos órgãos e autoridades competentes.

Todavia, o caso *sub examine*, enquadra-se na jurisprudência consolidada na Súmula citada, na medida em que a juventude não é requisito indispensável para o desempenho das atribuições de médico, ainda quando este componha o quadro da carreira militar. Desse modo, não se mostra razoável a exigência de idade máxima de 35 anos para ingresso nesse cargo. Nesse sentido:

> **"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DE OFICIAIS DE SAÚDE DA POLÍCIA MILITAR. LIMITAÇÃO ETÁRIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 683/STF. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o limite de idade como critério para ingresso no serviço público apenas se legitima quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. 2. No caso, as atribuições a ser desempenhadas não são propriamente aquelas típicas do serviço militar. Cuida-se de vaga relacionada à área de saúde (cargo de médico, em diversas especialidades), reclamando formação específica para o seu desempenho. Pelo que, a meu sentir, não se revela razoável ou proporcional a discriminação etária (28 anos). 3. Agravo regimental a que se nega provimento."** (AI 720259-AgRg/MA, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe, nº 078 de 28/04/2011).
>
> **"EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DA POLÍCIA MILITAR. EXIGÊNCIA DE IDADE MÁXIMA. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. A lei pode limitar o acesso a cargos públicos, desde que as exigências sejam razoáveis e não violem o art. 7º, XXX, da Constituição. Entretanto, não se pode exigir, para o exercício do cargo de médico da Polícia Militar, que o candidato seja jovem e tenha vigor físico, uma vez que tais atributos não são indispensáveis ao exercício das atribuições do cargo. Agravo regimental a que se nega provimento."** (AI 486.439-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008).

Nesta linha de raciocínio, o dispositivo legal em questão afronta o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa, consoante o disposto no artigo 111, da Constituição do

4 "Pode o legislador, observado o princípio da razoabilidade, estabelecer requisitos para a investidura em cargo, emprego ou função." (ADI nº 1.326-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 26/09/1997).

Estado.

Portanto, conclui-se da inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso III, "b", da Lei nº 1.291, de 22 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, por ofensa aos artigos 7º, inciso XXX, e 39, § 3º, da Constituição Federal.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, acolho a arguição, nos termos suso alinhavados.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0012240-94.2018.8.26.0000, da Comarca de Paulínia, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – DES. IVAN SARTORI, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – DES. ANTONIO TADEU OTTONI.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE O RELATOR ATUAL DA 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONFERINDO-SE EFEITO NORMATIVO A ESTA DECISÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.008)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS PETRONI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, RENATO SARTORELLI e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

JOÃO NEGRINI FILHO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO

Acesso ao Sumário

DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE PERMANECEU SOBRESTADO ATÉ O JULGAMENTO DO RE Nº 606.358/SP – AUTOS DEVOLVIDOS À TURMA JULGADORA NOS TERMOS DO ARTIGO 543-B, § 3º DO CPC/73 (ARTIGO 1.040, II DO NOVO CPC) – RELATOR SORTEADO QUE SE AFASTOU DA CÂMARA E POSTERIORMENTE FOI REMOVIDO PARA OUTRA SEÇÃO – JULGADOR QUE DEIXA DE SER O JUIZ CERTO, NOS TERMOS DO ART. 109, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DECISÃO QUE DEVE SER REEXAMINADA PELO ATUAL OCUPANTE DA 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de recurso extraordinário interposto em agravo de instrumento, cujo processamento encontrava-se sobrestado, por determinação da Presidência da Seção de Direito Público, em razão da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 606.358/SP, Tema nº 257. Concluído o julgamento do referido recurso extraordinário, o então Presidente da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça, o Desembargador Ricardo Dip, nos termos do art. 543-B, § 3º do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), determinou a remessa do processo à Turma Julgadora, para, posteriormente, ser deliberada admissibilidade do apelo extraordinário.

O Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, atual Relator na 13ª Câmara de Direito Público, determinou o encaminhamento dos autos ao Desembargador Ivan Sartori, que foi o relator no julgamento do agravo de instrumento e dos embargos de declaração, por ser ele o Juiz Certo deste processo, nos termos do art. 108, IV do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça (RITJSP).

Ao receber os autos, o Desembargador Ivan Sartori não reconheceu a prevenção, alegando que está afastado da 13ª Câmara de Direito Público desde 04.04.2013, quando publicada a aprovação de sua remoção para a Seção de Direito Criminal. Acrescenta que, antes disso, já se encontrava afastado, pois em janeiro de 2012 assumiu a Presidência desta Corte. Assim, com fulcro no art. 109, § 2º, do RITJSP, inexiste prevenção.

Retornando os autos à Presidência da Seção de Direito Público, o Desembargador Evaristo dos Santos, verificando tratar-se de conflito de competência, enviou o processo a esse Órgão Especial para dirimir a questão.

Acesso ao Sumário

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência deste Conflito de Competência, para reconhecer o Desembargador Antonio Tadeu Ottoni como Relator da C. 13ª Câmara de Direito Público com competência para conhecer, processar e julgar o reexame do recurso extraordinário repetitivo.

É o relatório.

A solução da questão em debate perpassa pela interpretação dos arts. 105, 108 e 109, do RITJSP, a seguir transcritos:

"Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

§ 1º O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

§ 2º O Presidente da respectiva Seção poderá apreciar as medidas de urgência, sempre que inviável a distribuição e encaminhamento imediatos do processo ao desembargador sorteado.

§ 3º O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição."

"Art. 108. Será juiz certo:

I – o desembargador com visto nos autos ou que pedir adiamento do julgamento, independentemente do motivo da cessação de sua participação no órgão julgador;

II – o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou oposição de embargos infringentes e, sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador;

III – o relator do acórdão suscitante, para uniformização da jurisprudência, por proposições de súmulas ou por incidente de resolução de demandas repetitivas, e para assunção de competência;

IV – o relator do acórdão para reexame das decisões na forma do art. 1.040, inciso II, do CPC;

V – o juiz substituto do Tribunal nas condições dos incisos anteriores, mesmo depois de sua promoção;

VI – o Presidente que adiar o julgamento para proferir voto de desempate, embora com mandato findo, mesmo que compareça, em sessão ulterior, desembargador ausente e que pudesse ter participado do julgamento."

"Art. 109. Deixará de ser juiz certo no processo o desembargador que

Acesso ao Sumário

vier a afastar-se, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, depois da aposição de visto nos autos ou do pedido de adiamento; ele, seu substituto ou sucessor, no entanto, continuam como juiz certo dos processos que vierem a ser distribuídos por prevenção.

§ 1º O revisor ou o segundo juiz, conforme o caso, ou o seguinte na ordem de antiguidade, substituirá o relator afastado ou impedido, nos embargos de declaração, uniformização de jurisprudência, assunção ou dúvida de competência.

§ 2º Em uniformização da jurisprudência, por proposição de súmula ou por incidente de resolução de demandas repetitivas e nos casos de assunção ou de dúvida de competência, o relator afastado ou impedido, salvo no Órgão Especial, será substituído pelo revisor ou segundo juiz do acórdão suscitante."

Pois bem, o *caput* do art. 105 dispõe claramente que terá a competência preventa para analisar o recurso a Câmara que primeiro analisar o processo. Ademais, prescreve o § 1º que o afastamento de juízes que participaram do julgamento não rompe a prevenção da Câmara nem da cadeira. Não há dúvida de que a Turma Julgadora da 13ª Câmara de Direito Público está preventa para o reexame da decisão.

É certo, que nos termos do art. 108, inciso IV, será juiz certo para reexame das decisões na forma do inciso II, do art. 1.040 do CPC o relator do acórdão.

Por outro lado, consoante o art. 109, *caput*, deixa de ser juiz certo no processo o desembargador que vier a se afastar, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, que é o que ocorreu com o Desembargador Ivan Garisio Sartori que se afastou em janeiro de 2012 e, desde abril de 2013, foi removido para a Seção Criminal.

Em suma, conclui-se que a 13ª Câmara de Direito Público está preventa para o reexame da decisão, e se o Desembargador Relator que iniciou o julgamento do recurso, juiz certo para o reexame de recurso decorrente de apelos extraordinários repetitivos; tenha se afastado da turma julgadora há mais de sessenta dias, independente do motivo, deixa de ser o juiz certo.

Entende-se, portanto, conforme mencionado acima, que a 13ª Câmara de Direito Público, pelo seu atual Relator Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, é a competente para conhecer, processar e julgar o reexame da decisão.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito e para estabelecer a competência do Relator atual da 13ª Câmara de Direito Público para reexaminar a decisão, devolvida nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (atual 1.040, II do CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0017118-62.2018.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 37ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO IMPROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.177)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS PETRONI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Discussão acerca de restituição de valores descontados de benefícios previdenciários a título de contribuição por receberem os requerentes benefício previdenciário complementar previsto na Lei estadual nº 4.819/58. Artigo 3º, inciso I.1, da Resolução nº 623/13, deste C. Órgão Especial, que estabelece a competência da Seção de Direito Público para conhecer e julgar os recursos que versem ações fundadas no mencionado diploma legal. Reconhecida a competência da 6ª Câmara de Direito Público, suscitante. Conflito desacolhido.

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela C. 6ª Câmara

de Direito Público deste Augusto Sodalício diante do v. Acórdão prolatado pela E. 37ª Câmara Extraordinária de Direito Público, também deste Tribunal bandeirante, que declinou da competência – para uma das Câmaras de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça – para conhecimento e julgamento da Apelação nº 0225510-42.2011.8.26.0100, interposta pela *Fundação CESP* (requerida) em face da r. decisão de fls. 670/2.

No presente caso, Nelson Brás Martins, Sergio Alves Longo e Wladnir Bueno de Almeida Marcelo (requerentes) propuseram *"AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO"* em face da *Fundação CESP*, narrando que, *"imediatamente após a edição do Decreto nº 10.630/77, a Fundação Cesp aprovou a implantação do Regulamento do 'Plano A', que começou a vigorar a partir de 01.11.77, facultando aos empregados da CESP admitidos até 14.05.74 (data da edição da Lei 200, que revogou a Lei 4819), aderir ao plano mediante expressa declaração de vontade, autorizando neste caso, o desconto da contribuição em favor da Fundação Cesp, diretamente em folha de pagamento, o que ocorreu por parte dos autores desta demanda, que optaram em aderir, com a garantia que teriam um fundo lastreando sua aposentadoria.*

(...)

Em 1983, a Fundação então dirigiu circular aos seus associados C-004/83 (doc. 09) explicando o objetivo das tais contribuições para aqueles que aderissem ao plano, já que muitos questionamentos estavam sendo feitos, mormente quando a própria Lei 4819 garantia o benefício previdenciário sem qualquer contribuição e a entidade vinha recolhendo valores. Em nota a Fundação explicou que as contribuições do associado estavam formando uma poupança previdenciária (...).

No próximo ano, ou seja, 1984, visando atualizar o 'Plano A', a Fundação Cesp dirigiu Circular Informativa 001/84 (doc. 10) a seus associados, dando notícia de que estaria substituindo-o pelo 'Plano 4819' (doc. 11), adotando regime de custeio semelhante ao do plano anterior (cláusula IX-Custeios).

Passados mais de 30 anos recolhendo contribuições daqueles que optaram em aderir ao 'Plano A', mais tarde transformado em 'Plano 4819', e que acreditavam na existência e permanência de um fundo lastreador de seus benefícios previdenciários, ou de uma poupança previdenciária, conforme lhe havia sido prometido, os autores hoje se deparam com uma situação absurda:

A Fundação Cesp passou a defender a ideia de que não possui mais qualquer relação com os aposentados vinculados ao 'Plano A' ou 'Plano 4819', que devolveu aquelas ações doadas pelo Estado de São Paulo a pretexto de aproveitar a oportunidade de valorização daquelas ações com vistas aos leilões de privatização, passou a justificar ainda que o encargo financeiro na prestação dos benefícios previdenciários é exclusivo e integral do erário estadual e que a ela somente cabe a operacionalização da folha de pagamento dos aposentados, por meio da figura de mera prestadora de serviço" (fls. 05/7).

Postulava-se, desse modo, ***"a imediata cessação dos descontos***

Acesso ao Sumário

indevidos feitos até hoje a título de contribuição para os benefícios de Complementação de Aposentadoria**, bem como condená-la* (Obs. do Relator: a Fundação *CESP*) ***na devolução integral do valor correspondente a todas as contribuições ilegais descontadas dos autores acrescidas de correção monetária a partir de cada desconto e juros legais de 1% a partir da citação" (fls. 19).

A ação foi julgada procedente pelo E. Juízo da 5ª Vara Cível Central para *"determinar, em caráter antecipatório, a imediata cessação dos descontos e condenar a ré na devolução, em favor dos autores, de todos os valores pagos, com correção monetária e juros de mora desde cada pagamento"* (fls. 670/2).

Interposta Apelação pela requerida (fls. 675/702), a C. 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que *"trata-se de matéria cujo julgamento é de competência da **Seção de Direito Público**, porque relacionada à Lei Estadual nº 4.819 de 1958"*, não conheceu do recurso, *"determinando a redistribuição para uma das C. Câmaras que compõe a E. Seção de Direito Público"* (fls. 763/5).

Redistribuído o processo para a I. 6ª Câmara de Direito Público, a mencionada Apelação não foi conhecida por tal órgão fracionário, o qual suscitou conflito negativo de competência após assentar que *"a despeito do entendimento assentado pela Colenda 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, o debate aqui proposto se refere à Previdência Privada"* (fls. 772/6).

Remetidos os autos a este C. Órgão Especial, manifestou-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 806/14).

É o relatório.

2. De frontispício ressalte-se que, à luz do artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal bandeirante, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

E, ***in casu***, consoante constou no relatório, versam os autos restituição de valores supostamente pagos de forma indevida pelos requerentes à *Fundação CESP*, a qual administra o benefício previdenciário complementar por eles auferido.

De valia consignar que, consoante explicou a requerida na contestação apresentada em primeira Instância, *"os autores por ordem judicial proferia nos autos do processo nº 01145-2005-049-02-00-6, em trâmite perante a 49ª Vara do Trabalho de São Paulo (docs. 21 e 22), ainda não transitada em julgado, recebem seus benefícios por meio da Fundação CESP, observando-se a obrigação de 'manutenção do pagamento da complementação de aposentadoria, nos termos do Plano Previdenciário CESP – Plano 4819 sobre complementação de aposentadoria, aprovado pela Instrução de Serviço II.P.31*

Acesso ao Sumário

(...)'.

Diante de tal ordem judicial, a Fundação CESP, a CTEEP, a CESP e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo restabeleceram o pagamento dos benefícios previstos na Lei nº 4.819, de 1958, como previstos do ***Regulamento de Complementação de Aposentadoria e Pensão e na Instrução de Serviço II.P.31 – Complementação de Aposentadorias e Pensão – Lei nº 4.819/58.***

Nestes dois instrumentos jurídicos que a Fundação CESP tem que observar ***enquanto cumpre a ordem judicial obtida pelos Autores, há a previsão de contribuições por aqueles que recebem a complementação de aposentadoria prevista na Lei nº 4.819, de 1958****"* (fls. 50).

Destarte, embora conste no artigo 5º da Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013, emanada deste C. Tribunal, que a Terceira Subseção da Seção de Direito Privado terá *"competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias":* III.16 – *"ações relativas a Previdência Privada"* (redação determinada pela Resolução nº 693/2015), de mister a incidência, no presente caso, da disposição específica prevista no artigo 3º do mencionado ato normativo, que estabelece que as primeiras treze Câmaras de Direito Público terão *"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"*** (negritamos), uma vez que, como visto, a *Fundação CESP* tinha e tem a pretensão de descontar do benefício previdenciário recebido pelos requerentes contribuições decorrentes da **complementação de aposentadoria prevista na Lei nº 4.819/1958.**

De rigor, portanto, a manutenção do feito no âmbito da E. 6ª Câmara de Direito Público, à qual competirá o conhecimento e julgamento da Apelação interposta.

Nesse sentido, aliás, verte o entendimento deste C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação que não envolve discussão sobre previdência privada, e sim sobre a forma de implantação do benefício de pensão por morte de que trata a Lei nº 4.819/58. Incidência da regra do art. 3º, I.1, da Resolução 623/2013, que contempla, dentre as causas de competência da 1ª a 13ª Câmara de Direito Público, as 'ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958'. Precedentes deste C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente, reconhecendo-se a competência recursal da 5ª Câmara de Direito Público" (Conflito de Competência nº 0021137-48.2017.8.26.0000, Rel. o douto Des. Ferreira Rodrigues, j. em 09.08.2017).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PRETENSÃO VOLTADA À CESSAÇÃO DOS DESCONTOS E DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS JÁ DESCONTADAS, A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, INCIDENTES SOBRE A COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PREVISTA NA LEI Nº 4.819/58.

Acesso ao Sumário

RESOLUÇÃO Nº 623/2013 QUE ESTABELECE A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO PARA AS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE QUESTÕES PREVIDENCIAIS E AÇÕES FUNDADAS NA LEI ESTADUAL Nº 4.819/1958. ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 693/2015, QUE PROCLAMA A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, APENAS PARA AS AÇÕES QUE CUIDEM DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. OBEDIÊNCIA AO PREVISTO NO ART. 3º, ITEM I.1, DA RESOLUÇÃO 623/13. COMPETÊNCIA DA E. 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. PRECEDENTES RECENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL NESSE SENTIDO. CONFLITO ACOLHIDO, PARA PROCLAMAR COMPETENTE A COLENDA CÂMARA SUSCITANTE" (Conflito de Competência nº 0051612-84.2017.8.26.0000, Rel. o nobre Des. Amorim Cantuária, j. em 31.01.2018).

"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" (Conflito de Competência nº 0057227-55.2017.8.26.0000, Rel. o eminente Des. Borelli Thomaz, j. em 14.03.2018).

3. Ante o exposto, **julgo improcedente o conflito**, reconhecendo-se a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público para processar e julgar o recurso de Apelação interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016566-97.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante ANTONIO TADEU OTTONI (DESEMBARGADOR), é suscitado IVAN SARTORI (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE O RELATOR ATUAL DA 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, MARCOS RAMOS, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA,

Acesso ao Sumário

SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 25 de julho de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

O Excelentíssimo Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, integrante da 13ª Câmara de Direito Público, por decisão de fls. 550/551, determinou a remessa do feito originário ao Excelentíssimo Desembargador Ivan Sartori, que foi o Relator do Acórdão à época em que integrava a 13ª Câmara de Direito Público (fls. 550/551), para adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, nos termos do artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil.

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Ivan Sartori, por decisão proferida a fls. 554, alegando que foi removido, definitivamente, da Seção de Direito Público em 04.04.2013, sustentou não ser juiz certo para qualquer processo da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 109, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando a devolução dos autos à 13ª Câmara de Direito Público (fls. 554).

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, então, suscitou o presente conflito negativo de jurisdição, sustentando que o Desembargador Ivan Sartori, que foi o Relator do Acórdão, é competente para o juízo de adequação/manutenção da decisão, nos termos do artigo 108, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Relator sorteado que se afastou da Câmara e foi removido para a Seção de Direito Criminal, deixando, assim, de ser o juiz certo, nos termos do artigo 109 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decisão, nos termos artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil, que deverá ser apreciada pelo atual ocupante da 13ª Câmara de Direito Público – Conflito

Acesso ao Sumário

de competência conhecido e julgado procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, integrante da 13ª Câmara de Direito Público, nos autos da apelação nº 0017143-91.2010.8.26.0053, interposta por Valdomiro Tetsuya Yamamura.

Valdomiro Tetsuya Yamamura ajuizou ação declaratória, com pedido de tutela antecipada, em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pleiteando, por se tratar de funcionário público estadual, em síntese, a exclusão dos quinquênios e da sexta-parte, adquiridos antes da Emenda Constitucional 41/03, da base de cálculo para fins de abate-teto.

Após tramitação dos autos na origem, foi proferida sentença (fls. 329/331), que julgou improcedente a ação.

Inconformado com a sentença proferida, o autor da ação interpôs recurso de apelação, oportunidade em que, por Acordão proferido em 21 de setembro de 2011, de relatoria do Excelentíssimo Senhor Desembargador Ivan Sartori (à época integrante da 13ª Câmara de Direito Público), *"deram provimento ao recurso"* (fls. 502/506).

A Fazenda Pública do Estado de São Paulo, por sua vez, interpôs recurso extraordinário (fls. 509 e seguintes), que, entretanto, por decisão proferida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público, ficou sobrestado até julgamento definitivo do Tema 257 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (fls. 546).

Posteriormente, em 25 de maio de 2017, por decisão exarada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Seção de Direito Público (fls. 948), considerando o julgamento do Tema 257, os autos foram devolvidos à 13ª Câmara de Direito Público para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão.

Acesso ao Sumário

O Excelentíssimo Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, integrante da 13ª Câmara de Direito Público, por decisão de fls. 550/551, determinou a remessa do feito ao Excelentíssimo Desembargador Ivan Sartori, que foi o Relator do Acórdão à época em que integrava a 13ª Câmara de Direito Público (fls. 550/551).

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Ivan Sartori, por decisão proferida a fls. 554, alegando que foi removido, definitivamente, da Seção de Direito Público em 04.04.2013, sustentou não ser juiz certo para qualquer processo da Seção de Direito Público, nos termos do artigo 109, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando

a devolução dos autos à 13ª Câmara de Direito Público (fls. 554).

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, então, suscitou o presente conflito negativo de jurisdição, sustentando que o Desembargador Ivan Sartori, que foi o Relator do Acórdão, é competente para o juízo de adequação/manutenção da decisão, nos termos do artigo 108, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A DD. Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu o seu parecer (fls. 574/579).

É o relatório.

Conforme se verifica, o processo originário aguarda eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, nos termos do acórdão paradigma, conforme previsto no artigo 1040, inciso II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito negativo de jurisdição foi suscitado pelo Excelentíssimo Desembargador, Antonio Tadeu Ottoni, integrante da 13ª Câmara de Direito Público, compreendendo que é competente, para a adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, o Excelentíssimo Desembargador Ivan Sartori, que foi o Relator do feito quando ainda integrava a 13ª Câmara de Direito Público.

As questões relacionadas à prevenção encontram-se previstas no Título II, Capítulo Regras de Competência Jurisdicional, Seção II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

§ 1º O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

§ 2º O Presidente da respectiva Seção poderá apreciar as medidas de urgência, sempre que inviável a distribuição e encaminhamento imediatos do processo ao desembargador sorteado.

§ 3º O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição."

"Art. 108. Será juiz certo:

I – o desembargador com visto nos autos ou que pedir adiamento do julgamento, independentemente do motivo da cessação de sua participação no órgão julgador;

II – o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou

Acesso ao Sumário

oposição de embargos infringentes e, sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador;

III – o relator do acórdão suscitante, para uniformização da jurisprudência, por proposições de súmulas ou por incidente de resolução de demandas repetitivas, e para assunção de competência;

IV – o relator do acórdão para reexame das decisões na forma do art. 1.040, inciso II, do CPC;

V – o juiz substituto do Tribunal nas condições dos incisos anteriores, mesmo depois de sua promoção;

VI – o Presidente que adiar o julgamento para proferir voto de desempate, embora com mandato findo, mesmo que compareça, em sessão ulterior, desembargador ausente e que pudesse ter participado do julgamento."

"Art. 109. Deixará de ser juiz certo no processo o desembargador que vier a afastar-se, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, depois da aposição de visto nos autos ou do pedido de adiamento; ele, seu substituto ou sucessor, no entanto, continuam como juiz certo dos processos que vierem a ser distribuídos por prevenção.

§ 1º O revisor ou o segundo juiz, conforme o caso, ou o seguinte na ordem de antiguidade, substituirá o relator afastado ou impedido, nos embargos de declaração, uniformização de jurisprudência, assunção ou dúvida de competência.

§ 2º Em uniformização da jurisprudência, por proposição de súmula ou por incidente de resolução de demandas repetitivas e nos casos de assunção ou de dúvida de competência, o relator afastado ou impedido, salvo no Órgão Especial, será substituído pelo revisor ou segundo juiz do acórdão suscitante."

Como se constata, consoante artigo 105 do aludido Regimento Interno, torna-se preventa, para análise de recursos, a Câmara que primeiro analisou o processo.

O § 1º do mesmo artigo 105, por seu turno, prevê que o afastamento de juízes que participaram do julgamento não rompe a prevenção da Câmara nem da cadeira.

Portanto, não havendo rompimento de prevenção da Câmara, pelo afastamento de juízes, compreende-se que a 13ª Câmara de Direito Público está preventa para o reexame da decisão.

Não se olvida, noutro giro, que, conforme artigo 108, inciso IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, será juiz certo para reexame das decisões, na forma do inciso II, do art. 1.040 do CPC, o relator do acórdão.

Não obstante, o artigo 109, *"caput"*, do mesmo Regimento Interno, determina que deixa de ser juiz certo no processo o Desembargador que vier a se

Acesso ao Sumário

afastar, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, o que se amolda ao caso em apreço.

Como se verifica, o Desembargador Ivan Garisio Sartori foi removido, definitivamente, da Seção de Direito Público, em 04.04.2013, para a Seção de Direito Criminal.

Dessa forma, a 13ª Câmara de Direito Público é preventa para análise daquele feito, deixando, pois, de ser o juiz certo o Magistrado que tenha se afastado da turma julgadora há mais de sessenta dias, independentemente do motivo.

Nesse sentido recentíssimo julgado deste Órgão Especial:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE PERMANECEU SOBRESTADO ATÉ O JULGAMENTO DO RE Nº 606.358/SP – AUTOS DEVOLVIDOS À TURMA JULGADORA NOS TERMOS DO ARTIGO 543-B, § 3º DO CPC/73 (ARTIGO 1.040, II DO NOVO CPC) – RELATOR SORTEADO QUE SE AFASTOU DA CÂMARA E POSTERIORMENTE FOI REMOVIDO PARA OUTRA SEÇÃO – JULGADOR QUE DEIXA DE SER O JUIZ CERTO, NOS TERMOS DO ART. 109, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DECISÃO QUE DEVE SER REEXAMINADA PELO ATUAL OCUPANTE DA 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE. (conflito de competência nº 0012240-94.2018, Rel. JOÃO NEGRINI FILHO, j. em 20.06.2018).

Conclui-se, destarte, que o atual Relator, Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, é o competente para conhecer, processar e julgar o reexame da decisão.

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito, a fim de estabelecer a competência do Relator atual da 13ª Câmara de Direito Público para reexaminar a decisão, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015714-73.2018.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto

do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.326)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Agravo tirado de ação civil pública que objetiva compelir o Município de Valinhos a regularizar ocupação não planejada e sem observância dos parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo. Questão do meio ambiente tratada de forma incidental, não suficiente a ensejar a fixação de competência àquelas Câmaras especializadas. Inaplicabilidade da alteração dada ao artigo 5º, I. 21 da Resolução nº 623/2013, pela Resolução nº 785, de 01 de agosto de 2017, uma vez que a ação foi distribuída anteriormente à sua publicação. Precedentes do C. Órgão Especial. Conflito procedente, competente a C. Câmara suscitante.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 7ª Câmara de Direito Privado, tirado de agravo de instrumento onde concedida a tutela provisória de urgência para que o Município de Valinhos apresente em juízo, plano detalhado por meio do qual vai realizar a identificação de todas as ocupações, construções, invasões e novas vias promovidas sem sua autorização prévia no loteamento Vale Verde.

Alega a C. Câmara suscitante que o recurso fora inicialmente distribuído à C. 2ª Câmara Reservada do Meio Ambiente que declinou da competência, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado; acrescenta que a questão posta em Juízo envolve questão ambiental porquanto a ação civil pública visa regularizar o loteamento denominado "Vale Verde" em razão da

Acesso ao Sumário

ocupação ilegal do solo, inserindo-se a matéria, destarte, no art. 4º, inciso I, da Resolução 623/2013, com a redação que lhe foi dada pela Resolução 681/2015.

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela competência da d. Câmara suscitante.

É o relatório.

Procede o conflito, sendo competente a C. Câmara suscitante.

No caso presente, cuida-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 7ª Câmara de Direito Privado, tirado de agravo de instrumento onde concedida a tutela provisória de urgência para que o Município de Valinhos apresente em juízo plano detalhado por meio do qual vai realizar a identificação de todas as ocupações, construções, invasões e novas vias promovidas sem sua autorização prévia no loteamento Vale Verde.

A ação civil pública, proposta em face do Município de Valinhos, visa regularizar o loteamento denominado "Vale Verde" em razão da ocupação ilegal do solo, sendo que o pedido inicial é feito nos seguintes termos: ***"Ante o exposto, requer determine-se ao Município a realização de plano de levantamento das irregularidades atinentes à ocupação ilegal do solo no loteamento Vale Verde, com execução desse plano, promovendo a demolição das obras clandestinas não regularizadas, seguindo o modo e os prazos especificados acima, sob pena de multa.".***

Observo que a questão do "meio ambiente" no presente caso é incidental, não se tratando do tema principal da ação que é a regularização de loteamento denominado "Vale Verde", ilegalmente ocupado no Município de Valinhos.

Isso porque não se discute na ação principal interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos **diretamente ligados ao meio ambiente** (art. 4º, I, Res. 623/2013) ou aquelas ações **"relativas a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos provocados pela degradação da qualidade ambiental"** (Lei nº 6.938/1981, art. 14, "caput" e §§ 1º ao 3º)." (art. 4º, II, Res. 623/2013).

Assim, a competência para processar e julgar o feito deve ser fixada entre a C. Câmara suscitante, 7ª Câmara de Direito Privado e uma das Câmaras de Direito Público desta Corte, por força da alteração dada ao artigo 5º, I.21, da Resolução 623/2013, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 785, de 01 de agosto de 2017.

Sabido é que consoante disciplina o Regimento Interno desta Corte, no artigo 103, *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*.

Na esteira de tal definição é que se entendeu, no Colendo Órgão Especial, pela irrelevância da qualidade da parte ao firmar-se a competência para

Acesso ao Sumário

julgamento, pois consoante já se decidiu, **"Conflito de competência – Ação regressiva de indenização – Acidente de trânsito envolvendo preposto de pessoa jurídica de direito público. 1. O critério balizador da competência recursal é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir..."**[1]

Nos termos do artigo 5º, I.21, da Resolução 623/2013, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 785, de 01 de agosto de 2017:

> **Art. 5º.** A Seção de **Direito Privado**, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:
>
> I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> I.21 – Ações relativas a loteamentos e a localização de lotes, ***salvo o disposto nos itens I.12 do art. 3º e II do art. 4º, ambos desta Resolução."***

O artigo 3º, I.12 com alteração que lhe foi dada pela Resolução nº 785/2017, por sua vez, tem a seguinte redação:

> ***I.12 – Ações relativas a loteamentos que digam respeito a controle e cumprimento de atos administrativos em aprovação ou entrega de obras de infraestrutura e a regularização de parcelamento do solo urbano que interfira no sistema viário público ou na infraestrutura urbana básica;3***
>
> *Alterado pela Resolução nº 785/2017*
>
> *Nota de rodapé incluída pela Resolução nº 785/2017*
>
> Ocorre que a Resolução 785/2017 dispõe, em seu artigo 9º que, *verbis*:
>
> **Artigo 9º** – Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, **aplicando-se aos feitos distribuídos a partir de sua vigência**, revogadas as disposições em contrário.

Acesso ao Sumário

Publicada em 1º de agosto de 2017, posteriormente à distribuição da ação que se deu em 04 de outubro de 2016 e do Agravo de Instrumento dela originado, aqui distribuído em 10 de março de 2017, não se aplica ao caso a alteração ao artigo 5º, I.21, trazida com a Resolução 785/2017, razão pela qual a competência para processar e julgar o recurso é da C. Câmara suscitante.

Neste sentido, aliás, confira-se julgado deste C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação tirada de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado em face dos responsáveis

1 Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013

*pelo loteamento, e assim também, do Município de Juquitiba, objetivando a regularização de parcelamento do solo (loteamento irregular) – Petição inicial que narra ser irregular a ocupação, desprovida de planejamento e sem observância dos parâmetros mínimos de parcelamento, uso e ocupação do solo, acrescentando que no local ocorreu supressão de vegetação em Área de Proteção aos Mananciais (toda a cidade de Juquitiba está situada em tal tipo de área ambiental) e Área de Preservação Permanente, bem como os imóveis não são dotados de rede de abastecimento de esgoto – Ausência de discussão em torno de questões exclusivamente privadas, ligadas ao direito de consumidores, ou registrarias, não obstante a autorização municipal exija igualmente o cumprimento de normas de ordem pública, de caráter privado e público, ligadas ao parcelamento do solo – **Regramento novo**, expedido pelo Órgão Especial, a ser levado em consideração – Resolução nº 785, de 1º de agosto de 2017, que, alterando o disposto nos artigos 3º, inciso I.12, e 5º, I.21, da Resolução nº 623/2013, agora atribui à Seção de Direito Público a competência para julgar ações que tais – **Ressalva**, porém, de que a norma modificadora se aplica apenas aos processos distribuídos 'a partir de sua vigência' – Competência, no caso concreto, da Seção de Direito Privado.*

Conflito julgado procedente, declarada competente a Câmara suscitante (5ª Câmara de Direito Privado).

(CC n. 0035440-67.2017.8.26.0000, rel. João Carlos Saletti, j. em 04.10.2017).".

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o presente conflito, declarando a competência da C. 7ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça, ora suscitante, para processar e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027910-75.2018.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. PEREIRA CALÇAS E EVARISTO DOS SANTOS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade

Acesso ao Sumário

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3741/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 8 de agosto de 2018.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência. São Vicente. Ação de reintegração de posse movida pela CDHU. Alegação de esbulho de imóvel considerado bem público (destinado ao atendimento da população de baixa renda). Matéria relativa a "ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público". Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Público desta Corte. Inteligência do art. 3º, I, item I.11, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Competência da 6ª Câmara de Direito Público.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que, por julgamento unânime em acórdão de relatoria do Des. Reinaldo Miluzzi, declinou da competência para conhecer e julgar a Apelação n. 1007913-07.2014.8.26.0590, oriunda da 4ª Vara Cível da Comarca de São Vicente, interposta nos autos da ação de reintegração de posse de mesmo número. A Câmara suscitante entendeu que o objeto do processo versa sobre as consequências decorrentes do inadimplemento pelo apelante do contrato de compra e venda de imóvel com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, na forma dos arts. 26 e 27, da Lei n. 9.514/97, do que resulta a competência da Seção de Direito Privado para conhecer e julgar o recurso, nos termos do artigo 5º, I, I.25, II e III, da Resolução n. 623/2013 deste Tribunal (p. 181/185). De outro lado, a suscitada 29ª Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Privado entendeu que deve ser aplicado o artigo 3º, I.3, da Resolução n. 623/2013, considerando que o imóvel objeto da ação possui finalidade pública (p. 173/177).

É o relatório.

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU em face de Ericson Maciel da Silva, por meio da qual alegou a autora que firmou com o réu instrumento particular de venda e compra de imóvel com financiamento imobiliário e alienação fiduciária em garantia, referente ao imóvel situado à Rua Alameda Professora Herenice Rodrigues do Nascimento, nº 100, Bloco IX, apartamento 11, em São Vicente. Após a consolidação da propriedade, a autora teria promovido dois leilões públicos para arrematação do imóvel, os quais restaram negativos por ausência de licitantes, razão pela qual o imóvel passou a ser de sua propriedade exclusiva, de acordo com o que dispõe o art. 27, § 6º, da Lei n. 9.514/97. Ocorre que, mesmo após notificado, o réu não desocupou o imóvel, estando configurado o esbulho possessório, pelo que pretendeu a reintegração na posse do bem, com pedido liminar. A sentença julgou procedente o pedido e tornou definitiva a medida liminar deferida, determinando a expedição de mandado de reintegração de posse (p. 136/142).

O réu apelou, buscando a reversão do julgado (p. 147/157).

Certificou-se o decurso do prazo para oferecimento de contrarrazões pela autora (p. 161).

O recurso da autora foi originalmente distribuído para a 29ª Câmara de Direito Privado (p. 162), que entendeu ser competente uma das Câmaras de Direito Público (p. 173/177). Redistribuído à 6ª Câmara de Direito Público, esta também declinou da competência e remeteu os autos para que este Órgão Especial dirima o conflito instalado (p. 181/185).

O art. 66, II, do Código de Processo Civil, prevê a hipótese do conflito negativo de competência, que tem lugar quando ambas as Câmaras às quais foi dirigido determinado recurso consideram-se incompetentes para conhecê-lo e julgá-lo.

A solução da presente controvérsia reclama a análise do disposto no art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (g.n.).

No caso destes autos, trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pela CDHU, sociedade de economia mista, cujo objeto é imóvel de sua propriedade e vinculado à política habitacional do Governo do Estado para o atendimento de moradia da população de baixa renda.

Acesso ao Sumário

A teor da lição de Hely Lopes Meireles, *"Quanto aos bens das empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista), entendemos que são, também, bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários. A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição* [...]*"* (*in* Direito Administrativo Brasileiro. SP: Malheiros, 42ª ed., 2015, p. 636).

Embora haja disposição expressa na Resolução n. 623/2013 acerca da competência da Seção de Direito Privado deste Tribunal para processar e julgar demandas relativas a posse de bem imóvel, não se descura que seu artigo 3º, I.11, conferiu às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para o exame das ações *"ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de* ***uso e ocupação de bem público****"* (g.n.).

Por esta razão, tratando-se de ação possessória que versa sobre ocupação de bem público, imperioso reconhecer a competência da 6ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo, para julgamento da apelação em testilha, conforme se extrai dos seguintes precedentes deste C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação possessória envolvendo gleba pertencente à SABESP. Imóvel (objeto do esbulho) que – embora pertença a sociedade de economia mista – tem sua área utilizada na prestação de serviço público. Submissão ao regime jurídico de direito público. Precedentes. Competência recursal definida nos termos do artigo 3º, I.11, da Resolução nº 623/2013, que contempla dentre as causas de competência recursal da Seção de Direito Público, 'as ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação de bem público', lembrando-se que o artigo 5º desse mesmo ato normativo, ao atribuir à Seção de Direito Privado a competência para julgamento das ações possessórias de imóveis, excluiu de sua abrangência, expressamente, os casos derivados de 'ocupação ou uso de bem público' (inciso II.7). Precedentes. Conflito julgado procedente. Competência da 13ª Câmara de Direito Público". (CC n. 0050450-54.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 14.03.2018).

"I. Conflito de competência. Apelação interposta em face de sentença proferida em ação de reintegração de posse ajuizada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU. Alegado esbulho de imóvel considerado bem público (área destinada à melhoria de instalações condominiais de conjunto habitacional). II. Nos termos da Resolução 623/2013 deste Órgão Especial, é competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público o julgamento de matéria relativa a 'ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e

Acesso ao Sumário

ocupação e de reivindicação de bem público' (artigo 3º, inciso I, item I.11). Precedentes deste Órgão Especial. III. Conflito julgado procedente para fixar a competência da Câmara Suscitada, qual seja, a 5ª Câmara de Direito Público". (CC n. 0052819-21.2017.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 07.03.2018).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL CONTESTADO PELA COMPANHIA DE HABITAÇÃO POPULAR DO MUNICÍPIO DE BAURU – NATUREZA JURÍDICA DE BEM PÚBLICO DESTINADO AO ATENDIMENTO DE POLÍTICA HABITACIONAL VOLTADA À POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA – Competência firmada pelo pedido inicial, conforme dispõe o artigo 103 do RITJSP – A Resolução nº 623/2013 conferiu às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação de bem público. Conflito procedente. Competência da 6ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso". (CC n. 0047843-68.2017.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 13.12.2017).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL – BEM PERTENCENTE À COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO – CDHU – NATUREZA JURÍDICA DE BEM PÚBLICO DESTINADO AO ATENDIMENTO DE POLÍTICA HABITACIONAL DO GOVERNO DO ESTADO PARA MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ARTIGO 3º, ITEM I.11 – COMPETÊNCIA DA C. 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE". (CC n. 0040991-28.2017.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 13.09.2017).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Declinada a competência pela Eg. 5ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 17ª Câmara Seção de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público. Ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos ajuizada pela Companhia Metropolitana de Habitação – COHAB-SP contra particular que estaria supostamente esbulhando unidade habitacional pertencente à autora. Sociedade de economia mista que atua no âmbito de políticas públicas referentes a moradia popular. Esbulho possessório de imóvel considerado bem público. Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público (art. 3º, I.11). Precedentes. Competência da Eg. 5ª Câmara de Direito Público (Art. 200 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada". (CC n. 0032939-43.2017.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 23.08.2017).

Acesso ao Sumário

Como se vê, a competência para conhecer e julgar o presente recurso é mesmo da Seção de Direito Público, por meio da sua 6ª Câmara, diante do que

dispõe o art. 3º, I, item I.11, da Resolução n. 623/2013.

Ante o exposto, julga-se procedente este conflito e declara-se competente para conhecer e julgar a apelação n. 1007913-07.2014.8.26.0590 a 6ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016430-03.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante ANTONIO TADEU OTTONI (DESEMBARGADOR), é suscitado IVAN SARTORI (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE O ATUAL RELATOR DA 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.605)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, MARCOS RAMOS, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 1º de agosto de 2018.

SÉRGIO RUI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Retorno dos autos da Suprema Corte, para reexame, nos moldes do artigo 1.040, inciso II, do CPC. Anotada a remoção, em caráter definitivo, do Desembargador suscitado que há muito deixou de ser o juiz certo para a análise do feito. De rigor a remessa dos autos à 13ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso afeto à ação *sub judice*. Conflito procedente.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Culto Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, atual Relator na 13ª Câmara de Direito Público, por se considerar incompetente para proceder ao reexame do recurso de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de João Baptista Freire e outros.

Segundo consta dos autos, V. Acórdão da lavra do Eminente Desembargador Ivan Sartori, à época Relator designado, negou provimento ao apelo (fls. 284/287).

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, postulando a reforma da V. decisão (fls. 307/318).

Operou-se o sobrestamento do feito e, após o advento da decisão do RE 598.090 e do RE 606.358-RG, determinou-se o retorno dos autos para manifestação da Turma Julgadora (fls. 406 e 411).

Em decisão monocrática datada de 10/11/2017, o desembargador suscitante alegou que: "pela análise das regras de competência jurisdicional nesta Corte Bandeirante, segundo as disposições do Regimento Interno, sem embargo dos entendimentos em sentido contrário, indubitável a orientação à manutenção das turmas julgadoras em processos cujo julgamento tenha sido iniciado, ou mesmo concluído, quer seja por conversão do julgamento em diligência, em razão dos antigos embargos infringentes, de embargos de declaração e, como no presente caso, análise acerca da manutenção ou modificação de julgado em função de orientação firmada nas Superiores Instâncias (art. 1040, II, do N.C.P.C).

É o que se depreende das regras estampadas no art. 108, II e IV, e 110, 'in fine', do Regimento Interno.

Observe-se, *d.m.v.*, que a exceção do art. 109, *caput*, restringe-se aos incisos I e II do art. 108, casos em que ainda pendente o próprio julgamento, hipótese diversa do que ocorre na espécie, na qual já concluído o julgamento.

Clara a intenção Regimental, umbilicalmente ligada à lógica, porquanto deverá ser submetida a revisão de um julgamento à Câmara prolatora da decisão e, sempre que possível, com a mesma composição, preferencialmente sob a mesma relatoria, ainda que não mais tenha assento na Câmara, em homenagem ao princípio do juiz natural e prestigiando a presença do magistrado que teve contato mais próximo com o processo e proferiu o voto condutor do acórdão" (**sic**) (fls. 413/414).

Remetido o recurso ao Desembargador suscitado, ponderou-se ser "manifestamente impertinente a remessa destes autos a este magistrado, eis que removido, definitivamente, da Seção de Direito Público desde 04.04.13, quando publicada a provação de sua opção pela Seção de Direito Criminal, por remoção.

Aliás, deste desembargador está afastado do Direito Público desde

Acesso ao Sumário

janeiro de 2012, quando assumiu a Presidência desta Corte.

Assim, há muito, deixou de ser juiz certo para qualquer feito daquela Seção, a teor do art. 109, § 2º, do RITJ" (**sic**) (fls. 417).

Destarte, suscitou-se o presente conflito negativo de jurisdição (fls. 422/428).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a jurisdição do Desembargador Antonio Tadeu Ottoni como Relator na 13ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer, processar e julgar o reexame do recurso extraordinário repetitivo (fls. 436/441).

É o relatório.

Razão não assiste ao douto Desembargador suscitante.

O artigo 105, **caput**, parágrafos 1º e 3º, do RITJSP, adverte:

"Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.

Parágrafo 1º. O afastamento dos juízes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga.

Parágrafo 3º. O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição".

Lado outro, no que tange à argumentação sobre o Juiz Certo, assim estabelece o artigo 108 e incisos do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça:

"Art. 108. Será juiz certo:

I – o desembargador com visto nos autos ou que pedir adiamento do julgamento, independentemente do motivo da cessação de sua participação no órgão julgador;

II – o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou oposição de embargos infringentes e, sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador;

* Inciso II com redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017.

III – o relator do acórdão suscitante, para uniformização da jurisprudência, por proposições de súmulas ou por incidente de resolução de demandas repetitivas, e para assunção de competência;

* Inciso III com redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016.

Acesso ao Sumário

IV – o relator do acórdão para reexame das decisões na forma do art. 1.040, inciso II, do CPC;

* Inciso IV com redação dada pelo Assento Regimental nº 552/2016.

V – o juiz substituto do Tribunal nas condições dos incisos anteriores, mesmo depois de sua promoção;

VI – o Presidente que adiar o julgamento para proferir voto de desempate, embora com mandato findo, mesmo que compareça, em sessão ulterior, desembargador ausente e que pudesse ter participado do julgamento".

No caso em comento, malgrado entendimento em contrário, à hipótese se aplica a regra prevista no artigo 109, **caput** e parágrafo 2º, que assim preceitua:

"Art. 109. Deixará de ser juiz certo no processo o desembargador que vier a afastar-se, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, depois da oposição de visto nos autos ou do pedido de adiamento; ele, seu substituto ou sucessor, no entanto, continuam como juiz certo dos processos que vierem a ser distribuídos por prevenção.

(...)

Parágrafo 2º. Em uniformização de jurisprudência, por proposição de súmula ou por incidente de resolução de demandas repetitivas e nos casos de assunção ou de dúvida de competência, o relator afastado ou impedido, salvo no Órgão Especial, será substituído pelo segundo juiz do acórdão suscitante, caso seja integrante do órgão julgador".

Por conseguinte, anotada a remoção, em caráter definitivo, do Desembargador Ivan Sartori, e tomando assento na cadeira o Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, de rigor a remessa dos autos à 13ª Câmara de Direito Público para a reanálise do recurso afeto à ação **sub judice**, nos moldes do artigo 1.040, inciso II, do CPC.

Nessa toada, conforme bem ponderou o douto Subprocurador-Geral de Justiça:

"5. Da interpretação desses dispositivos regimentais extrai-se algumas conclusões, afora a sobredita prevenção da 13ª Câmara de Direito Público, quais sejam:

Primeira: o Desembargador-Relator que iniciar o julgamento de um recurso é o Juiz Certo para não só terminar o iniciado, como para o de outros recursos eventualmente aforados e àquele vinculados, mormente, em se tratando de embargos de declaração.

Segunda: esse mesmo Desembargador-Relator será o Juiz Certo para o reexame de recurso decorrente de apelos extraordinários repetitivos; justamente a questão aqui posta.

Terceira: a última, mas não a desmerecedora; caso esse Desembargador-Relator tenha se afastado da Turma Julgadora há mais de sessenta dias (art. 109, *caput*, RITJESP), independente do motivo desse afastamento, deixará de ser Juiz Certo no processo.

Acesso ao Sumário

6. Essa derradeira conclusão decerto é a compatível com a situação presente, uma vez que, pelo sobredito art. 108, inciso IV, do Regimento Interno, tratando de recurso repetitivo, o Desembargador Ivan Sartori haveria de ser o Relator para o reexame do agravo de instrumento; contudo, como Sua Excelência se afastou da 13ª Câmara de Direito Público, em definitivo, por remoção, em 04.04.2013, lapso temporal superior a sessenta dias, nos ditames do artigo 109, *caput*, deixou de ser Juiz Certo".

Nesse sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação – Recursos conexos anteriores julgados pela Câmara suscitante (4ª Câmara) – Relator Juiz Substituto em Segundo Grau, agora promovido, sem acervo – Extinção da "cadeira", fazendo desaparecer a prevenção – Inexistência, igualmente, de Juiz certo, por ter o Magistrado a quem distribuídos os autos, participado de julgamentos anteriores como 2º e 3º Juiz, respectivamente (em agravo e apelação) – Distribuição do recurso novo, a outra Câmara – Regularidade – Competência da Câmara à qual coube o recurso pela distribuição assim procedida (5ª Câmara) – Inteligência e aplicação dos artigos 105 e 110 do Regimento Interno – Precedentes desta Turma Especial – Conflito de competência procedente, julgada competente a 5ª Câmara da Seção de Direito Privado (suscitada) (Conflito de competência nº 0175093-26.2013.8.26.0000; Turma Especial – Privado I do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator: João Carlos Saletti; j. em 08/05/2014).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Processo distribuído livremente a Juiz Substituto de Segundo Grau que auxiliava na Nona Câmara de Direito Público. Promovido a desembargador, a Presidência da Seção de Direito Público decidiu pela prevenção da cadeira a que estava vinculado o processo, compensando-se. Câmara que não conheceu do recurso e determinou distribuição livre. Processo distribuído à 6ª Câmara de Direito Público, que suscitou conflito negativo de competência. Saída do juiz substituto que não rompe com a vinculação do processo à Câmara, segundo a cadeira a que estava vinculado, Regimento Interno, artigo 181, § 3º, dado que o juiz natural, fixado pela distribuição, não é o relator sorteado ou designado, mas o correspondente órgão colegiado. Voto por julgar procedente o conflito e pela competência da Colenda 9ª Câmara de Direito Público (Conflito de competência nº 0012133-50.2018.8.26.0000; Turma Especial – Público do Tribunal de Justiça de São Paulo; Relator: Edson Ferreira; j. em 11/05/2018).

Por tais razões, pelo meu voto, julga-se procedente o conflito, declarando-se competente o Desembargador Antonio Tadeu Ottoni para conhecer e proceder ao reexame do recurso de apelação interposto perante a Colenda 13ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027787-77.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.452)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Agravo de instrumento. Inventário. Base de cálculo do ITCMD. Resolução nº 623/2013 para fixar a competência da Seção de Direito Privado nos casos de "inventários e arrolamentos" (art. 5º, I.10). Competência da Egrégia 5ª Câmara da Seção de Direito Privado, à qual se remetem os autos. Precedentes.

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 7ª Câmara de Direito Público**, contra a **Eg. 5ª Câmara de Direito Privado** deste **Tribunal de Justiça**, nos autos de **agravo de instrumento** contra decisão (fl. 66) definindo

base de cálculo do ITCMD no bojo de inventário judicial (fls. 16/20).

A **Eg. 5ª Câmara de Direito Privado**, entendendo tratar-se de matéria de natureza tributária e não sucessória, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras de Direito Público (fls. 286/289 e 299/301).

Redistribuídos (fl. 304), a **C. 7ª Câmara de Direito Público** declarou-se incompetente e suscitou conflito de competência (fls. 330/333 e 342/345).

Opinou a D. Procuradoria-Geral de Justiça pela competência da 5ª Câmara de Direito Privado (fls. 358/363).

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 5ª Câmara de Direito Privado, a Suscitada.

Trata-se de **agravo de instrumento** contra decisão (fl. 66) que definiu base de cálculo do ITCMD no bojo de inventário judicial (fls. 16/20).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõem os **arts. 103** e **104 do RITJ-SP**:

> *"art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*
>
> *"Art. 104. A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento."*

Como já se decidiu neste **Eg. Tribunal de Justiça**:

> *"Em primeiro plano de discussão, cumpre recordar a observação do eminente Desembargador Paulo Franco quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 328.885-5/8, que mui bem aclara a problemática:"*
>
> *"'**A competência recursal é aferida pela "causa petendi" e pelo pedido formulado na inicial**, e não se altera em razão de questões que sejam suscitadas no curso da demanda.'"*
>
> *"'Nesse sentido, venerando acórdão do Egrégio Grupo Especial das Seções Civis, de que foi relator o Eminente Desembargador CEZAR PELUSO, em que se consignou o seguinte:'"*
>
> *'É coisa velha, que, entre nós, a competência recursal se define e firma pelos termos da pretensão, considerada esta como somatória da causa de pedir e do pedido, ainda que haja reconvenção, ou ação contrária, ou tenha o réu arguido fatos ou circunstâncias capazes de modificar a mesma competência' (JTJ 190/274)."* (AC nº 0.003.407-

Acesso ao Sumário

74.2011.8.26.0601 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

De inventário dos bens deixados por Vanilse da Silva Araújo Manini (fls. 17/20) a ação originária, a ensejar a competência da **Seção de Direito Privado**.

Embora interposto agravo de instrumento contra decisão fixando a base de cálculo do ITCMD (fl. 66), matéria de cunho tributário, trata-se de **questão incidental**, que não interfere na competência estabelecida para a causa principal.

Dispõe a **Resolução nº 623/2013**, em seu **art. 5º, inciso I.10**:

*"**Art. 5º.** A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:"*

*"I – **Primeira Subseção**, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, **com competência preferencial** para o julgamento das seguintes matérias:"*

(...)

*"I.10 **– Inventários e arrolamentos;**"*

Como **bem** observado pela D. Procuradoria:

"Neste caso, o pedido inicial formulado nos autos eletrônicos em que fora proferida a decisão judicial objeto deste agravo de instrumento é de transmissão patrimonial por sucessão hereditária, posto em um inventário (fls. 17/19)."

"Se assim é, esse pedido é que haverá de balizar a competência recursal para conhecer e julgar todo e qualquer recurso que possa e venha a ser interposto, relativo a todo e qualquer conflito de interesses que sobressaia desse procedimento judicial."

(...)

"Deveras, decorrência da matéria posta em debate, nestes autos eletrônicos – INVENTÁRIO –, a competência recursal é da Subseção de Direito Privado I." (fls. 360/361).

Nesse sentido reiteradamente tem decidido este **C. Órgão Especial** em casos análogos:

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Inventário. Recurso interposto contra que decisão que rejeitou cálculo apresentado pelo inventariante e **determinou o recolhimento do ITMD com base no valor apurado pelo contador judicial. Questão tributária que – por ter sido estabelecida incidentalmente nos próprios autos do arrolamento – não interfere na competência recursal fixada para a causa principal (envolvendo direito sucessório).** Competência, nesse caso, que deve ser definida nos termos do art. 5º, inciso I, item I.10, da Resolução nº 623, de 16 de outubro*

Acesso ao Sumário

de 2013, que contempla dentre as causas de competência da Primeira Subseção de Direito Privado os pedidos de 'inventário e arrolamento'. Precedentes deste C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente, com reconhecimento da competência da 5ª Câmara de Direito Privado para conhecimento do Agravo de Instrumento." (grifei – CC nº 0.002.752-52.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 15.03.17 – Rel. Des. **FERREIRA RODRIGUES**).

"Conflito de competência. Inventário. Agravo de instrumento. ***Base de cálculo do ITCMD – imposto de transmissão causa mortis****. Discussão incidental a respeito da alíquota do imposto.* ***Matéria que se circunscreve a inventário e arrolamento de bens****. Competência que se inscreve no âmbito de atribuições das Colendas 1ª à 10ª Câmaras Seção de Direito Privado. Inteligência do artigo 5º, inciso I, alínea 10, da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da Quinta Câmara de Direito Privado da Corte."* (grifei – CC nº 0.007.258-71.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 15.03.17 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI**).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ***Inventário. Definição da base de cálculo do ITCMD. Matéria pertinente à Seção de Direito Privado*** *(Subseção I). Resolução nº 623/2013, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (item I.10, do artigo 5º). Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Fixação da competência da Câmara suscitada. Conflito procedente, com determinação de encaminhamento dos autos à suscitada."* (grifei – CC nº 0.016.561-46.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 18.05.16 – Rel. Des. **ÁLVARO PASSOS**).

Daí a competência da **5ª Câmara de Direito Privado** deste **Eg. Tribunal** para processar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 5ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0018334-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.847)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Reparação de danos morais e materiais – Centrais de Abastecimento de Campinas (CEASA) – Pretensão da demanda que se refere à responsabilidade civil extracontratual – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 1ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 12ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Discussão que trata de ilícito extracontratual não relacionado à prestação de serviço público – Matéria de competência recursal da 1ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 1ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta por Centrais de Abastecimento de Campinas (CEASA) (fl. 152/159) e contra decisão que, em ação de rito ordinário em face de Edgelson Scacchetti, objetivando indenização

por danos morais e materiais decorrentes de queda e ferimentos sofridos pelo autor nas dependências do CEASA Campinas, julgou parcialmente procedente o pedido (fl. 146/150).

Os autos foram distribuídos à Colenda 1ª Câmara de Direito Privado, cujo eminente Relator, pela decisão monocrática de fl. 169/173, não conheceu do recurso, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público.

Redistribuídos os autos, a Colenda 12ª Câmara de Direito Público igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 208/215).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 1ª Câmara de Direito Privado para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 225/230).

É o relatório.

2. A Resolução nº 623/2013, que dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de suas Seções, assim estabelece em seu artigo 5º:

> **"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:**
>
> **I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:**
>
> **(...)**
>
> **I.29 – Ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria de competência da própria Subseção, salvo a do Estado;**
>
> (...)
>
> II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)"

Como se vê dos autos, o fundamento invocado pelo autor **não está relacionado à prestação de serviço público**, mas sim decorre do fato da má colocação de tampa de caixa de inspeção de rede elétrica localizada nas dependências da requerida (sociedade de economia mista e, pois, pessoa jurídica

Acesso ao Sumário

de direito privado), o que teria causado o seu acidente e os ferimentos por ele sofridos. Essa é a causa de pedir da ação.

Assim, com a devida vênia do entendimento do eminente Desembargador Relator da Colenda 1ª Câmara de Direito Privado, os arestos colacionados a fl. 170/172, deste Colendo Órgão Especial, dizem respeito à competência recursal para o julgamento de ações envolvendo responsabilidade extracontratual de concessionárias e permissionárias de serviço público, "que digam respeito à prestação de serviço público", nos exatos termos do artigo 3º, I.7, alínea "b", da Resolução nº 623/2013, de tal arte que não se aplicam à hipótese dos autos.

Desta feita, a competência para julgamento do recurso deve ser fixada conforme o artigo 5º, I.29, que prevê a competência da Primeira Subseção de Direito Privado para julgamento de "ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria de competência da própria Subseção, salvo a do Estado".

Nesse sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Recurso de apelação em Ação de Reparação por Danos Morais. Insurgência contra sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório. Competência para o processamento e julgamento de recursos que é definida pelo pedido formulado na petição inicial da ação (art. 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo). Pretensão da demanda que se refere a responsabilidade civil extracontratual. Matéria pertinente à Primeira Subseção de Direito Privado (1ª a 10ª Câmara). Resolução nº 623/2013, artigo 5º, I.29, deste Colendo Órgão Especial. Precedentes. Conflito procedente, com determinação de redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado." (Conflito de Competência nº 0016872-03.2017.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. 05/07/2017).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Responsabilidade civil. Empresa concessionária de serviços públicos (CPTM). Autor que teria sido agredido por funcionários da ré (sociedade de economia mista) enquanto trabalhava como vendedor ambulante próximo à estação de trem. Ilícito extracontratual não relacionado à prestação de serviço público. Competência recursal, nesse caso, definida nos termos do inciso I.29, do art. 5º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução 694/2015, que prevê a competência da Primeira Subseção de Direito Privado para julgamento de 'Ações de responsabilidade civil extracontratual relacionadas com a matéria de competência da própria Subseção, salvo a do Estado' c.c. § 3º do art. 5º da mesma Resolução, que dispõe

que 'serão da competência comum das Subseções da Seção de Direito Privado todos os demais feitos que, regidos pelo Direito Privado, não sejam da competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça'. Conflito procedente. Competência da 5ª Câmara de Direito Privado." (Conflito de Competência nº 0007521-40.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22/06/2016) (g.n.)

"Conflito de Competência. Ação de reparação de danos materiais e morais. Propositura por servidor público sob o fundamento de o superior hierárquico ter denegrido seu conceito pessoal e profissional frente a terceiros. Demanda entre particulares, fundada no regime comum de responsabilidade civil extracontratual e sem reflexo no plano do Direito Público. Resolução nº 623/2013, artigo 5º item I. 29. Julgamento que incumbe à 6ª Câmara de Direito Privado. Conflito acolhido." (Conflito de Competência nº 0015060-57.2016.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 18/05/2016).

Nesse contexto, impõe-se reconhecer que a discussão que culminou com o presente conflito não envolve responsabilidade da requerida decorrente de ato ilícito extracontratual que diga respeito à prestação de serviço público, o que confere à ação judicial caráter tipicamente privado, atraindo a competência da Colenda Câmara de Direito Privado desse Eg. Tribunal de Justiça, mormente por se fundar a *causa petendi*, como sói poderia ser na espécie, em responsabilidade subjetiva.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 1ª Câmara de Direito Privado (suscitada), para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 1ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2230126-25.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes MARCO AURÉLIO PINTO FLORÊNCIO FILHO e RODRIGO DOMINGUES DE

CASTRO CAMARGO ARANHA e paciente GERSINO DONIZETE DO PRADO (JUIZ DE DIREITO), é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "HOMOLOGARAM A DESISTÊNCIA E JULGARAM PREJUDICADO O 'HABEAS CORPUS'. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PEREIRA CALÇAS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30714)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, CRISTINA ZUCCHI, NESTOR DUARTE, MARCOS RAMOS, MARIA LÚCIA PIZZOTTI, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 25 de julho de 2018.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Impetração contra decisão do Exmo. Des. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, nos autos da ação penal originária promovida contra magistrado, pela prática de diversos crimes de concussão (170 vezes), julgada procedente, determinou a expedição de mandado de prisão contra o réu e ofício à Secretaria da Magistratura, para as providências administrativas cabíveis, não obstante a existência de agravo regimental pendente de julgamento em Superior Instância – Desistência – Homologação – *Habeas corpus* prejudicado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Marco Aurelio Pinto Florêncio Filho e Rodrigo Domingues de Castro Camargo Aranha em favor de GERSINO DONIZETE DO PRADO, visando, nos termos dos artigos 5º, LXVIII, da Constituição Federal, 647 e 648, I do Código de Processo Penal, a concessão

da ordem para que o paciente aguarde em liberdade até o trânsito em julgado do acórdão condenatório proferido, nos autos da ação penal (Proc. nº 0146570-72.2011.8.26.0000), pelo Colendo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e, ainda, a anulação do ato que declarou a perda de seu cargo de juiz de direito.

Alegam os impetrantes, em síntese, a existência de flagrante constrangimento ilegal imposto ao paciente por ato emanado do Exmo. Des. Presidente deste E. Tribunal, que determinou a expedição de mandado de prisão contra o réu, ora paciente, e ofício à Secretaria da Magistratura – SEMA, para as providências administrativas cabíveis, não obstante a menção expressa no acórdão condenatório que somente após o trânsito em julgado se daria o início do cumprimento da pena. Afirmam que a execução provisória da pena antes de exaurida a jurisdição do E. Superior Tribunal de Justiça é ilegal, ressaltando que, no caso, ainda pende de julgamento, o Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.530.264/SP, o qual busca sanar ilegalidades e reverter a decisão condenatória proferida na ação penal. Pugnaram pela concessão da medida liminar e, ao final, da ordem nos termos pretendidos.

O pedido de liminar foi indeferido a fls.110/111.

Contra referida decisão foram opostos embargos de declaração (fls. 199/206), especificamente em relação ao pedido de imediata anulação da perda do cargo público do paciente, os quais restaram prejudicados pela superveniente decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça nos autos do Pedido de Tutela Provisória nº 1.146-SP, que concedeu a liminar para determinar que a perda do cargo, imposta ao paciente nos autos da ação penal, aguarde o trânsito em julgado da condenação (fls. 211/213).

A autoridade apontada como coatora prestou suas informações a fls. 116/123, sobrevindo aos autos o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 233/241) pela denegação da ordem de *habeas corpus* pleiteada.

É o relatório.

Verifica-se que os impetrantes requereram, por meio da petição acostada às fls. 245, a desistência do presente remédio constitucional.

Destarte, a garantia constitucional perdeu o seu objeto, tornando-se desnecessário o pronunciamento do Colegiado sobre o seu mérito.

Ante o exposto, homologa-se o pedido de desistência e, em consequência, julga-se prejudicado o *habeas corpus*.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2024681-73.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente PAFER COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. – EPP, é requerido RENATO ROCHWERGER.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO ADMITIRAM O INCIDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30956)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 20 de junho de 2018.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – Alegação de controvérsia sobre a possibilidade de aplicação do art. 1007 do CPC, referente ao recolhimento de porte de remessa e de retorno – Incidente que pretende uniformizar a matéria – Impossibilidade de admissão do incidente, porquanto não observados os requisitos previstos no art. 976 do CPC – Inexistência de efetiva repetição de processos com controvérsia sobre a mesma questão de direito, não observado, igualmente, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Incidente não admitido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas (fls. 01/43)

suscitado nos autos da ação de indenização por Dano Moral, julgada deserto pela C. 2ª Turma Cível, ante a ausência de recolhimento do porte e remessa referente ao envio da mídia digital, tendo, sobre referida decisão, apresentado o agravo de instrumento nº 0100101-84.2018.8.26.9000, que ainda não foi julgado perante a C. 7ª Turma Cível.

O autor da ação originária requereu a instauração do presente incidente, argumentando que há entendimentos divergentes deste Eg. Tribunal quanto a necessidade ou não do pagamento do porte e remessa referente ao envio da mídia digital, e, ainda, sobre a possibilidade de aplicação ou não do art. 1007 do Código de Processo Civil no âmbito dos juizados, possibilitando que a parte venha a complementar eventual insuficiência de depósito recursal ou custas.

Sustenta que nos precedentes em que se trata de deserção por porte de remessa de mídia digital em recurso inominado, há neste E. Tribunal de Justiça tanto decisão em que se entende pela deserção sem possibilidade de recolhimento posterior, deixando de conhecer o recurso, como há decisão que entende tal circunstância como erro escusável, concedendo a possibilidade de recolhimento posterior, abrindo-se prazo de 48 horas para tanto, mormente no presente caso, em que não se constou na r. sentença informação sobre a necessidade de recolhimento de porte de remessa e a forma em que os depoimentos seriam remetidos ao tribunal, o que justificaria a necessidade do presente IRDR (fls. 09).

Determinada a distribuição do incidente ao Eg. Órgão Especial, distribuídos os autos por prevenção ao Exmo. Sr. Des. Aguilar Cortez, vieram os autos a mim conclusos, à época em substituição ocasional do Relator.

É o relatório.

Não admito o incidente.

Trata-se o processo de origem de ação de indenização por danos morais que condenou a Pafer Comércio de Alimentos Ltda. a pagar R$ 18.740,00 ao requerido Renato Rochwerger (fls. 231/234). Contra tal decisão se insurgiu a Pafer Comércio de Alimentos Ltda., interpondo recurso inominado que não foi conhecido, sendo julgado deserto pela ausência de porte de remessa e retorno referente à mídia digital (fls. 284/287). Em seguida, ingressou o requerente com o agravo de instrumento 0100101-84.2018.8.26.9000, aguardando julgamento pela 7ª Turma Cível.

Ainda inconformado, e sustentando haver divergência jurisprudencial sobre a questão, o requerente solicitou a instauração de Incidente de Recurso de Demanda Repetitiva (IRDR) (fls. 01/44).

Este incidente, entretanto, não pode ser admitido.

Isso porque, nos termos do art. 976 do Código de Processo Penal, para seu conhecimento exige-se que:

Acesso ao Sumário

"Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:"

"I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;"

"II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica."

Entretanto, conforme leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

"(...) a mera existência de algumas decisões em sentido contrário ao que vem majoritariamente se decidindo, pode não ser suficiente para colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica, ***porque se houver um entendimento amplamente majoritário sendo aplicado nas decisões sobre a mesma questão jurídica, a previsibilidade do resultado não estará sendo afetada de forma considerável,*** *não sendo, nesse caso, necessária a instauração do IRDR."* (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016. p.1594).

E é o que se verifica no presente caso, pois mesmo que já exista algum debate sobre a aplicabilidade do art. 1.007 do Código de Processo Penal no âmbito dos Juizados Especiais, e algumas poucas decisões oportunizando que a parte complemente o valor devido do porte de remessa de mídia digital antes de reconhecer a deserção, o entendimento majoritário neste E. Tribunal de Justiça é pelo não conhecimento do recurso, julgando-o deserto. A propósito:

"Recurso inominado – Deserção – Ausência de recolhimento do porte de remessa e retorno – Enunciado Cível nº 29 do CSSJE/TJSP – Incabível a concessão de prazo para complementação – Reclamação STJ nº 4.278/RJ – Enunciado nº 80 do FONAJE – Recurso não conhecido." (TJSP; Recurso Inominado 1000042-89.2015.8.26.0589; Relator: Hermano Flávio Montanini de Castro; Órgão Julgador: 3ª Turma Cível; Foro de Itu – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018)

"PROCESSO CIVIL – Juizados Especiais Cíveis – Recurso inominado – TEMPESTIVIDADE – Anteriores embargos de declaração que não se prestaram à interrupção do prazo para a interposição do recurso principal, ante a sua intempestividade – Recurso inominado interposto, por conta disso, após o termo final do prazo recursal de 10 dias, sem comprovação de qualquer outra causa suspensiva ou interruptiva – Contagem de prazos em dias úteis, prevista no Código de Processo Civil de 2015, incompatível com o macrossistema dos Juizados Especiais – Enunciado 165 do FONAJE – Intempestividade verificada – PREPARO RECURSAL – Enunciado 13 do I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital – Valor a ser recolhido de 1% sobre o valor da causa e mais 4% sobre o montante da condenação, observado o mínimo de 5 UFESP's para cada uma das referidas parcelas, sem prejuízo do porte de remessa e retorno, devido no caso concreto, em razão da

Acesso ao Sumário

existência de mídia digital, a despeito de ser o processo digital – Ausência de recolhimento do porte de remessa e retorno – Inaplicabilidade do artigo 1.007, § 2º, do CPC de 2015, conforme entendimento assente do Superior Tribunal de Justiça – Deserção – Recurso não conhecido." (TJSP; Recurso Inominado 1005240-12.2017.8.26.0016; Relator: Luís Eduardo Scarabelli; Órgão Julgador: Segunda Turma Cível; N/A – N/A; Data do Julgamento: 20/02/2018; Data de Registro: 20/02/2018).

"Agravo de instrumento. Processo digital. Porte de remessa e retorno dos autos. Necessidade de recolhimento, à vista da existência de mídia. Pressuposto objetivo. Recurso inominado não recebido, em razão da deserção, bem reconhecida. Agravo conhecido e não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 0100417-28.2017.8.26.9002; Relatora: Fabiana Pereira Ragazzi; Órgão Julgador: 2ª Turma Recursal Cível e Criminal; Foro de Guarujá – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2018; Data de Registro: 02/02/2018).

Tanto é que o Enunciado 13 do I Encontro do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Capital reconhece a necessidade de pagamento do preparo:

"O preparo no juizado especial cível, sob pena de deserção, será efetuado, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição do recurso e deverá corresponder à soma das parcelas previstas nos incisos I e II do art. 4º da lei n. 11.608/03, sendo no mínimo 5 ufesp's para cada parcela, em cumprimento ao artigo 54, parágrafo único, da lei n. 9.099/95".

E, ainda, na mesma toada, o Enunciado 80 do FONAJE:

"O recurso Inominado será julgado deserto quando não houver o recolhimento integral do preparo e sua respectiva comprovação pela parte, no prazo de 48 horas, não admitida a complementação intempestiva (art. 42, § 1º, da Lei 9.099/1995) (nova redação – XII Encontro Maceió-AL).

Não bastasse, o **Enunciado 168 do FONAJE reconhece a inaplicabilidade do Art. 1.007 do Código de Processo Penal aos recursos dos juizados especiais: *"ENUNCIADO 168 – Não se aplica aos recursos dos Juizados Especiais o disposto no artigo 1.007 do CPC 2015"***.

Portanto, existe claramente um entendimento majoritário a respeito da questão aqui debatida, não havendo o requisito exigido pelo art. 976 do Código de Processo Penal, e, uma vez previsível o resultado de se julgar deserto o recurso pelo não recolhimento do porte e de remessa em decorrência da existência de mídia digital, não há que se falar em risco a isonomia e a segurança jurídica, sendo certo que, repise-se, não é a mera existência de algumas decisões em sentido contrário ao que majoritariamente vem se decidindo, que se viabiliza a admissão do IRDR.

A propósito, já decidiu este C. Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

"Incidente de Assunção de Competência – Requerimento formulado com fulcro no Artigo 947 do Código de Processo Civil – Alegada insegurança jurídica causada pela divergência jurisprudencial sobre a aplicação da Súmula n. 05 desta C. Corte de Justiça – Exame de admissibilidade – Ausência dos requisitos legais exigidos para o processamento do incidente – Matéria objeto de múltiplos recursos com entendimento consolidado pela edição da súmula referida – Não demonstrada pela requerente a alegada divergência jurisprudencial sobre o tema nesta C. Corte de Justiça – Incidente que não pode ser utilizado para resolução do caso pontual da requerente, que está pendente de apreciação em sede de agravo de instrumento – Incidente não admitido – Não se conhece do incidente."(TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2124711-53.2017.8.26.0000; Relatora: Márcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Unificado – N/A; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 26/09/2017).

Assim, trata-se de questão de fato, particularizada, não sendo propriamente questão de direito a possibilidade ou não de neste caso proceder o recolhimento posterior do porte e remessa referente ao envio da mídia digital, o que pode ser enfrentado por recurso próprio, mas não justifica a instauração de IRDR.

Conclui-se, assim, que está ausente o requisito exigido pelo art. 976, II do Código de Processo Penal, indispensável para o processamento do presente recurso, este não pode ser conhecido.

Posto isto, pelo meu voto, NÃO ADMITO o incidente.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024016-26.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante J.R.S. (MENOR), é apelado P. DE J. V. I. E J. DE B.

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 38540)**

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, 16 de julho de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Decano em exercício e Relator

Ementa: Apelação – Ato infracional equiparado ao artigo 33, 'caput', da Lei nº 11.343/06 – Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente internação, por prazo indeterminado – Insurgência – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria induvidosas – Infração grave, equiparada a crime hediondo – Ademais, trata-se de hipótese em que a internação, a toda evidência, é recomendada ante as desfavoráveis condições pessoais do jovem – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo adolescente J.R.S., nascido em (...), contra r. sentença que julgou procedente a representação e lhe aplicou internação, por prazo indeterminado, pela prática de ato infracional análogo ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 125/132).

Inconformada, recorre a defesa, alegando, em apertada síntese, a insuficiência do conjunto probatório e insurge-se, outrossim, contra a medida

socioeducativa aplicada (fls. 178/187).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 191/203), mantida a r. sentença (fl. 204) opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do inconformismo (fls. 220/223).

É o relatório.

Extrai-se da inicial que no dia (...), na Rua (...), (...), (...), J.R.S., guardava, no chão próximo a uma "moita", para posterior venda, 12 porções de *crack* e 3 de *maconha*, devidamente acondicionadas e prontas para venda, perfazendo, respectivamente, 4,0 e 2,5 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Respeitadas as alegações da defesa, as provas produzidas autorizam a procedência da representação, tal como formulada.

A materialidade e autoria ficaram suficientemente demonstradas a partir do boletim de ocorrência nº (...) (fls. 6/8), termos de depoimentos (fls. 81 e 86), auto de exibição e apreensão (fls. 9 e 10), bem como pelos demais elementos informativos de convicção trazidos a cotejo.

O policial militar D.A.S. informou que: *'... estávamos em patrulhamento e nos deparamos com o adolescente abaixado em uma moita e só tinha aquela moita no local. Ele correu ao avistar a gente, mas foi alcançado e abordado. Na busca pessoal, não foi achado nada. Quando voltamos, achamos maconha e crack escondidas na moita. O adolescente falou que não era dele. O local é caminho para ponto de venda e fica entre a (...) e a (...). As drogas estavam divididas para a venda. Eu não lembro se ele tinha dinheiro'*. (fl. 81). O Policial Militar R.A.S. depôs no mesmo sentido (fl. 86).

Registre-se que depoimentos de policiais podem ser utilizados como meio de prova seguro, mormente quando não existem nos autos elementos que possam desacreditá-los e tampouco indícios de que quisessem prejudicar o representado, atribuindo-lhe falsamente a prática de ato infracional.

Sobre a validade do depoimento de policial, doutrina e jurisprudência já estão consolidadas com o entendimento de que este tem o mesmo valor de que qualquer outro testemunho, desde que aufira credibilidade.

Nesse sentido, já se posicionou o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *'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. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.'* (REsp 604.815/BA, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma).

Seria contraditório o Estado selecionar pessoas para integrarem o quadro da Polícia e depois esvaziar totalmente de credibilidade seus depoimentos

Acesso ao Sumário

quando agem no cumprimento de seu dever. Assim já decidiu o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.608-0.

Neste passo, a perpetração do grave ato infracional, *de per si*, revela a vulnerabilidade comportamental do jovem a merecer especial atenção do Estado. E, ademais, *in casu*, as circunstâncias pessoais militam em seu desfavor. Não se olvide que se trata de jovem que já foi submetido a medida socioeducativa por envolvimento em ato infracional análogo (Proc. n. 0021266-39.2014.8.26.0071).

Como exposto, a aplicação da medida levou em conta não apenas a gravidade abstrata do delito, mas também as condições pessoais do jovem.

Bem anotou o MM. Juiz de Primeira Instância: *'Realizado estudo, verificou-se que o adolescente estava matriculado no 1º ano do ensino médio, desde (...), e frequentou apenas 02 dias (fls. 75). Trabalhou informalmente em feira livre, vendendo sabão e cuidando de cavalos. Durante a internação na Fundação Casa, frequentou cursos de panificação, confeitaria básica e intermediária. Iniciou o uso de maconha aos 11 anos de idade, mas interrompeu durante período de cumprimento de medida de internação. Sua genitora e padrasto já fizeram uso abusivo de álcool. Foi apreendido em 2014, por tráfico de drogas, cumpriu medida socioeducativa de internação por 01 ano e 08 meses, recebeu progressão para a medida de liberdade assistida, mas descumpriu. Novamente apreendido, cumpriu medida de internação, progrediu para a medida liberdade assistida e compareceu em 02 atendimentos. Questionado sobre o prolongamento da medida de internação, esclareceu que teve problemas de comportamento, estava estressado, hiperativo, ansioso e provocava os demais internos. Foi apreendido por furto e tráfico, sendo liberado nas duas ocasiões." (...) "O adolescente possuía tatuagens de flores de lótus, carpas, palhaço e duende segurando folha de maconha (fls. 77)'*
(fl. 131).

Decerto que a medida não só o afastará das más companhias, como também lhe propiciará receber tratamento adequado, além de fazê-lo refletir acerca da conduta infracional perpetrada, com vistas à sua socialização.

De qualquer modo, o ora apelante será reavaliado, podendo obter reversão da medida se vier demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, eventual progressão poderá ser determinada no curso da execução.

Vale frisar ainda, por fim, que não há exigência legal da prática de, no mínimo, três atos infracionais graves, para que se permita a internação na forma estabelecida no inciso II, do artigo 122, da Lei 8.069/90.

Do exposto, **nego** provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1044841-91.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes E. DE S. P. e J. E. O., é apelado F.J.O.S. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso e, em face da falta de interesse de agir, julgaram extinto o processo, sem julgamento do mérito (art. 485, VI do CPC). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.006)**

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, 16 de julho de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: INTERESSE DE AGIR.

Ausente na modalidade necessidade, quanto a cadeira de rodas motorizada com controle para cuidador, uma vez que o menor sempre fez uso de cadeira de rodas comum.

Provido o recurso para julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, por falta de condição da ação (art. 485, VI do CPC).

VOTO

1. Trata-se de **apelo** de sentença (fls. 83/86) de procedência em **ação de obrigação de fazer** (fls. 01/24) ajuizada pelo menor F.J.O.S. (nascido em (...)), portador de "anóxia perinatal, paralisia cerebral e deficiências físicas permanentes" (CID G80.3), para compelir a ré ao fornecimento de cadeira de rodas motorizada com controle para cuidador, condicionada a reapresentação de receita semestralmente.

Sustentou a FESP, a falta de interesse de agir. Equipamento não padronizado pela rede pública de saúde. Ausência de negativa no fornecimento. Existência de serviços habilitados pelo Ministério da Saúde para assistência de pessoas com deficiência física. Equipamento prescrito por médico particular. Daí a reforma (fls. 93/96).

Acesso ao Sumário

Sem resposta (fl. 105).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 113/120).

É o relatório.

2. Por falta de interesse de agir, julga-se extinto o processo, sem julgamento de mérito (art. 485, VI do CPC).

Trata-se de inconformismo de r. sentença (fls. 83/86), julgando procedente **ação** (fls. 01/24) para fornecer cadeira de rodas motorizada com controle para cuidador a enfermo hipossuficiente.

Ao lado da **legitimidade** e **da possibilidade jurídica do pedido**, o **interesse de agir** é apontado como uma das condições da ação.

E há **interesse de agir**, quando *"... configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto"* (**FREDERICO MARQUES** – "Manual de Direito Processual Civil" – vol. I – 1.975 – Ed. Saraiva – nº 137 – p. 159/160).

É preciso, acrescentam **ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO**, *"... pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja necessária e* ***adequada****"* ("Teoria Geral do Processo" – Ed. Revista dos Tribunais – 1.984 – p. 222/223).

Efetivamente **há**, no caso dos autos, **interesse de agir**, especificamente quanto ao atributo **necessidade**, ou seja, *"... a impossibilidade de se obter o alegado direito sem a intercessão do Estado..."* (**CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO** – op. cit. – p. 223).

Com efeito, no caso dos autos, a cadeira de rodas pleiteada não é padronizada pelo sistema público de saúde, havendo serviços habilitados nas Unidades da Rede de Reabilitação Lucy Montoro, onde o menor **já foi contemplado** com a cadeira de rodas comum que já faz uso (fls. 32 e 97).

Acesso ao Sumário

Demais disso, referida instituição justificou a não disponibilização do equipamento pleiteado:

> *"uma vez que a cadeira de rodas motorizada deve atender as necessidades do paciente, e não do cuidador. O referido paciente, já possui Cadeira de Rodas convencional devidamente adaptada para atender suas necessidades, dispensada por este serviço"* (fl. 98).

Observo que o motivo para aquisição do equipamento destina-se *"Para longas distâncias, lazer"* e *"Para a cuidadora impulsionar pelo paciente"* (fl. 100).

Não há justificativas para não se valer o autor dos serviços de saúde já

prestados pelo Estado.

Daí a **falta de** interesse de agir na modalidade necessidade.

Impõe-se reconhecer a carência de ação quanto ao ponto (art. 330, III, do CPC).

Daí a **extinção** da demanda, sem julgamento de mérito, por falta de condição da ação (art. 485, VI do CPC).

Mais não é preciso acrescentar.

3. Dou provimento ao recurso e, em face da falta de interesse de agir, julgo extinto o processo, sem julgamento do mérito (art. 485, VI do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003187-72.2016.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante W.S.C., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE 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 37.985)**

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, 16 de julho de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

Assunto e julgamento. Genitor sem condições de exercer de forma adequada a paternidade das crianças, abrigadas desde 2015. Abandono material e afetivo. Genitora falecida no curso do processo. Sentença de procedência.

Prova. Elaboração de laudos técnicos e avaliação psicossocial desfavoráveis ao genitor, ratificados pela prova testemunhal.

Objeto do recurso. Pretensão de reforma da decisão,

Acesso ao Sumário

sob o argumento de que o genitor possui condições de desempenhar a contento o poder familiar.

Adequação da medida imposta. Circunstâncias dos atos e condições pessoais dos menores. Elementos recomendam a medida adotada. Crianças inseridas em família substituta. Interpretação do princípio do melhor interesse da criança.

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** interposta por W.S.C. contra a sentença (fls. 122/124 e 166) que o destituiu dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar dos filhos menores W.G.S.C. e S.G.S.C. (nascidos em (...) e (...), sucessivamente), ajuizada a requerimento do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Inconformado, requereu, em suma, a reforma da sentença com a improcedência dos pedidos da inicial para não ser destituído do poder familiar, bem como lhe seja concedida a guarda definitiva dos filhos (fls. 125/128).

Recebido o recurso, manteve-se a decisão (fl. 174). Apresentadas as contrarrazões (fls. 179/182). Opinou a Douta Procuradoria Geral do Estado pelo não provimento do recurso (fls. 188/196).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Os artigos 1.630 e 1.634, do Código Civil e 21 e 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conferem aos pais o **poder familiar** sobre os filhos menores, elencando os direitos e deveres deles decorrente.

Igualmente, ambos os diplomas legais trataram da **perda** de tal prerrogativa nos casos de omissão ou abuso no desempenho da obrigação, como disposto nos artigos 1.637 e 1.638 da Lei civil e artigo 24 do ECA.

Ao contrário do alegado, as avaliações psicossociais foram precisas e detalhadas, relatando a situação de vulnerabilidade social da família em questão, bem como o cenário psíquico negativo do apelante.

Com efeito, o **laudo psicossocial** (fls. 70/76) apontou parecer **desfavorável** ao retorno dos menores aos cuidados da família biológica, sobretudo pela ausência de estrutura adequada, comportamento agressivo do apelante e, ainda, as evidências de uso e manutenção de entorpecentes.

Os fatos foram confirmados, em juízo, pelas testemunhas (mídia – audiovisual).

A testemunha V.C.L., sustentou que as crianças estavam abrigadas há aproximadamente dois anos e meio e que nesse período o apelante fazia visitas

Acesso ao Sumário

regularmente. Declarou que algumas visitas eram tranquilas outras tumultuadas. Alegou que o apelante, em algumas ocasiões, era muito "questionador" e agressivo, confirmando uma agressividade verbalizada. Sustentou que no período em que o apelante visitou os menores não vislumbrou em nenhum momento a possibilidade de reaver a paternidade. Confirmou que as crianças foram colocadas em família substituta de forma positiva e que se encontram bem e felizes, porém o contato foi realizado apenas no período de convivência. Por fim, declarou que, com base na experiência profissional, quando uma criança é acolhida, colocada em família substituta e novamente reinserida na família biológica, todo esse procedimento, cria um trauma na criança.

A testemunha S.M.B., declarou que tomou conhecimento do caso através do cumprimento do estudo social determinado. Alegou que constava nos autos uma denúncia anônima ao Conselho Tutelar, onde as crianças eram maltratadas e negligenciadas por pais usuários de drogas. Sustentou que o Conselho foi até a residência onde constatou que a casa encontrava-se bastante suja e desorganizada e, também, havia o relato das crianças que eram muito agredidas pelo genitor. Sustentou que na entrevista de acolhimento, o casal admitiu o uso de drogas, porém informaram que estavam inseridos no atendimento do Centro de Atendimento Psicossocial em drogadição. Sustentou que o apelante frequentava esporadicamente e teve uma resistência em aderir ao tratamento. Declarou que C.C.S.N., genitora dos menores, confirmou que o apelante era uma pessoa violenta, que tanto ela quanto as crianças sofriam violências e agressões. Afirmou que todo o esforço do Conselho era para os menores voltarem à família, o que não foi possível. Diante das condições sociais e a resistência do genitor, bem como o fato das crianças estarem aproximadamente dois anos abrigadas e perdendo a infância dentro da instituição de acolhimento, entenderam que o melhor interesse dos menores seria inseri-los em família substituta. Sustentou que o apelante não tinha condições de exercer de forma adequada e respeitosa a paternidade das crianças.

A genitora dos menores faleceu no curso do processo (fl. 119).

Deste modo, resta claro que a inserção à família biológica, sob a guarda do apelante, **não** atende ao princípio da **proteção integral** nem ao superior **interesse dos menores**, preceitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001014-

87.2017.8.26.0498, da Comarca de Ribeirão Bonito, em que é apelante C.S.M.J. (MENOR), é apelado P. DE J. V. I. E J. DE R. B.

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 48369)**

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, 20 de agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME PREVISTO NO ENTÃO VIGENTE ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. MANUTENÇÃO. INFRAÇÃO COMETIDA MEDIANTE GRAVE AMEAÇA E EM CONCURSO DE PESSOAS. NECESSIDADES PEDAGÓGICAS, MÁS CONDIÇÕES PESSOAIS E GRAVIDADE EM CONCRETO DA INFRAÇÃO CONSIDERADAS. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

É apelação interposta pelo adolescente C.S.M.J. contra a sentença a fls. 182/186, que julgou procedente representação oferecida pelo Ministério Público, reconhecendo a prática do ato infracional equiparado ao crime previsto no então vigente art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal e aplicou-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Acesso ao Sumário

O recorrente impugna a aplicação de medida socioeducativa de internação, pois tem respaldo familiar, estuda e trabalha e a prática da infração foi isolada, motivada por influência de terceiro. Sustenta que a medida é extrema e desproporcional. Pretende o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, substituindo-se a medida de internação pela de liberdade assistida (fls. 198/202).

Apresentadas contrarrazões a fls. 219/221, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 229/232).

É o relatório.

Consta da representação que, em (...), por volta da (...) horas, na Rua

(...), nº (...), (...), na cidade de (...), os adolescentes S.O.G., vulgo (...), H.W.S. e C.S.M.J., em concurso de pessoas e identidade de desígnios, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a quantia aproximada de R$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) em dinheiro, pertencente ao estabelecimento comercial (...), um aparelho celular (...), pertencente a R.D.G., e quatro aparelhos celulares pertencentes a T.R.O.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, que reconheceu a autoria e a materialidade do ato infracional equiparado ao crime previsto no então vigente art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e aplicou ao recorrente medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 182/186).

O recorrente insurge-se, exclusivamente, contra a medida socioeducativa de internação aplicada, considerando-a desproporcional e excessivamente gravosa.

O recurso, porém, não comporta provimento.

Conforme os arts. 100, caput e parágrafo único, VIII, e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da aplicação das medidas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como os princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária. E, nos termos do artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *"a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*.

In casu, o ato infracional praticado é grave, gera repercussão e intranquilidade sociais, comprometendo significativamente a ordem pública, pois foi praticado mediante grave ameaça a mais de uma pessoa, com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas (art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Além do mais, conforme relatório de diagnóstico polidimensional da Fundação CASA (fls. 207/209), o adolescente estuda à noite, mas passa o dia ocioso, porque não trabalha e não pratica qualquer outra atividade, é usuário de maconha, pratica infração contra o patrimônio para pagar as dívidas decorrentes da compra de drogas e não tem respaldo familiar suficiente.

Assim, diante da gravidade em concreto da infração e das más condições pessoais do adolescente, a medida socioeducativa de internação é a mais recomendável e melhor garantirá os interesses da recorrente, pois não pode ser vista unicamente como medida privativa de liberdade, mas também como possibilidade de oferecer ao adolescente o acesso a valores sociais positivos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014464-91.2017.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.H.S. (MENOR), é apelado P. DE J. DA 3 V. E. DA I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 39.070)**

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, 20 de agosto de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Presidente da Seção de Direito Público e Relator

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

Imputação e julgamento. Condutas equiparadas aos crimes de roubo triplamente majorado (art. 157 § 2º, I, II e V, do Código Penal) e tráfico de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Sentença acolhendo a representação aplicou a medida de internação.

Objeto do recurso. Pleito de improcedência em face da fragilidade probatória ou afastamento das majorantes de uso de arma e restrição da vítima e, subsidiariamente, a substituição da medida imposta por outra em meio aberto ou semiliberdade.

Prova do crime de roubo triplamente majorado. Apreensão em flagrante e na posse de parte das *res furtiva*, confissão em oitiva informal, reconhecimento pelas vítimas, e demais elementos de convicção, dão lastro ao acolhimento da representação. Suficientemente evidenciadas autoria e materialidade.

Quanto ao tráfico: ausência de laudo toxicológico – Laudo de constatação provisório não substitui o definitivo – Absolvição. Adequação da medida, já em cumprimento. Roubo triplamente: Ato infracional grave – Admissível a medida aplicada de acordo a lei (art. 112, inc. VI, § 1º, do ECA).

Acesso ao Sumário

Recurso em parte provido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de **apelação** interposto pelo jovem M.H.S., contra sentença (fls. 95/98) que acolheu a representação e lhe aplicou medida socioeducativa de internação, por prática de atos infracionais equiparado ao crime de roubo triplamente majorado e tráfico de entorpecentes, tipificados, respectivamente, no art. 157 § 2º, I, II e V, do Código Penal e art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

A defesa, em síntese, requereu a improcedência da representação em face da fragilidade do conjunto probatório. Subsidiariamente, pugnou pelo afastamento das majorantes de uso de arma e restrição da vítima, bem como sustentou a inadequação da medida aplicada devido às condições pessoais do então adolescente, requerendo a substituição por outra em meio aberto ou semiliberdade (fls. 102/122).

Recebido o apelo sem efeito suspensivo (fl. 123), vieram as contrarrazões (fls. 126/135). Manteve-se o ***decisum*** (fl. 136). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 152/161).

É o relatório.

2. Fundada, em parte, a pretensão recursal.

Segundo consta, em (...), por volta das (...), na Rua (...), n. (...), na Comarca de (...), o recorrente, agindo previamente ajustado e em concurso com os maiores imputáveis, D.A.C., J.E.F.S., J.N.R.S., T.S.B., G.F.S., R.N.S. e L.N.B. e outros indivíduos não identificados, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo e restrição de liberdade das vítimas, subtraiu, para proveito comum, diversos bens, além de dois veículos (...), placa (...) e (...), placa (...), pertencentes aos ofendidos.

Consta ainda do incluso expediente que no dia (...), pouco após as (...), na Rua (...), n. (...), na Comarca de (...), o adolescente M.H.S., agindo em concurso e unidade de propósitos com os maiores imputáveis G.F.S., D.A.C., R.N.S. e L.N.B., mantinha em depósito, para a entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, 243 pinos de cocaína e 48 porções de ***"Cannabis sativa L"***, vulgarmente conhecida como maconha, substâncias entorpecentes causadoras de dependência física e psíquica, assim agindo sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

De acordo com o artigo 152, ***caput***, do ECA:

> *"... aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente".*

Em se tratando de tráfico de drogas, o procedimento subsidiariamente

aplicável à espécie é o da lei de regência (art. 48 e seguintes da Lei nº 11.343/06).

Nos termos do artigo 50, § 1º, da Lei nº 11.343/06, para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante (e, por conseguinte, do auto de apreensão de adolescente) e estabelecimento da materialidade do delito, *"... é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea"*.

Entretanto, o laudo de constatação, de natureza provisória, **não** substitui a perícia definitiva. Dois são os laudos necessários, o de constatação e o definitivo, este último **imprescindível** para a comprovação da materialidade e tipicidade do delito.

Nesse sentido:

"... a prova da materialidade do crime se faz com exclusividade por intermédio do exame químico-toxicológico. Não pode ser suprida pela confissão do acusado, nem pelo laudo preliminar de constatação, nem pela prova testemunhal" (**DAMÁSIO DE JESUS** – "Lei Antitóxicos Anotada" – Editora Saraiva – 7ª Edição, 1999, pág. 143).

Esse é, de fato, o entendimento consolidado no **C. Superior Tribunal de Justiça:**

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO. I – A jurisprudência desta Corte recentemente pacificou o entendimento no sentido de ser ***imprescindível*** ***a juntada do laudo toxicológico definitivo para a configuração do delito de tráfico, sob pena de absolvição por ausência de comprovação de materialidade delitiva.*** *II – 'Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes' (HC n. 350.996/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 29/8/2016). III – In casu, a ressalva não se enquadra na hipótese vertente, porquanto não há informação, no v. acórdão recorrido, de que o laudo preliminar detinha os caracteres de definitivo, notadamente no sentido de atestar a qualificação acadêmica dos profissionais que o elaboraram e a natureza do material apreendido. Agravo regimental desprovido".* (grifei – AgRg no REsp 1584209/MG – DJe de 30.11.16 – Rel. Min. **FELIX FISCHER**).

"AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. IMPRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. ***É entendimento majoritário, no âmbito deste Sodalício, de que o laudo toxicológico definitivo se mostra imprescindível à condenação pelo delito de Tráfico Ilícito de Entorpecentes.*** *NULIDADE DA SENTENÇA PARA REALIZAÇÃO*

Acesso ao Sumário

DE PERÍCIA DEFINITIVA. TESE NÃO ENFRENTADA PELA CORTE LOCAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. 2. A tese levantada no especial, bem como no agravo regimental, de que não caberia, de plano, a absolvição dos acusados, mas antes, a nulidade da sentença com a determinação de juntada de laudo toxicológico definitivo, para que outra decisão fosse proferida, não foi apreciada pela Corte de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração, o que impede, por ausência de prequestionamento, o seu exame pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag nº 1350143/GO – DJe de 07.11.11 – Rel. Min. **JORGE MUSSI**).

No presente caso, da análise dos autos, verifica-se que o **laudo definitivo não** foi encartado ao processo.

De mais a mais, observa-se que o **laudo provisório** juntado aos autos (fls. 49/50) **não** foi elaborado em laboratório, tampouco por peritos oficiais, não admitindo, portanto, grau de certeza idêntico ao definitivo.

Neste panorama, e salientando que a solução advinda pelo gravíssimo ato infracional por aqui tratado não pode vir lastreada apenas no laudo de constatação provisória, a **absolvição relativa a conduta de tráfico de entorpecentes** é medida que se impõe (art. 189, II, do ECA).

Diferentemente, a **materialidade** do roubo deriva, de forma segura, por boletim de ocorrência (fls. 11/24), pelos autos de prisão em flagrante delito e apreensão de adolescente (fls. 25/42), de reconhecimento (fls. 43/44), de exibição e apreensão (fls. 45/48), exibição, apreensão e entrega (fls. 51/59), de avaliação (fls. 60/67) laudo pericial (fls. 144/145), bem como pela prova oral.

O então adolescente, apreendido em flagrante e em poder de parte da ***res furtiva***, na delegacia, em inquirição informal e em juízo, optou por permanecer em silêncio (fls. 03, 34 e 72/73).

Apesar do silêncio do recorrente, o conjunto probatório é coerente e coeso, em especial, considerando os depoimentos das vítimas e do policial, os quais se mostraram suficientes para respaldar a procedência da representação.

A **vítima**, A.L.N., sob o crivo do contraditório, **reconheceu** o adolescente como sendo um dos quatro indivíduos, dois armados, que, em concurso, praticou o ato infracional. **Confirmou**, ainda, o **uso de arma** e a **restrição de liberdade.**

O ofendido D.S.R.L., em juízo, confirmou os fatos conforme descritos na exordial e, apesar de em audiência ter reconhecido pessoa diversa, **na delegacia, no calor dos acontecimentos, reconheceu o adolescente** como sendo um dos assaltantes.

Com efeito, os ofendidos declararam que, no dia dos fatos, estavam na sala de sua residência, quando foram abordados pelo adolescente e outros quatro indivíduos, dois armados com revólveres, anunciaram o assalto, restringiram-lhes a liberdade trancando-os no quarto, subtraíram vários objetos, dinheiro e se

Acesso ao Sumário

evadiram. Alfredo declarou que um vizinho acionou a polícia. (fls. 18/19 e 57).

Como é de reiterada afirmação neste Tribunal de Justiça, a tradicional experiência judicante alberga o prudente critério de prestigiar, ***ut in pluribus***, a **palavra da vítima**, fidedigna, de comum, por sua isenção ordinária.

Assim entende o Eg. **Superior Tribunal de Justiça:**

> *"... nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios"* (AgRg no AREsp 865.331/MG – DJe de 17.03.17 – Rel. Min. **RIBEIRO DANTAS**).

Se mais fosse necessário, o policial militar S.O.L. **confirmou** a apreensão do menor em flagrante e em poder de parte das ***res furtiva***. A testemunha disse que, foi acionada via COPOM sobre o roubo em residência e passou as características dos veículos subtraídos e do furgão dos agentes. Em patrulhamento, visualizou o furgão sendo abastecido em um posto de gasolina. Abordado, o condutor confessou e indigitou os demais comparsas, dentre eles o representado. Dirigiram-se à residência onde se encontravam os demais assaltantes, e os detiveram. Acrescentou que no local encontrou uma arma de fogo e drogas. Disse que o menor foi encaminhado à Delegacia, onde as vítimas o reconheceram como sendo um dos assaltantes (fls. 90 e 98 – mídia digital).

Por oportuno, inexiste qualquer fato que coloque em suspeição o depoimento do policial militar, o qual presta serviço de extrema relevância à sociedade e não possui, na questão em julgamento, qualquer motivo para incriminar falsamente o apelante.

Sobre a **validade dos depoimentos prestados por policiais** já se posicionou o **Colendo Superior Tribunal de Justiça:**

> *"(...) 2. 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. 3. Ordem denegada"* (HC nº 115516/SP – DJe de 03.02.09 – Relª. Minª. **LAURITA VAZ**).

Não há indício de falsa acusação policial, tampouco motivo para descabida incriminação da vítima, sendo o **conjunto**, **firme** e **suficiente** para o acolhimento da representação, tal como lançada na origem.

Se mais fosse necessário, tratando-se de infração patrimonial, a **apreensão do adolescente** em **poder da *res*** implica em presunção de responsabilidade, nada sendo comprovado em seu favor.

Acesso ao Sumário

Descabido afastar majorante (art. 157, § 2º, I, do CP), ainda que não apreendidas as armas de fogo, já que **comprovada** sua utilização pela prova oral.

Desafetou o **Superior Tribunal de Justiça** o Tema 991. De outra parte, as medidas socioeducativas não possuem caráter sancionatório, mas sim finalidade de ressocialização, sendo irrelevante, para sua aplicação, a configuração ou não de causa de aumento de pena.

Também não há como desconsiderar a majorante de restrição de liberdade das vítimas devido ao curto lapso temporal da conduta. Caso se prolongasse demasiadamente, configurar-se-ia sequestro ou cárcere privado.

Neste sentido:

> *"2. A causa de aumento prevista no artigo 157, 2º, V do CPB demanda, tão somente, por sua incidência, a restrição da vítima, que, uma vez caracterizada a exasperação de reprimenda de um terço até a metade. Não é feita qualquer menção ao lapso temporal necessário de tal restrição, bastando para fins de subsunção ao tipo circunstanciado, a efetiva privação da liberdade, necessária à prática do delito roubo, tal como configurada na espécie. (...)."* (**STJ** – AgRg no REsp 1020270/RS – DJe 13.10.2009 – Rel. Min. **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**).

Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada – **internação**.

Além da gravidade abstrata do ato infracional, as **condições pessoais** do apelante são **desfavoráveis**.

O jovem possui **passagens** pela Vara da Infância e Juventude, pela prática dos atos infracionais análogos ao **tráfico de drogas e roubo** (fls. 05/09). Ele voltou a delinquir, envolvendo-se em ato infracional **gravíssimo**, não possuindo juízo crítico de suas atitudes equivocadas, demonstrando periculosidade e personalidade voltada à prática criminosa, o que torna **impossível** o afastamento da medida aplicada.

De mais a mais, no **relatório polidimensional**, elaborado por profissionais da Fundação Casa, a Equipe Multiprofissional observa que o adolescente:

> *"(...) interrompeu os estudos há três meses no 1º do Ensino Médio, (...) verbaliza que há dois anos vem cometendo ações delituosas. Informa que é usuário de **Cannabis Sativa** cerca de 3 anos, (...). Em relação ao envolvimento infracional, denota infraestrutura infracional ao se expressar generalizando seu dia externamente porém necessita de acompanhamento mais assertivo sobre regras sociais. (...) o jovem apresentou imaturidade em avaliar os riscos de sua conduta, apesar de referir arrependimento, indica crítica prejudicada durante os seus relatos".*
> Os Técnicos concluíram que *"compreende-se que M.H. necessite de encaminhamentos que o insiram em atendimentos sistemáticos, os quais possam trabalhar sua capacidade crítica, bem como desenvolvimento de*

Acesso ao Sumário

sua responsabilidade" (fls. 83/88).

Verifica-se, portanto, que nenhum dos familiares conseguiu firmar-se perante o adolescente, buscando evitar, assim, sua opção por caminhos equivocados, restando, pois, patente o grave desvio comportamental, o que revela a inadequação de medidas em meio aberto para o alcance da ressocialização.

Diante das circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo, a medida socioeducativa de **internação** é a mais adequada ao caso concreto e dará ao jovem a necessária orientação pedagógica, visando, ainda, sua proteção integral.

O menor será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto respeitado os limites do **art. 121, parágrafos 3º e 5º, do ECA.**

Prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

3. Dou provimento, em parte, ao recurso.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1014168-84.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que são apelantes MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado I.N.L. (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 reexame necessário e deram provimento ao recurso do Município, nos termos que constarão no acórdão, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46334)**

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, 2 de julho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

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 UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ART. 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. VEDAÇÃO LEGAL À CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE E RECURSO DO MUNICÍPIO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação do Município de Santo André, nos autos do mandado de segurança impetrado por I.N.L., representada por sua genitora, contra ato praticado pela Secretária de Educação do Município de Santo André. A r. sentença de fls. 95/98, cujo relatório se adota, concedeu a segurança, confirmando a medida liminar (fls. 36/38), para manter a criança na creche solicitada pela parte ou em creche municipal próxima a sua residência, em período integral, condenando, ainda, o Município ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

O Município de Santo André interpôs recurso de apelação, para que se exclua a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, descabida em caso de mandado de segurança (fls. 115/117).

Decorrido o prazo sem apresentação de contrarrazões, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 145/148).

É o relatório.

Além do recurso de apelação da municipalidade, há reexame necessário conforme o disposto no art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

O 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*

Acesso ao Sumário

DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas*

Acesso ao Sumário

concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a 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

Acesso ao Sumário

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 Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1.* In casu*, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas. 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da* vexata quaestio *pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado. 4. Agravo Regimental não provido"* (AgRg no REsp n. 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

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 art. 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 art. 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Esta Câmara Especial já decidiu, em caso análogo, nos seguintes termos: *"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 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 que *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*.

É dever, portanto, do Município gerir seus recursos com eficiência, a fim de garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitarem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pelo impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

A matrícula da criança foi efetivada na unidade educacional apontada na inicial, no curso da demanda (Creche Professora Esther Moura Barreto). Lá é assegurada a sua permanência. No caso de eventual necessidade da Administração Pública, poderá providenciar vaga em outra instituição de ensino próxima da residência da criança. Será, porém, responsabilizada pelo transporte gratuito do interessado na hipótese de a nova unidade eleita situar-se a mais de dois quilômetros.

De resto, o art. 25 da Lei nº 12.016/2009 veda, expressamente, no mandado de segurança, a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, ressalvada a aplicação de sanções em casos de litigância de má-fé. Nesse sentido, o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 105: *"Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios"*) e do Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 512: *"Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança"*). Desse modo, de rigor a exclusão da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais imposta ao município.

Pelo exposto, dou provimento em parte ao reexame necessário e provimento integral ao recurso do Município para os fins acima explicitados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1000554-45.2018.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que são apelantes MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado E.D.G.S.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 46864)**

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, 2 de julho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ARTIGO 208 , IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário, nos autos de mandado de segurança impetrado por E.D.G.S.A. representado por sua genitora, contra ato do Prefeito do Município de Embu das Artes e Secretário de Educação do Município de Embu das Artes. A r. sentença de fls. 54/56, cujo relatório se adota, concedeu a segurança para, tornando definitiva a liminar, determinar que a autoridade impetrada providencie a matrícula da criança em estabelecimento de educação infantil.

Irresignada, a Municipalidade apelou da sentença (fls. 59/71), alegando que a classificação da criança na lista de espera justifica que outras crianças

inscritas tiveram preferência na classificação diante da situação familiar vivida. Aduz que o Poder Judiciário não se pode suplantar as decisões administrativas, retirando do Poder Público não só a prerrogativa, mas o dever se analisar, por seus órgãos especializados, a adequação dos mesmos ao ensino de qualidade que se busca garantir. Acrescenta que as normas previstas no art. 205 da Constituição Federal são de eficácia limitada e de conteúdo programático, não sendo dotadas de autoaplicabilidade, bem como que o Poder Judiciário não pode se tornar co-gestor dos recursos destinados à educação pública municipal. Ainda, aduz que se deve observar os limites estabelecidos pela CF e regulamentados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece normas de finanças públicas. Invoca os Princípios da Separação dos Poderes e o da Reserva do Possível. Por fim, requer o provimento do recurso, para que seja reformada a r. sentença.

Apresentadas contrarrazões (fls. 74/80), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 84/89).

É o relatório.

Além do recurso de apelação, há reexame necessário conforme o disposto no artigo 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

Os recursos não devem ser providos.

O 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-*

Acesso ao Sumário

se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa*

Acesso ao Sumário

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 Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1.* In casu*, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma*

Acesso ao Sumário

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).

Além do mais, 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 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 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"*.

Acesso ao Sumário

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.

No mais, a escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pelo impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da instituição de ensino, 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.

Pelo exposto, nego provimento aos recursos.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0025675-38.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM do conflito negativo de competência e DECLARARAM a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA (Juízo suscitante). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.122)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de agosto de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Vara da Fazenda Pública e Juizado Especial da Fazenda Pública – Valor do interesse econômico individual como critério de aferição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública – Posicionamento atual desta Câmara Especial e do Superior Tribunal de Justiça – Precedentes – Valor individual que não ultrapassa o valor de 60 salários mínimos – Competência do Juizado Especial – Conflito conhecido para declarar a competência da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital (suscitante).

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, ambos da comarca de São Paulo, nos autos da ação condenatória visando ao recálculo do adicional por tempo de serviço ajuizada por NÍVEA APARECIDA DA SILVA e OUTROS contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (Proc. nº 1052208-86.2017.8.26.0053).

Sustenta o MM. Juízo Suscitante que, em virtude da prevalência do veto governamental a dispositivo da Lei Federal nº 12.153/2009, deve-se levar em conta o valor global atribuído à causa para a fixação da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, não cabendo a divisão do valor da causa pelo número de litisconsortes, a fim de apurar se o valor do crédito de cada um é inferior ao teto do JEFAZ.

Designado o Juízo Suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL) para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 48/49).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil, uma vez que ambos os Juízos se declaram incompetentes para conhecer da ação.

Percebe-se que a ação, configurado o litisconsórcio ativo, iniciou-se pelo Juízo comum, atribuindo-se valor da causa – aqui fator de fixação da competência material absoluta – global para todos os autores em R$ 60.000,00.

A partir da declinação da competência pelo Juízo da 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital, foram os autos redistribuídos para a 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, que rejeitou sua competência, com

Acesso ao Sumário

fundamento na tese da consideração do valor global do pedido para fins de fixação da competência, nos limites do artigo 2º, da Lei nº 12.153/2009, em se tratando de litisconsórcio não unitário.

A questão posta é a da consideração individual ou global do valor da causa para fins de se aferir a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Esta Colenda Câmara Especial tem entendimento de que a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos casos de litisconsórcio ativo facultativo, deve levar em consideração o ***valor individual*** da pretensão de cada autor, obtido genericamente pela divisão do valor da causa pelo número de litisconsorte.

Neste sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA**. Pretensão ao recebimento de diferenças salariais. Redistribuição ao Juizado Especial. Litisconsórcio ativo facultativo. Valor da causa que deve ser considerado individualmente para cada um dos autores. Competência absoluta. Valor da causa individual inferior a 60 salários mínimos. **CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE" (TJSP – Câm. Especial – CC 0052891-08.2017.8.26.0000 – Rel. DES. ALVES BRAGA JÚNIOR – j. 4.12.2017).

***"Conflito de competência** – Ação declaratória de obrigação de fazer c.c. pagamento de atrasados, ajuizada contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo – Litisconsórcio ativo facultativo – Hipótese de individualização do valor da causa, de acordo com a pretensão econômica pleiteada por cada autor – Análise do pedido não revestida de complexidade – Competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que é parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante"* (TJSP – Câm. Especial – CC 0046546-26.2017.8.26.0000 – Rel. DES. ADEMIR BENEDITO – j. 27.11.2017).

***"Conflito negativo de competência.** Ação ajuizada por guardas municipais objetivando receber diferenças pretéritas (reenquadramento previsto na lei nº 13.768/04 e promoções). Litisconsórcio ativo facultativo. Artigo 113, inciso III, do Código de Processo Civil. Pretensões individuais e específicas. Possibilidade de limitação do critério de alçada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública ao proveito econômico perseguido por cada litisconsorte. Irrelevância do fato de o valor global estimado pelos autores ser superior ao limite de 60 salários mínimos. Para fins de competência, deve ser considerada como valor da causa a pretensão individual de cada litisconsorte. Nova orientação jurisprudencial preconizada por esta C. Câmara Especial. Desnecessidade de produção de prova pericial complexa. Suficiência de meros cálculos aritméticos. Incidência dos artigos 9º e 10, da Lei nº 12.153/2009. Competência absoluta do Juizado"* (TJSP – Câm. Especial – CC 2252217-46.2016.8.26.0000 – Rel. DES.ª

Acesso ao Sumário

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI – j. 8.5.2017).

No mesmo sentido, posiciona-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. VALOR DA CAUSA. DIVISÃO PELO NÚMERO DE AUTORES. PRECEDENTES DO STJ. (...) 2. O Tribunal de origem não se afastou da jurisprudência deste Superior Tribunal, firme no sentido de que, em se tratando de litisconsórcio ativo facultativo, a fixação da competência dos Juizados Especiais deve observar o valor de cada autor, individualmente, e não o valor global da demanda. Precedentes: AgRg no CC 1.376.544/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 28/8/2009; AgRg no REsp 1.376.544/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5/6/2013; AgRg no REsp 1.358.730/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/3/2014 (AgRg no AREsp 472.074/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015)" (STJ – AgInt no AREsp 1.212.994/SP – REL. MIN. SÉRGIO KUKINA – 1ª Turma – j. 20/02/2018 – DJe 06/03/2018).

"JUIZADOS ESPECIAIS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. LITISCONSÓRCIO ATIVO. VALOR INDIVIDUAL DE CADA LITISCONSORTE. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. *1. Em se tratando de litisconsórcio ativo facultativo, para que se fixe a competência dos Juizados Especiais, deve ser considerado o valor de cada autor, individualmente, não importando se a soma ultrapassa o limite dos 60 (sessenta) salários mínimos. 2. O Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie a Súmula 83/STJ, verbis: 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.' 3. Recurso Especial não conhecido"* (STJ – REsp 1.658.347-SP – Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN – 2ª Turma – j. 16.05.2017 – DJe 16/06/2017).

Prevalece, assim, a competência do Juizado Especial, eis que o valor econômico individual de cada um dos dez autores não ultrapassa o limite de 60 salários mínimos estabelecido no artigo 2º, da Lei nº 12.153/2009.

É competente, portanto, o Juizado Especial da Fazenda Pública.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA (Juízo suscitante).

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2147291-43.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e paciente S.P.C. (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 28.373)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de agosto 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 tráfico de entorpecentes – Representação julgada procedente e aplicada medida socioeducativa de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Descumprimento das medidas e notícia da prática de novo ato infracional – Imposição de internação-sanção – Alegação de ausência dos requisitos legais – Indevida prorrogação para o prazo máximo – Constrangimento ilegal não caracterizado – Legalidade do decreto de internação-sanção já reconhecida por esta Câmara Especial quando do julgamento de anterior *habeas corpus* – Prorrogação da medida devidamente fundamentada e calcada em relatório multidisciplinar – Evidente situação de vulnerabilidade e risco – Impetração parcialmente conhecida – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

A Defensora Pública Yolanda de Salles Freire Cesar impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **S.P.C.**, por entrever constrangimento

ilegal por parte do MM. Juízo 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 cumpria medida socioeducativa de liberdade assistida, cumulada com prestação de serviços à comunidade, e, noticiado o descumprimento e a prática de novo ato infracional, com internação provisória, a D. Autoridade apontada como coatora determinou sua *internação-sanção*, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Afirma, ainda, que a D. Autoridade apontada como coatora, decorrido o prazo e com a vinda de relatórios da equipe da *Fundação CASA*, decidiu estender a internação-sanção pelo prazo máximo de 03 (três) meses.

Alega, no entanto, que não estão presentes os requisitos legais para a internação-sanção, previstos no artigo 122, do ECA, por inexistir descumprimento reiterado e injustificado da medida socioeducativa, e que a medida somente pode ser decretada em situações excepcionais, após o devido processo legal, fundada em parecer técnico e precedida de audiência, nos termos do artigo 43, § 4º, I e II, da Lei do SINASE.

Assegura que não havia nos autos parecer técnico que indicasse a necessidade de internação-sanção e que na audiência de justificação os técnicos sequer estavam presentes.

Afiança que se o suporte fático demandasse medida mais gravosa, teria sido ela adotada na sentença, não se podendo permitir que a internação-sanção substitua a medida originária para perseguir os objetivos do PIA.

Assevera, assim, que o que se pretendeu foi a restrição do direito de liberdade da paciente para viabilizar a aplicação de medida protetiva de tratamento para drogadição, em total arrepio ao comando da Lei do SINASE.

Garante, por fim, que a decretação de internação-sanção, sem a presença dos requisitos legais que a autorizem, bem como sua prorrogação pelo prazo máximo, constitui forma arbitrária de constrangimento ilegal que viola não somente as disposições contidas no ECA e no SINASE, como também a Constituição Federal e os direitos fundamentais do paciente.

Acesso ao Sumário

Requer, em caráter liminar, a imediata desinternação do paciente e, no mérito, seja cassada a r. decisão, extinguindo-se a medida socioeducativa.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 144/147).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 152/155, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Está prejudicado, em parte, o exame do presente *habeas corpus*.

Isto porque, esta Colenda Câmara Especial, quando do julgamento do

***Habeas Corpus* nº 0020997-77.2018.8.26.0000**, ocorrido em 06 de agosto transato, em acórdão de minha relatoria, apreciou as questões aduzidas pela Defensoria Pública e referentes à ilegalidade do inicial decreto de internação-sanção, tendo sido denegada, à unanimidade, a ordem então postulada, porquanto não verificado qualquer constrangimento ilegal a ser sanado.

Como se vê, nesse aspecto, trata-se de mera reiteração, máxime porque este *habeas corpus* não foi instruído, a rigor técnico, com fundamento ou fato novo que pudesse mudar o cenário original e tornar necessário o reexame da questão.

No tocante à desnecessidade de prorrogação da medida, melhor sorte não assiste ao reclamo.

Trata-se de paciente ***renitente*** na prática de atos infracionais equiparados a crimes patrimoniais (fls. 22), que ***descumpriu as medidas socioeducativas anteriormente impostas*** (fls. 53/55 e 68/69) e que tornou a delinquir (roubo a motocicleta – fls. 87/88).

Ademais, o paciente havia abandonado o lar, com paradeiro incerto para os genitores, e admite o uso e o tráfico de entorpecentes (fls. 47/49, 53/55, 68/69 e 104/105), o que evidencia a sua extrema situação de vulnerabilidade e risco.

Não fosse por isso, o relatório inicial do cumprimento da medida – PIA, avaliou como ***oportuna a prorrogação da internação-sanção ao seu prazo máximo*** (fls. 120/125) e o relatório de acompanhamento noticia que o paciente está sendo submetido a tratamento medicamentoso prescrito na avaliação psiquiátrica (fls. 134/135, dos autos de origem).

Destarte, o que ocorre no caso em tela é que o adolescente, ciente da necessidade de cumprimento da medida socioeducativa, não demonstrou qualquer responsabilidade com seu processo de ressocialização e tornou a delinquir.

Assim, o descumprimento da medida socioeducativa imposta, a prática de nova conduta infracional e sua dependência química, com necessidade de efetivo tratamento medicamentoso, sugerem a extrema situação de vulnerabilidade e risco em que vive, o que justifica a prorrogação da *internação-sanção* ao prazo máximo.

Como é cediço, as medidas socioeducativas possuem também objetivos pedagógicos, cuja finalidade principal é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, para que possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

Ausente, portanto, qualquer constrangimento ilegal na prorrogação da internação-sanção que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2091160-48.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e paciente M.V.R.J. (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 31.285)**

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, 20 de agosto de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Insurgência contra decisão do MM. Juízo da Vara da Infância e da Juventude que, a despeito da existência de parecer da Fundação CASA pela extinção da medida socioeducativa do paciente, solicitou avaliação da equipe técnica do Juízo – Constrangimento ilegal inexistente – Processo socioeducativo que compreende várias etapas, razão pela qual exige análise cuidadosa do magistrado que, diga-se, não está adstrito tão somente ao laudo técnico – "Writ" denegado.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Daniel Palotti Secco em favor de M.V.R.J., nome registral V.C., sustentando, em apertada síntese, a ilegalidade da r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito do Departamento de Execuções da Vara da Infância e da Juventude da Capital que, não obstante relatório técnico conclusivo da Fundação CASA no sentido da progressão do adolescente ao regime aberto, determinou a avaliação do jovem pela equipe técnica do Juízo (fls. 1/8).

Denegada a liminar (fls. 134/136), foram oferecidas informações (fls. 141/143), manifestando-se, a seguir, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 146/147).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a r. decisão ora hostilizada, a despeito da existência de avaliação favorável, está em perfeita consonância com a Súmula nº 84 desta E. Corte de Justiça: *'O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica'*.

Ademais, constata-se que o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente elencou diversas espécies de medidas socioeducativas, desde as mais severas até as mais brandas, todas calcadas no parágrafo 1º do artigo 112 do referido diploma legal e, para que o processo educativo não perca sua razão de existir, é indispensável que o acompanhamento, auxílio e orientação sejam realizados de forma progressiva e não aleatória, ou seja, a progressão de um regime a outro, ou mesmo a extinção da medida, deve passar por análise cuidadosa e ponderada do magistrado que, repita-se, não está adstrito ao laudo ou parecer técnico, em conformidade com o princípio do livre convencimento motivado.

Observa-se, porém, que a decisão atacada não se mostra ilegal ou abusiva, ao contrário, revela-se bem fundamentada e, inclusive, em consonância com o princípio da proteção integral.

Extraio desta: *'Considerando o histórico de multirreiteração e personalidade voltada ao descumprimento da lei em desrespeito ao próximo, entendo que o caso exige melhor investigação, a fim de que o educando não retorne ao mundo da ilicitude, inclusive em seu próprio benefício'*.

É sempre bom repetir que é o Juiz quem está encarregado pela legislação de monitorar o acompanhamento da medida, bem como seu cumprimento. Ele é quem delibera a respeito da oportunidade de extinção ou promoção. Não está vinculado às conclusões de peritos, sejam do Poder Judiciário ou da Fundação CASA, ainda que todos merecedores do devido respeito.

A respeito do assunto, oportuna a transcrição de precedentes: *'Não existe constrangimento ilegal na decisão judicial que mantém medida socioeducativa de internação de forma devidamente fundamentada, ainda que exista nos autos parecer técnico favorável à inserção do menor em semiliberdade, diante do princípio do livre convencimento do juízo. Precedentes desta Corte Superior'* (STJ – HC 203.419/PE – 5ª T rel. Min. Laurita Vaz); e, ainda: *'Ao menor infrator é garantida periódica reavaliação da medida de internação imposta, sempre a cargo do Juízo competente (...) O Juízo não se encontra vinculado ao parecer exarado por equipes médicas, psicológicas ou pedagógicas, sendo que suas conclusões irão orientar o magistrado como um dos elementos de convicção para a tomada de decisões (...) Ao proceder com cautela, o magistrado de 1º grau garante ao menor a possibilidade de inserção social no momento oportuno, valendo-se do apoio de pareceres médicos, pedagógicos e psicológicos, conforme a conveniência do caso'* (STJ – HC 41.430/SP – rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Acesso ao Sumário

Portanto, apresentando a respeitável decisão fundamentação em perfeita consonância com os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se que ausente qualquer vício a configurar constrangimento ilegal.

Do exposto, **denega-se** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2129354-20.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e paciente L.G.S.L.

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 43884)**

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, 20 de agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL DO CASO PELA EQUIPE TÉCNICA DO JUÍZO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE QUALQUER AVALIAÇÃO OU PERÍCIA QUE O JUIZ ENTENDER NECESSÁRIAS PARA COMPLEMENTAÇÃO DO PLANO INDIVIDUAL. SÚMULA Nº 84 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROGRESSÃO OU EXTINÇÃO PREMATURAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de L.G.S.L., com pedido de medida liminar, sob o argumento

de que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato do MM. Juiz do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude de São Paulo, que indeferiu o pedido de substituição da medida socioeducativa de internação pela de liberdade assistida e determinou a avaliação psicossocial do adolescente pelo setor técnico judicial, no menor prazo possível (fls. 108/109 dos autos de origem – processo nº 0017803-58.2017.8.26.0015).

Em síntese, sustenta a impetrante que a equipe técnica da Fundação Casa apresentou relatório técnico conclusivo, sugerindo a substituição da medida de internação do paciente por liberdade assistida, com o que concordou o Ministério Público. Não obstante, o magistrado determinou a prévia avaliação psicossocial do caso pela equipe técnica do Juízo. Alega que a finalidade da medida socioeducativa de internação já foi alcançada, conforme avaliação técnica, e o paciente demonstrou comprometimento com as metas do Plano Individual de Atendimento. Aduz que a medida socioeducativa de internação é permeada pelos princípios da brevidade e excepcionalidade. Pretende a concessão da ordem, para que seja substituída a medida socioeducativa de internação pela de liberdade assistida.

Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 12/13), a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação (fls. 19/20).

É o relatório.

É o caso de denegação da ordem, porque não está configurado qualquer constrangimento ao paciente por ilegalidade ou abuso de poder.

Apesar da conclusão da equipe multiprofissional da Fundação CASA apresentada no relatório de fls. 91/99 dos autos de origem, pela progressão para liberdade assistida, psicoterapia e acolhimento institucional em Mogi das Cruzes, o juiz da execução pode determinar, a requerimento do defensor, do Ministério Público e até de ofício, a realização de qualquer avaliação ou perícia que entender necessárias para complementação do plano individual (art. 41, § 1º, da Lei nº 12.594/2012), tal como no presente caso, em que o magistrado externou a necessidade de colheita de mais elementos para formação segura de sua convicção. Nesse sentido, aliás, é a Súmula nº 84 deste Tribunal de Justiça: *"o juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica."*.

E não houve violação ao art. 42, § 2º, da Lei nº 12.594/2012, pois a determinação de realização de nova avaliação do paciente pela equipe técnica do Juízo está fundada não só na gravidade em concreto da infração e no exíguo período desde a prática do ato infracional, mas também na ineficácia das medidas em meio aberto recentemente aplicadas ao adolescente, que as descumpriu e continuou a cometer infrações graves.

Saliento que o processo socioeducativo envolve várias etapas, de sorte

Acesso ao Sumário

que a progressão prematura é um dos grandes motivos da reincidência, quando não atingidas as finalidades ressocializadoras e pedagógicas. O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva e segura de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos. Assim, nada obsta que o juiz, até mesmo de ofício, adote providências diversas para obter maiores elementos de convicção e assegurar-se de que a medida socioeducativa atingiu integralmente sua finalidade, sem que isso configure violação aos princípios da inércia, ampla defesa e ao devido processo legal.

Portanto, não é o caso de pronta liberação do paciente, tampouco de substituição da medida socioeducativa de internação pela de liberdade assistida.

Pelo exposto, denego a ordem.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1032230-45.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos I.M.F.F. (MENOR), SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

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 46924)**

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, 21 de julho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

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 CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. FREQUÊNCIA EM PERÍODO INTEGRAL. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de reexame necessário, nos autos do mandado de segurança impetrado por I.M.F.F., representado por sua mãe, contra ato do Secretário de Educação do Município de São Bernardo do Campo. A sentença de fls. 57/64, cujo relatório se adota, concedeu a segurança para, tornando definitiva a liminar concedida, garantir a matrícula da criança, em período integral, na unidade de ensino infantil solicitada ou em unidade mais próxima de sua residência, no limite de até dois quilômetros, assegurado transporte escolar gratuito, se distante.

Decorrido o prazo sem interposição de recurso voluntário, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 99/102).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme o disposto no art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

Não é o caso de dar provimento ao reexame necessário.

O 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*

Acesso ao Sumário

DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases*

Acesso ao Sumário

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 Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO*

Acesso ao Sumário

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).

Além do mais, 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 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 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 *que "não violam os princípios constitucionais da separação e*

independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes".

É dever, portanto, do Município gerir seus recursos com eficiência, a fim de garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitarem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pela parte impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da instituição de ensino em que providenciou a vaga à criança no curso da demanda (EMEB Bernardo Pedroso – fls. 47 e 81), será responsabilizada pelo transporte gratuito do menor caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

Também tem a criança o direito à frequência em período integral, o que é imprescindível nos casos em que os genitores não têm condições de deixar seus filhos com outros parentes próximos, justamente para tornar possível o exercício de atividade laborativa que sustentará a família.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara Especial: *"Apelação Cível e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a menor de idade em escola próxima a sua residência, no período integral, observado o período de recesso. Pedido procedente. Preliminar de ausência de interesse de agir afastada. O interessado não está obrigado a esgotar as vias administrativas para obtenção do seu direito. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de Termo de ajustamento de conduta que não afasta o direito subjetivo das crianças às vagas postuladas. Interesse processual presente. Serviço essencial. Deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias. Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão de creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo parcialmente provido. Recurso oficial parcialmente provido, a fim de*

Acesso ao Sumário

determinar que a multa seja destinada ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município." (Apelação nº 3001982-21.2013.8.26.0526 – Salto, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 18.5.2015).

Pelo exposto, nego provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1017373-77.2014.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Anezio Paulo de Souza.

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 42.598)**

O julgamento teve a participação dos 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, 21 de junho 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

Acesso ao Sumário

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 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 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.

Alegou 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:

> *"No que diz respeito à conversão dos proventos em URV, considerando o julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN e, em cumprimento ao disposto na alínea b do inc. I do art. 1030 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao recurso no pertinente a esta questão."*

"No que se refere 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 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 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

Acesso ao Sumário

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

Acesso ao Sumário

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, 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4004679-58.2013.8.26.0506/50004, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante REGINA IMACULADA TORRES MILANI (ASSISTENTE), é agravada ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS 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 45926)**

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, 29 de junho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA. REPERCUSSÃO GERAL AFASTADA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 639.228/RJ (TEMA 424). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Regina Imaculada Torres Milani contra decisão que, em demanda para recebimento de diferença de cobertura por morte acidental, negou seguimento a recurso extraordinário, pois o acórdão abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.228/RJ. Alega a ocorrência de cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de produção de provas, com a finalidade de comprovar que a morte do segurado ocorreu de forma acidental.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 9/13.

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 deve ser desprovido.

A Repercussão Geral é o 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 CPC, 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. (...)"*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.228/RJ, assinalou que a controvérsia relativa à violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais não apresenta repercussão geral, conforme se infere da seguinte transcrição: *"Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral."*

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a", 1ª parte, do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0005564-35.2014.8.26.0562/50001, da Comarca de Santos, sendo agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS e agravada MAURA APARECIDA GONZAGA PEREIRA.

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 44.002)**

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 julho de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.

– URV.

– 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.

– 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 à Eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Prefeitura Municipal de Santos contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos repetitivos, nos autos do RE n. 561.836/

RN.

Alegou a agravante, em síntese, o recurso apresentado contém todos os requisitos necessários para sua admissibilidade. Aduz, ainda, que foi equivocada a aplicação do paradigma, por 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 da agravada.

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.

Em cumprimento ao art. 1.030, inciso II, al. "b", do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

> *"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, que entendeu o seguinte: o direito a determinado percentual compensatório oriundo de incorreta conversão do padrão monetário – de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor - URV – decorre exclusivamente dos parâmetros estabelecidos pela Lei 8.880/94, norma aplicável aos servidores em todas as esferas federativas, e o correspondente quantum debeatur deve ser apurado no momento da liquidação da sentença concessiva. Ademais, esse percentual não pode ser compensado ou abatido por aumentos remuneratórios supervenientes, entretanto, a respectiva incidência deve se verificar até que ocorra a reestruturação remuneratória de cada carreira por lei própria, pois vedada sua permanência indefinida. Porém, essa legislação, ao suprimir o índice compensatório da URV, não poderá ofender o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Por essa razão, se com a reestruturação da carreira ou com o percentual obtido em liquidação se comprovar redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI), sendo o valor absorvido pelos aumentos subsequentes e, em cumprimento ao disposto na alínea 'b' do inc. I do art. 1030 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário interposto."*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – 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 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 561.836/RN, correspondente ao Tema n. 5: "URV", oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro

Acesso ao Sumário

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, verificar-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).*

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento estratificado no âmbito da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.030, inciso I do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Inexistente 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 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 Regimental nº 0025931-60.2011.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravantes Departamento de Estradas de Rodagem – DER e outro e agravados Antonio Pereira de Souza 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.051)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO

Acesso ao Sumário

CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 12 de julho de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS – 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.

Manutenção da decisão.

VOTO

Trata-se de agravos interpostos pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER e Outro 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.

Alegaram os agravantes, 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

Acesso ao Sumário

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.

Recebem-se os recursos como agravos internos, 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 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."*

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

Acesso ao Sumário

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 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

Acesso ao Sumário

– 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

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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 aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4008071-84.2013.8.26.0577/50001, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, é agravada GLORIA DE OLIVEIRA LUIZ (JUSTIÇA GRATUITA).

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno e deram por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.748)**

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, 20 de julho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. SEGURO DPVAT. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO SOBRE O CARÁTER PERMANENTE DA INVALIDEZ. NECESSIDADE DE LAUDO MÉDICO, EXCETO NOS CASOS DE INVALIDEZ PERMANENTE NOTÓRIA OU NAQUELES EM QUE O CONHECIMENTO ANTERIOR RESULTE COMPROVADO NA FASE DE INSTRUÇÃO (TEMAS 668 E 875). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A contra decisão que, em demanda de cobrança, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.388.030/MG, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a ocorrência de prescrição, porque o laudo pericial estabeleceu o lapso de 12 meses após o acidente como data da ciência inequívoca, a ser considerada como início do prazo. Aduz que não houve comprovação de tratamento médico, não sendo crível a ciência da invalidez após 4 anos do acidente.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº

Acesso ao Sumário

772/2017.

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.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.388.030/MG sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça assinalou que o prazo prescricional para a cobrança de seguro obrigatório se inicia na data em que o segurado tiver ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez. Decidiu, ainda, que, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resultar comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico. Confira-se a fls. 220/221.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 187/194) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir que o segurado teve ciência inequívoca sobre a invalidez permanente por meio da perícia judicial.

Assinalou a Turma Julgadora que: *"De início, observa-se que não houve fluência de todo o lapso prescricional, anotando que, em situação de incapacidade parcial, não se pode tomar como início da contagem do prazo prescricional a data do acidente (02/08/2009) e nem a data consignada no laudo pericial como sendo a estimada da ciência, ou seja, '12 meses após o acidente' (fls. 126), mas a 'data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade Laboral' (Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou, recentemente, a Súmula nº 573, dispondo que 'nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução'. No caso, afirma a autora que teve ciência da incapacidade com o laudo médico (30/08/2016), observando que a ação foi ajuizada em 04/12/2013, incidindo a Súmula 405 do Colendo Tribunal de Justiça ('A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos'). (...) No caso, pode-*

Acesso ao Sumário

se adotar o atestado de fl. 19, datado de 10/01/2011, noticiando que a autora 'encontra-se em acompanhamento ambulatorial devido à sequela de acidente automobilístico. No momento, a mesma apresenta limitação definitiva de flexo-extensão cotovelo esquerdo e mão direita e garra'. A ação foi distribuída em 04/12/2013, portanto, antes de vencido o prazo prescricional" (fls. 190/191).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno e dou por prejudicado o pedido de agregação do efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4002036-61.2013.8.26.0625/50001, da Comarca de Taubaté, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e Agravada Nadia Meirelles.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.821)**

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, 7 de agosto 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

Acesso ao Sumário

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 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 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.

Alegou 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, sendo que a existência da prescrição do fundo de direito das supostas diferenças decorrentes da conversão em URV dos vencimentos dos servidores não foi apreciada no julgamento do repetitivo aplicado. 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.

Acesso ao Sumário

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno 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 RE nº 561.836/RN (Tema nº 5/STF), bem como com o julgamento do RE nº 870.947/SE (Tema nº 810/STF) e, em obséquio da decisão exarada no RE nº 631.444/RS (Tema nº 539), que decidiu pela inexistência de repercussão geral em caso análogo a este, nega-se seguimento ao recurso extraordinário, no que tange aos Temas nº 5 e 810, com base no que dispõe o inc. I do art. 1.040 e quanto ao Tema nº 539/STF, nos termos do parágrafo único do art. 1.039, ambos do Código de Processo Civil."*
>
> *"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,

Acesso ao Sumário

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-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:

Acesso ao Sumário

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***

Acesso ao Sumário

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 1074779-12.2014.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DEBORAH MARIANNA CAVALLO, é agravada BROOKFIELD SÃO PAULO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS 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 48382)**

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 agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE

TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. VALIDADE (TEMA 938). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Deborah Marianna Cavallo contra decisão que, em demanda de repetição de indébito, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.599.511/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a necessidade de prévia informação ao comprador sobre o preço total da unidade autônoma, com destaque à comissão de corretagem, para que se possa transferir o encargo. Aduz a inexistência destes requisitos no caso concreto, o que justificaria a reforma da decisão colegiada.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 7/14.

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 estabelecido 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.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.599.511/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Confira-se a fls. 312/313.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 221/225) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela validade da cobrança da

Acesso ao Sumário

comissão de corretagem, devidamente contratada, por ter sido cumprido o dever de informação à agravante.

A Turma Julgadora assinalou: *"O recibo de fls. 80, os cheques de fls. 81/83, bem como a cláusula 16.2.1. do compromisso de compra e venda (fls. 73), todos anexados pela autora, não deixam dúvidas de seu conhecimento acerca da transferência da obrigação pelo pagamento da comissão de corretagem, cuja restituição não faz jus"* (fls. 225).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1005096-48.2014.8.26.0079/50000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada LUIZA TORELLI (ESPÓLIO).

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, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48456)**

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 agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA

PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTE ÂMBITO RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.392.245/DF, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (b) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; e (c) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Não houve apresentação de contraminuta.

Ausente a oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

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 estabelecido 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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, o Superior Tribunal de Justiça determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo

Acesso ao Sumário

inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887). Confira-se a fls. 393/398.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 322/333) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) incidência do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (b) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

A pretensão de análise da aplicabilidade do entendimento exposto nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP desborda dos limites desta via recursal, estreita. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

De resto, a interposição de embargos de declaração contra os acórdãos paradigmas não é óbice à aplicação da tese até então firmada, que não pressupõe trânsito em julgado, conforme decisão da própria Corte Superior: *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10.4.2018).

A análise do cabimento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença não foi objeto do acórdão hostilizado e desborda dos limites desta via.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1086238-45.2013.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados FRANCISCO FIERRO (JUSTIÇA GRATUITA), CELIA FONSECA GUERREIRO BORIN (JUSTIÇA GRATUITA) e ENEAS ALVES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto 48224)**

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 agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DA MATÉRIA TRATADA NESTES AUTOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S/A contra decisão que, em cumprimento individual de sentença coletiva, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1134186/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a existência de prequestionamento

Acesso ao Sumário

da matéria discutida e a ocorrência da vulneração dos dispositivos arrolados, razão pela qual necessária a admissão do recurso especial.

Não houve apresentação de contraminuta.

Ausente a oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

O recurso não deve ser conhecido.

O agravo interno apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento estabelecido 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).

No caso, contudo, a parte agravante não alegou o desacerto da aplicação do precedente repetitivo adotado pela decisão hostilizada, referente ao tema 410.

Nos termos dos arts. 932, III, e 1.021, § 1º, do CPC, é necessária impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, sob pena de não conhecimento do reclamo.

Pelo exposto, não conheço do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0105306-51.2013.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOAQUIM CARLOS BARROSO.

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 28.168)**

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, 13 de agosto de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU PREJUDICADO RECURSO ESPECIAL. RECONHECIDO O CARÁTER MULTITUDINÁRIO DA MATÉRIA E JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO DO RECURSO REPETITIVO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal. Mercancia de CD'S e DVD'S "piratas". Perícia sobre todos os bens apreendidos. Desnecessidade. Análise dos aspectos externos do material apreendido. Suficiência. Identificação dos titulares dos direitos autorais violados. Prescindibilidade.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 206) que, com fundamento no Tema 926, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, julgou prejudicado o recurso especial com base no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 224/229).

É o relatório.

Propõe-se o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Julgou-se prejudicado o recurso especial, com fundamento no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos

Acesso ao Sumário

da legislação mencionada, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fls. 206, ora atacada.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada aos 12 de agosto de 2015, por unanimidade, deu provimento aos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.456.239/MG e nº 1.485.832/MG (Tema 926) e firmou o entendimento no sentido de que é suficiente para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 190/192 que:

[...]

O Recorrente foi denunciado como incurso no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal.

A Magistrada achou por bem rejeitar a denúncia liminarmente, com fundamento no artigo 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

Segundo a julgadora, o Ministério Público não tem interesse de agir, pois não consta na denúncia a quem pertencem os referidos direitos autorais. Além disso, a acusação prescinde de justa causa, uma vez nem todos os DVD's supostamente falsificados foram submetidos à perícia. Por fim, consignou a atipicidade da conduta diante da nova redação do artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal e da insignificância da conduta.

Inconformado o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, o qual recebeu provimento pela Colenda 16ª Câmara Criminal para receber a denúncia e determinar o regular processamento do feito.

[...]

Ora, a Colenda Câmara afirmou em seu acórdão que, apesar de reconhecer que o dispositivo legal prevê literalmente a perícia de todos os bens apreendidos, agiria em contrariedade à Lei, negando vigência ao artigo mencionado.

Ressalte-se que a denúncia descreve a apreensão de R$ 1.200,00 (mil e duzentos) DVD's e apenas foi realizada perícia em 11 mídias. Por óbvio que a Lei Processual foi completamente ignorada no curso da negociação.

Portanto, completamente acertada a decisão da nobre Magistrada pela rejeição da denúncia, uma vez que o Inquérito Policial descumpriu norma legal.

Já os v. acórdãos de fls. 163/169 e 181/184, registraram que:

[...]

Pela r. decisão atacada, o ilustre magistrado de primeiro grau houve por bem rejeitar a inicial acusatória, por entender que o fato é atípico, bem como por faltar interesse de agir e justa causa para a instauração da

Acesso ao Sumário

ação penal.

Todavia, o r. magistrado não agiu in casu com o costumeiro acerto, pois o fato é formal e materialmente típico e se fazem presentes, no caso, as condições da ação, bem como os pressupostos processuais.

Com efeito, o artigo 184, § 2°, do Código Penal, tipifica a conduta de quem expõe à venda, tem em depósito, adquire, oculta ou mesmo aluga "fonograma reproduzido com violação do direito de autor", com intuito de lucro.

Impende salientar que, à evidência, a expressão "obra intelectual" abrange também, o "videofonograma", objeto material do crime, caracterizando, pois, a tipicidade formal, não havendo que se falar em novatio legis in melius pela Lei nº 10.695/03.

Também no que se refere à tipicidade, inviável reconhecer-se, in casu, o princípio da insignificância.

Além de juridicamente relevante, a conduta traduz, à vista da quantidade de material contrafeito apreendido, lesão relevante, digna da incidência da norma penal, a evidenciar também a tipicidade material do fato.

Aliás, o próprio recorrido, quando interrogado por ocasião do flagrante (fls. 11), admitiu ter agido no intuito de lucro, visando tirar proveito financeiro da atividade ilícita.

Assim, evidenciado o dolo que integra o tipo.

Ademais, a conduta em apreço viola o ordenamento legal, causando prejuízo patrimonial às pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na realização da obra intelectual.

Destarte, típica a conduta imputada.

In casu, a justa causa emerge da contrafação ou falsificação comprovada pelo laudo de fls. 96/98, o qual faz expressa menção aos títulos apreendidos e seus respectivos artistas ou produtoras.

Despicienda a formal representação dos respectivos titulares do direito tutelado ou de quem os represente, mormente porque, segundo já decidiu o STJ, tal omissão "não retira a falsidade do material apreendido, não elidindo, portanto, a imputação penal" (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.387.261/SP, Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 12.11.13).

Com efeito, o laudo pericial contribui para a demonstração da existência do fato. E a análise por amostragem não invalida a perícia. O exame de 11 mídias de DVD's e a constatação de que todas eram produto de contrafação é mais que suficiente para a configuração do delito.

Nessa fase, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta a presença dos requisitos legais da peça acusatória (art. 41 do CPP), a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, bem como a existência de elementos mínimos de prova que demonstrem a existência do fato (materialidade) e indícios suficientes de autoria.

Destarte, não obstante a literalidade do artigo 530-D, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Penal, é suficiente a perícia realizada por amostragem, sendo desnecessário, à vista da quantidade de produtos apreendidos, da mesma natureza e espécie, que o exame se repita sobre todas as unidades.

[...]

O decisum *atacado não deixou de enfrentar a matéria. Com relação aos fatos o acórdão embargado consignou que, a despeito do artigo 530-D, a perícia realizada por amostragem não interfere na caracterização do tipo penal.*

Vale dizer, para a configuração do crime de violação de direito autoral bastaria a exposição à venda de uma única cópia ilegal, uma vez que a norma penal não faz qualquer exigência quantitativa.

Nesse sentido, inclusive, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou recentemente a Súmula n. 574, prevendo que "para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem" (DJe 27/06/2016 g.n.).

Desta forma, o acórdão embargado situou com precisão a questão controvertida, de modo que o embargante busca, em verdade, o reexame de matéria já discutida no acórdão, com o condão de alterar seu resultado, hipótese vedada por essa via recursal.

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.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

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 0012281-80.2016.8.26.0566/50000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante R.O.C.

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 28.161)**

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, 13 de agosto de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 346) que, com fundamento no Tema 424, do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil.

A irresignação não foi contrariada pela Procuradoria Geral de Justiça, apesar de devidamente intimada, observando-se que, conforme orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal, tal fato não configura nulidade alguma ("Habeas Corpus" nº 91.251/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 17.08.2007; "Habeas Corpus" nº 85.395/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 29.04.2005; "Habeas Corpus" nº 83.292/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.2004).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 374/375).

É o relatório.

Propõe-se o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal,

Acesso ao Sumário

o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 346, ora atacada.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 315/317 e 320 que:

[...]

Ocorre que finalizada na audiência de instrução e julgamento a defesa do Recorrente, mais uma vez, sustentou a necessidade da realização da diligência da prova técnica – tudo conforme prevê a lei processual. *"**Pela defesa foi dito** que desistia da inquirição da testemunha de defesa faltante, o que foi homologado pelo MM. Juiz. **A defesa** insistiu na perícia no local dos fatos, para averiguar se a palavra dos policiais poderia ou não ser questionada quanto à sua veraciada, o que foi indeferida por não ser necessário para o deslinde da matéria, ratifica a decisão de fls. 148, ao final da instrução." – fls. 197.*

No entanto o requerimento da defesa do Recorrente foi mais uma vez indeferido acarretando evidente cerceamento de defesa, ofensa ao direito do contraditório e ao devido processo legal.

*Ocorre que a realização da perícia técnica no local dos fatos era e **é** importantíssima para que o Recorrente possa exercer o seu direito a ampla defesa, afinal se tal prova fosse produzida e ficasse concluído que não havia possibilidade alguma do policial RENAN PRADO ter visto daquele local o Apelante "arremessando" duas sacolas, – o resultado certamente não seria a condenação, pois a mentira do policial seria confirmada.*

O direito a produção da prova técnica é tão legítimo e necessário para o exercício da ampla defesa, pois ao contrário do que se esperava, para o Juízo de 1º Grau os depoimentos prestados pelas testemunhas JULIANA (fls. 204) e GIULIA (fls. 206) não foram suficientes para convencê-lo de que os policiais militares mentem nestes autos acerca justamente de circunstância crucial para o alcance da verdade real.

Nesta particular o Recorrente também acabou injustiçado na medida em que se deu valor probatório aos depoimentos dos policiais militares em detrimento dos depoimentos das testemunhas JULIANA (fls. 204) e

GIULIA (fls. 206), evidenciando ofensa também ao direito de isonomia.

[...]

***O que se quer é contextualizar o resultado da perícia com aquilo que mais consta dos autos**, para evidenciar ainda mais a importância que é o deferimento da produção daquela prova.*

*Por isso da **ofensa ao disposto no artigo 5º, LV da CF** afinal a Autoridade Judiciária impossibilitou ao Recorrente o direito de provar o que alegou.*

Assim, o agravo interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório Excelso, no Agravo de Instrumento nº 639.228/RJ, consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1004302-42.2013.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Djalma Osamu Shibata.

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 46.006)**

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, 14 de agosto de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

Acesso ao Sumário

– Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009.

– A validade 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 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 870.947/SE.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 377/387), contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 870.947/SE.

Alegou a agravante, em síntese, que, com o julgamento momentâneo e ainda indefinido do Tema 810, pois não ocorreu o trânsito em julgado, utilizar interpretação que determina a aplicação do IPCA-E para todo o período de atualização colide frontalmente com o que foi inicialmente definido no julgamento da mesma questão, caracterizando-se patente a violação à segurança jurídica, razão pela qual não pode prosperar a decisão agravada.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, DJe de 20/11/2017, no sentido de que:

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

Acesso ao Sumário

*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."

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente a Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 870.947/SE, correspondente ao Tema 810, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"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 Á ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT).

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 índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

Acesso ao Sumário

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 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."

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.040, inciso I do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque não há qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorize, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do Tema 810.

Ademais, a oposição de embargos de declaração com postulação de modulação dos efeitos não tem por si efeito obstativo qualquer, salvo se excepcional e expressamente atribuído pelo Min. Relator, o que não é o caso.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento do Col. Supremo Tribunal Federal no ARE 650.574-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA; o AI 752.804-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; o AI 636.933-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; e o ARE 686.607-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. (Rcl 30003/SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 23/03/2018).

Observe-se, ainda, que a decisão que nega seguimento a recursos excepcionais ao tempo do juízo de admissibilidade de que trata o art. 1.030, inc. I, alínea "b", do CPC, desafia agravo interno, na forma art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Inexistente 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 à 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.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1017373-77.2014.8.26.0053/50002, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Anezio Paulo de Souza.

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 42.598)**

O julgamento teve a participação dos 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, 21 de junho 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

Acesso ao Sumário

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 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 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.

Alegou 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.

Acesso ao Sumário

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno 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:

> *"No que diz respeito à conversão dos proventos em URV, considerando o julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN e, em cumprimento ao disposto na alínea b do inc. I do art. 1030 do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao recurso no pertinente a esta questão."*

"No que se refere 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 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 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

Acesso ao Sumário

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

Acesso ao Sumário

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, 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4004679-58.2013.8.26.0506/50004, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante REGINA IMACULADA TORRES MILANI (ASSISTENTE), é agravada ZURICH MINAS BRASIL SEGUROS 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 45926)**

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, 29 de junho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA. REPERCUSSÃO GERAL AFASTADA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 639.228/RJ (TEMA 424). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de agravo interno interposto por Regina Imaculada Torres Milani contra decisão que, em demanda para recebimento de diferença de cobertura por morte acidental, negou seguimento a recurso extraordinário, pois o acórdão abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.228/RJ. Alega a ocorrência de cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de produção de provas, com a finalidade de comprovar que a morte do segurado ocorreu de forma acidental.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 9/13.

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 deve ser desprovido.

A Repercussão Geral é o 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 CPC, 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. (...)"*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.228/RJ, assinalou que a controvérsia relativa à violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais não apresenta repercussão geral, conforme se infere da seguinte transcrição: *"Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral."*

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a", 1ª parte, do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0005564-35.2014.8.26.0562/50001, da Comarca de Santos, sendo agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS e agravada MAURA APARECIDA GONZAGA PEREIRA.

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 44.002)**

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 julho de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.

– URV.

– 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.

– 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 à Eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Prefeitura Municipal de Santos contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos repetitivos, nos autos do RE n. 561.836/RN.

Alegou a agravante, em síntese, o recurso apresentado contém todos os

requisitos necessários para sua admissibilidade. Aduz, ainda, que foi equivocada a aplicação do paradigma, por 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 da agravada.

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.

Em cumprimento ao art. 1.030, inciso II, al. "b", do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

> *"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, que entendeu o seguinte: o direito a determinado percentual compensatório oriundo de incorreta conversão do padrão monetário – de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor - URV – decorre exclusivamente dos parâmetros estabelecidos pela Lei 8.880/94, norma aplicável aos servidores em todas as esferas federativas, e o correspondente quantum debeatur deve ser apurado no momento da liquidação da sentença concessiva. Ademais, esse percentual não pode ser compensado ou abatido por aumentos remuneratórios supervenientes, entretanto, a respectiva incidência deve se verificar até que ocorra a reestruturação remuneratória de cada carreira por lei própria, pois vedada sua permanência indefinida. Porém, essa legislação, ao suprimir o índice compensatório da URV, não poderá ofender o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Por essa razão, se com a reestruturação da carreira ou com o percentual obtido em liquidação se comprovar redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI), sendo o valor absorvido pelos aumentos subsequentes e, em cumprimento ao disposto na alínea 'b' do inc. I do art. 1030 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário interposto."*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – 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 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 561.836/RN, correspondente ao Tema n. 5: "URV", oportunidade em que fixada 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

Acesso ao Sumário

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, verificar-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

Acesso ao Sumário

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).*

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento estratificado no âmbito da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.030, inciso I do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Inexistente 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 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 Regimental nº 0025931-60.2011.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravantes Departamento de Estradas de Rodagem – DER e outro e agravados Antonio Pereira de Souza 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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.051)**

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, 12 de julho de 2018.

Acesso ao Sumário

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS – 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.

Manutenção da decisão.

VOTO

Trata-se de agravos interpostos pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER e Outro 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.

Alegaram os agravantes, 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

Acesso ao Sumário

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.

Recebem-se os recursos como agravos internos, 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 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."*

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 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, 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 aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4008071-84.2013.8.26.0577/50001, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, é agravada GLORIA DE OLIVEIRA LUIZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao agravo interno e deram por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.748)**

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, 20 de julho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. SEGURO DPVAT. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO SOBRE O CARÁTER PERMANENTE DA INVALIDEZ. NECESSIDADE DE LAUDO MÉDICO, EXCETO NOS CASOS DE INVALIDEZ PERMANENTE NOTÓRIA OU NAQUELES EM QUE O CONHECIMENTO ANTERIOR RESULTE COMPROVADO NA FASE DE INSTRUÇÃO (TEMAS 668 E 875). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A contra decisão que, em demanda de cobrança, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.388.030/MG, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a ocorrência de prescrição, porque o laudo pericial estabeleceu o lapso de 12 meses após o acidente como data da ciência inequívoca, a ser considerada como início do prazo. Aduz que não houve comprovação de tratamento médico, não sendo crível a ciência da invalidez após 4 anos do acidente.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

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.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.388.030/MG sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça assinalou que o prazo prescricional para a cobrança de seguro obrigatório se inicia na data em que o segurado tiver ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez. Decidiu, ainda, que, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resultar comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico. Confira-se a fls. 220/221.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 187/194) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir que o segurado teve ciência inequívoca sobre a invalidez permanente por meio da perícia judicial.

Assinalou a Turma Julgadora que: *"De início, observa-se que não houve fluência de todo o lapso prescricional, anotando que, em situação de incapacidade parcial, não se pode tomar como início da contagem do prazo prescricional a data do acidente (02/08/2009) e nem a data consignada no laudo pericial como sendo a estimada da ciência, ou seja, '12 meses após o acidente' (fls. 126), mas a 'data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade Laboral' (Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou, recentemente, a Súmula nº 573, dispondo que 'nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução'. No caso, afirma a autora que teve ciência da incapacidade com o laudo médico (30/08/2016), observando que a ação foi ajuizada em 04/12/2013, incidindo a Súmula 405 do Colendo Tribunal de Justiça ('A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos'). (...) No caso, pode-se adotar o atestado de fl. 19, datado de 10/01/2011, noticiando que a autora 'encontra-se em acompanhamento ambulatorial devido à sequela de acidente*

Acesso ao Sumário

automobilístico. No momento, a mesma apresenta limitação definitiva de flexo-extensão cotovelo esquerdo e mão direita e garra'. A ação foi distribuída em 04/12/2013, portanto, antes de vencido o prazo prescricional" (fls. 190/191).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno e dou por prejudicado o pedido de agregação do efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 4002036-61.2013.8.26.0625/50001, da Comarca de Taubaté, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e Agravada Nadia Meirelles.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.821)**

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, 7 de agosto 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.

– 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 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.

Alegou 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, sendo que a existência da prescrição do fundo de direito das supostas diferenças decorrentes da conversão em URV dos vencimentos dos servidores não foi apreciada no julgamento do repetitivo aplicado. 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.

Acesso ao Sumário

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 RE nº 561.836/RN (Tema nº 5/STF), bem como com o julgamento do RE nº 870.947/SE (Tema nº 810/STF) e, em obséquio da decisão exarada no RE nº 631.444/RS (Tema nº 539), que decidiu pela inexistência de repercussão geral em caso análogo a este, nega-se seguimento ao recurso extraordinário, no que tange aos Temas nº 5 e 810, com base no que dispõe o inc. I do art. 1.040 e quanto ao Tema nº 539/STF, nos termos do parágrafo único do art. 1.039, ambos do Código de Processo Civil."*
>
> *"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

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 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 1074779-12.2014.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DEBORAH MARIANNA CAVALLO, é agravada BROOKFIELD SÃO PAULO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS 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 48382)**

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 agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO.

VALIDADE (TEMA 938). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Deborah Marianna Cavallo contra decisão que, em demanda de repetição de indébito, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.599.511/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a necessidade de prévia informação ao comprador sobre o preço total da unidade autônoma, com destaque à comissão de corretagem, para que se possa transferir o encargo. Aduz a inexistência destes requisitos no caso concreto, o que justificaria a reforma da decisão colegiada.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 7/14.

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 estabelecido 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.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.599.511/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Confira-se a fls. 312/313.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 221/225) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela validade da cobrança da comissão de corretagem, devidamente contratada, por ter sido cumprido o dever de informação à agravante.

Acesso ao Sumário

A Turma Julgadora assinalou: *"O recibo de fls. 80, os cheques de fls. 81/83, bem como a cláusula 16.2.1. do compromisso de compra e venda (fls. 73), todos anexados pela autora, não deixam dúvidas de seu conhecimento acerca da transferência da obrigação pelo pagamento da comissão de corretagem, cuja restituição não faz jus"* (fls. 225).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1005096-48.2014.8.26.0079/50000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada LUIZA TORELLI (ESPÓLIO).

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, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48456)**

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 agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTE ÂMBITO RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.392.245/DF, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (b) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; e (c) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Não houve apresentação de contraminuta.

Ausente a oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

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 estabelecido 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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, o Superior Tribunal de Justiça determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

Acesso ao Sumário

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887). Confira-se a fls. 393/398.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 322/333) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) incidência do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (b) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

A pretensão de análise da aplicabilidade do entendimento exposto nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP desborda dos limites desta via recursal, estreita. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

De resto, a interposição de embargos de declaração contra os acórdãos paradigmas não é óbice à aplicação da tese até então firmada, que não pressupõe trânsito em julgado, conforme decisão da própria Corte Superior: *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10.4.2018).

A análise do cabimento de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença não foi objeto do acórdão hostilizado e desborda dos limites desta via.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1086238-45.2013.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados FRANCISCO FIERRO (JUSTIÇA GRATUITA), CELIA FONSECA GUERREIRO BORIN (JUSTIÇA GRATUITA) e ENEAS ALVES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto 48224)**

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 agosto de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DA MATÉRIA TRATADA NESTES AUTOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S/A contra decisão que, em cumprimento individual de sentença coletiva, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1134186/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a existência de prequestionamento

Acesso ao Sumário

da matéria discutida e a ocorrência da vulneração dos dispositivos arrolados, razão pela qual necessária a admissão do recurso especial.

Não houve apresentação de contraminuta.

Ausente a oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

O recurso não deve ser conhecido.

O agravo interno apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento estabelecido 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).

No caso, contudo, a parte agravante não alegou o desacerto da aplicação do precedente repetitivo adotado pela decisão hostilizada, referente ao tema 410.

Nos termos dos arts. 932, III, e 1.021, § 1º, do CPC, é necessária impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, sob pena de não conhecimento do reclamo.

Pelo exposto, não conheço do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0105306-51.2013.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOAQUIM CARLOS BARROSO.

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 28.168)**

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, 13 de agosto de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU PREJUDICADO RECURSO ESPECIAL. RECONHECIDO O CARÁTER MULTITUDINÁRIO DA MATÉRIA E JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO DO RECURSO REPETITIVO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal. Mercancia de CD'S e DVD'S "piratas". Perícia sobre todos os bens apreendidos. Desnecessidade. Análise dos aspectos externos do material apreendido. Suficiência. Identificação dos titulares dos direitos autorais violados. Prescindibilidade.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 206) que, com fundamento no Tema 926, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, julgou prejudicado o recurso especial com base no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 224/229).

É o relatório.

Propõe-se o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Julgou-se prejudicado o recurso especial, com fundamento no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos

Acesso ao Sumário

da legislação mencionada, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fls. 206, ora atacada.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada aos 12 de agosto de 2015, por unanimidade, deu provimento aos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.456.239/MG e nº 1.485.832/MG (Tema 926) e firmou o entendimento no sentido de que é suficiente para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 190/192 que:

[...]

O Recorrente foi denunciado como incurso no artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal.

A Magistrada achou por bem rejeitar a denúncia liminarmente, com fundamento no artigo 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

Segundo a julgadora, o Ministério Público não tem interesse de agir, pois não consta na denúncia a quem pertencem os referidos direitos autorais. Além disso, a acusação prescinde de justa causa, uma vez nem todos os DVD's supostamente falsificados foram submetidos à perícia. Por fim, consignou a atipicidade da conduta diante da nova redação do artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal e da insignificância da conduta.

Inconformado o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, o qual recebeu provimento pela Colenda 16ª Câmara Criminal para receber a denúncia e determinar o regular processamento do feito.

[...]

Ora, a Colenda Câmara afirmou em seu acórdão que, apesar de reconhecer que o dispositivo legal prevê literalmente a perícia de todos os bens apreendidos, agiria em contrariedade à Lei, negando vigência ao artigo mencionado.

Ressalte-se que a denúncia descreve a apreensão de R$ 1.200,00 (mil e duzentos) DVD's e apenas foi realizada perícia em 11 mídias. Por óbvio que a Lei Processual foi completamente ignorada no curso da negociação.

Portanto, completamente acertada a decisão da nobre Magistrada pela rejeição da denúncia, uma vez que o Inquérito Policial descumpriu norma legal.

Já os v. acórdãos de fls. 163/169 e 181/184, registraram que:

[...]

Pela r. decisão atacada, o ilustre magistrado de primeiro grau houve por bem rejeitar a inicial acusatória, por entender que o fato é atípico, bem como por faltar interesse de agir e justa causa para a instauração da

Acesso ao Sumário

ação penal.

Todavia, o r. magistrado não agiu in casu com o costumeiro acerto, pois o fato é formal e materialmente típico e se fazem presentes, no caso, as condições da ação, bem como os pressupostos processuais.

Com efeito, o artigo 184, § 2°, do Código Penal, tipifica a conduta de quem expõe à venda, tem em depósito, adquire, oculta ou mesmo aluga "fonograma reproduzido com violação do direito de autor", com intuito de lucro.

Impende salientar que, à evidência, a expressão "obra intelectual" abrange também, o "videofonograma", objeto material do crime, caracterizando, pois, a tipicidade formal, não havendo que se falar em novatio legis in melius pela Lei nº 10.695/03.

Também no que se refere à tipicidade, inviável reconhecer-se, in casu, o princípio da insignificância.

Além de juridicamente relevante, a conduta traduz, à vista da quantidade de material contrafeito apreendido, lesão relevante, digna da incidência da norma penal, a evidenciar também a tipicidade material do fato.

Aliás, o próprio recorrido, quando interrogado por ocasião do flagrante (fls. 11), admitiu ter agido no intuito de lucro, visando tirar proveito financeiro da atividade ilícita.

Assim, evidenciado o dolo que integra o tipo.

Ademais, a conduta em apreço viola o ordenamento legal, causando prejuízo patrimonial às pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na realização da obra intelectual.

Destarte, típica a conduta imputada.

In casu, a justa causa emerge da contrafação ou falsificação comprovada pelo laudo de fls. 96/98, o qual faz expressa menção aos títulos apreendidos e seus respectivos artistas ou produtoras.

Despicienda a formal representação dos respectivos titulares do direito tutelado ou de quem os represente, mormente porque, segundo já decidiu o STJ, tal omissão "não retira a falsidade do material apreendido, não elidindo, portanto, a imputação penal" (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.387.261/SP, Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe 12.11.13).

Com efeito, o laudo pericial contribui para a demonstração da existência do fato. E a análise por amostragem não invalida a perícia. O exame de 11 mídias de DVD's e a constatação de que todas eram produto de contrafação é mais que suficiente para a configuração do delito.

Nessa fase, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta a presença dos requisitos legais da peça acusatória (art. 41 do CPP), a existência das condições da ação e dos pressupostos processuais, bem como a existência de elementos mínimos de prova que demonstrem a existência do fato (materialidade) e indícios suficientes de autoria.

Destarte, não obstante a literalidade do artigo 530-D, do Código de

Processo Penal, é suficiente a perícia realizada por amostragem, sendo desnecessário, à vista da quantidade de produtos apreendidos, da mesma natureza e espécie, que o exame se repita sobre todas as unidades.

[...]

O decisum *atacado não deixou de enfrentar a matéria. Com relação aos fatos o acórdão embargado consignou que, a despeito do artigo 530-D, a perícia realizada por amostragem não interfere na caracterização do tipo penal.*

Vale dizer, para a configuração do crime de violação de direito autoral bastaria a exposição à venda de uma única cópia ilegal, uma vez que a norma penal não faz qualquer exigência quantitativa.

Nesse sentido, inclusive, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou recentemente a Súmula n. 574, prevendo que "para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem" (DJe 27/06/2016 g.n.).

Desta forma, o acórdão embargado situou com precisão a questão controvertida, de modo que o embargante busca, em verdade, o reexame de matéria já discutida no acórdão, com o condão de alterar seu resultado, hipótese vedada por essa via recursal.

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.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0012281-80.2016.8.26.0566/50000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante R.O.C.

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 28.161)**

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, 13 de agosto de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 346) que, com fundamento no Tema 424, do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil.

A irresignação não foi contrariada pela Procuradoria Geral de Justiça, apesar de devidamente intimada, observando-se que, conforme orientação do Colendo Supremo Tribunal Federal, tal fato não configura nulidade alguma ("Habeas Corpus" nº 91.251/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 17.08.2007; "Habeas Corpus" nº 85.395/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 29.04.2005; "Habeas Corpus" nº 83.292/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.2004).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 374/375).

É o relatório.

Propõe-se o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal,

Acesso ao Sumário

o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 346, ora atacada.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 315/317 e 320 que:

[...]

Ocorre que finalizada na audiência de instrução e julgamento a defesa do Recorrente, mais uma vez, sustentou a necessidade da realização da diligência da prova técnica – tudo conforme prevê a lei processual. *"**Pela defesa foi dito** que desistia da inquirição da testemunha de defesa faltante, o que foi homologado pelo MM. Juiz. **A defesa** insistiu na perícia no local dos fatos, para averiguar se a palavra dos policiais poderia ou não ser questionada quanto à sua veraciada, o que foi indeferida por não ser necessário para o deslinde da matéria, ratifica a decisão de fls. 148, ao final da instrução." – fls. 197.*

No entanto o requerimento da defesa do Recorrente foi mais uma vez indeferido acarretando evidente cerceamento de defesa, ofensa ao direito do contraditório e ao devido processo legal.

*Ocorre que a realização da perícia técnica no local dos fatos era e **é** importantíssima para que o Recorrente possa exercer o seu direito a ampla defesa, afinal se tal prova fosse produzida e ficasse concluído que não havia possibilidade alguma do policial RENAN PRADO ter visto daquele local o Apelante "arremessando" duas sacolas, – o resultado certamente não seria a condenação, pois a mentira do policial seria confirmada.*

O direito a produção da prova técnica é tão legítimo e necessário para o exercício da ampla defesa, pois ao contrário do que se esperava, para o Juízo de 1º Grau os depoimentos prestados pelas testemunhas JULIANA (fls. 204) e GIULIA (fls. 206) não foram suficientes para convencê-lo de que os policiais militares mentem nestes autos acerca justamente de circunstância crucial para o alcance da verdade real.

Nesta particular o Recorrente também acabou injustiçado na medida em que se deu valor probatório aos depoimentos dos policiais militares em detrimento dos depoimentos das testemunhas JULIANA (fls. 204) e

GIULIA (fls. 206), evidenciando ofensa também ao direito de isonomia.

[...]

***O que se quer é contextualizar o resultado da perícia com aquilo que mais consta dos autos**, para evidenciar ainda mais a importância que é o deferimento da produção daquela prova.*

*Por isso da **ofensa ao disposto no artigo 5º, LV da CF** afinal a Autoridade Judiciária impossibilitou ao Recorrente o direito de provar o que alegou.*

Assim, o agravo interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório Excelso, no Agravo de Instrumento nº 639.228/RJ, consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, por versar sobre tema infraconstitucional.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1004302-42.2013.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Djalma Osamu Shibata.

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 46.006)**

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, 14 de agosto de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

– Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009.

– A validade 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 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 870.947/SE.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 377/387), contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 870.947/SE.

Alegou a agravante, em síntese, que, com o julgamento momentâneo e ainda indefinido do Tema 810, pois não ocorreu o trânsito em julgado, utilizar interpretação que determina a aplicação do IPCA-E para todo o período de atualização colide frontalmente com o que foi inicialmente definido no julgamento da mesma questão, caracterizando-se patente a violação à segurança jurídica, razão pela qual não pode prosperar a decisão agravada.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, DJe de 20/11/2017, no sentido de que:

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."

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente a Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 870.947/SE, correspondente ao Tema 810, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"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 Á ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT).

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 índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

Acesso ao Sumário

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 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."

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.040, inciso I do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque não há qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorize, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do Tema 810.

Ademais, a oposição de embargos de declaração com postulação de modulação dos efeitos não tem por si efeito obstativo qualquer, salvo se excepcional e expressamente atribuído pelo Min. Relator, o que não é o caso.

Nesse sentido, confira-se o posicionamento do Col. Supremo Tribunal Federal no ARE 650.574-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA; o AI 752.804-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; o AI 636.933-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; e o ARE 686.607-ED, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. (Rcl 30003/SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, DJe 23/03/2018).

Observe-se, ainda, que a decisão que nega seguimento a recursos excepcionais ao tempo do juízo de admissibilidade de que trata o art. 1.030, inc. I, alínea "b", do CPC, desafia agravo interno, na forma art. 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Inexistente 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 à 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.

NOTICIÁRIO

WALTER ROCHA BARONE (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião da posse das Desembargadoras Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti e Regina Dalla Déa Barone (Solenidade realizada em 21.06.2018).

Inicialmente, quero agradecer ao Exmo. Sr. Presidente, Des. Pereira Calças, pela deferência de ter-me convidado para falar, em nome deste Egrégio Tribunal de Justiça, nesta solenidade de posse das E. Desembargadoras Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti e Marcia Regina Dalla Déa Barone. Embora eu não tenha o mesmo dom da oratória de muitos de meus pares, estou certo de que ninguém, em meu lugar, poderia estar imbuído da mesma emoção que sinto ao fazer este discurso, dado o grande simbolismo que esta cerimônia encerra, seja pelo fato de, neste ato, poder dar as boas-vindas à nossa querida Dra. Gilda, uma amiga do coração que, com sua alegria e seu entusiasmo pela vida, sempre ilumina os ambientes por onde passa, seja também pela circunstância de, nesta data, ter a chance de recepcionar a minha própria esposa, Dra. Marcia, fato que, primeira vez, tem lugar nesta Corte.

Quero consignar que esse gesto revela, mais uma vez, a grande generosidade e atenção que V. Exa., no exercício da Presidência, tem dispensado aos Magistrados desta Casa e, em especial, à minha pessoa, motivo pelo qual não poderia me furtar de fazer esse registro, exaltando e louvando sua grandeza de espírito.

Hoje, o nosso Tribunal está em festa!

Estamos aqui para celebrar a chegada das duas mais novas Desembargadoras desta Corte e o fazemos com grande alegria e satisfação! Inúmeras razões justificam referido júbilo, mas entre delas existem duas, muito especiais, que elegi para compartilhar com os Senhores.

A primeira razão consiste em que esta Casa de Justiça recebe hoje em seus quadros de Segunda Instância duas Magistradas que sempre foram um exemplo em sua trajetória profissional, correspondendo, exatamente, àquela imagem ideal do Juiz, isto é, daquele julgador que se dedica à missão de distribuir Justiça, aplicando a lei ao caso concreto, sem, contudo, se esquecer de que, por trás de cada processo, existe uma pessoa, um ser humano, clamando pela solução justa de seu problema. Essa sensibilidade e empatia sempre pautaram o caminhar dessas duas julgadoras.

São Magistradas que, não obstante a autoridade de seu cargo, conservaram

Acesso ao Sumário

a simplicidade e a delicadeza no trato com as pessoas, das mais importantes às mais simples, sem distinção, e esse fato é amplamente reconhecido em nosso meio.

Ademais, as Desembargadoras ora empossadas dedicaram-se ao exercício da judicatura com a fé inquebrantável de poderem contribuir para uma sociedade melhor através de sua atuação judicante e esse entusiasmo não se limitou aos anos iniciais da carreira, mas, ao contrário, perdura até os dias atuais, passados já quase 30 anos de seu ingresso na Magistratura de São Paulo!

Sim, é verdade! Não obstante não pareça devido à inequívoca juventude das nobres Desembargadoras Gilda e Marcia, elas já têm quase três décadas de carreira judicante!

A Desembargadora Gilda é casada com o Dr. João Carlos Diodatti, destacado advogado na área de Direito Público, e tem um casal de filhos, João Augusto e Cecília. Formou-se pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco na turma de 1988 e ingressou na Magistratura Paulista em 24.10.1989, tendo sido nomeada Juíza Substituta da 4ª Circunscrição Judiciária com sede em Osasco, e posteriormente promovida ao cargo de Juíza de Direito do Foro Distrital de Itaberá, Comarca de Itapeva. Na sequência, foi Juíza Titular da 1ª Vara da Comarca de Santa Bárbara D'Oeste, Juíza Titular da 4ª Vara de Barueri, Juíza de Direito Auxiliar da Capital, Juíza Titular da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera, Juíza Titular da 1ª Vara Criminal e do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do mesmo Foro Regional e Juíza Titular da Vara da infância e da Juventude do Foro Regional do Tatuapé, onde atuou até a sua promoção ao cargo de Desembargadora.

Neste ponto, aliás, há que se consignar e enaltecer o nobre projeto de apadrinhamento de crianças e adolescentes acolhidos que a Dra. Gilda desenvolveu à frente da Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional do Tatuapé, chamado "Tatu do bem", em que, através da organização de eventos lúdicos, como a festa da Páscoa, propiciou que os adultos interessados nesse programa, ou na campanha "Adote um Boa Noite", se aproximassem dos jovens acolhidos, fomentando, destarte, o seu apadrinhamento.

Acesso ao Sumário

A Desembargadora Marcia, por seu turno, é casada com este orador e igualmente tem um casal de filhos, Victor e Sofia. Formou-se pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie na turma de 1985 e ingressou na Magistratura Paulista em 09.06.1989, tendo sido nomeada Juíza Substituta da 5ª Circunscrição Judiciária com sede em Jundiaí, e posteriormente promovida ao cargo de Juíza de Direito da Comarca de Angatuba, Na sequência, foi Juíza Titular da 1ª Vara da Comarca de Cotia, foi Juíza de Direito Auxiliar da Capital, Juíza Titular da 6ª Vara Cível do Foro Central, Juíza Titular II da 1ª Vara Cível do Foro Regional Penha de França e Juíza de Direito Substituta em Segundo

Grau, período em que sempre se destacou por sua extraordinária produtividade, e nesse cargo atuou até a sua promoção a Desembargadora.

No início de minha oração, referi que pretendia apresentar duas razões muito especiais para esta celebração. A primeira delas já foi indicada, faltando, agora, portanto, enunciar a segunda delas.

E qual seria esse motivo? A enorme vitória conquistada pelas hoje Desembargadoras Gilda e Marcia sobre o preconceito que até então havia contra o ingresso de mulheres na Magistratura quando foram aprovadas em seus respectivos concursos públicos!

Trata-se de uma conquista que se deveu, exclusivamente, à competência, à obstinação, ao mérito, e à coragem dessas Magistradas, que não se intimidaram diante dos reais obstáculos que, àquela altura, se apresentavam às candidatas à Magistratura de São Paulo. Basta verificar que até 1981 não havia mulheres na Magistratura de nosso Estado, quando só então foram aprovadas as primeiras juízas bandeirantes no 146º Concurso de Ingresso, a saber, as Dras. Berenice Marcondes Cesar, Iracema Mendes Garcia e Zélia Maria Antunes Alves. E, mesmo tendo se iniciado o ingresso de mulheres na carreira, esse movimento permaneceu tímido por vários anos, restrito a um pequeno número de candidatas aprovadas a cada certame.

De lá para cá, felizmente, houve uma correção de rota no sentido de alcançar o equilíbrio na questão de gênero em nossa Corte, o que se percebe pelo fato de que os concursos de ingresso, hoje, aprovam candidatos e candidatas em percentuais que, em regra, ficam muito próximos de 50% para cada grupo, e isso se reflete na composição atual deste Tribunal, na medida em que já temos em nossos quadros 856 Juízas, dentro de um universo de 2.154 Magistrados de 1ª instância, isto é, quase 40% do total, segundo dados oficiais.

Tendo em vista que a chegada à 2ª Instância exige um longo percurso na carreira, a percepção dessa mudança de rumos ainda não se faz muito clara. Hoje, temos 30 Desembargadoras, de um total de 360. A participação feminina no 2º Grau ainda é, portanto, pequena, não correspondendo ao gigantismo de nosso Tribunal, mas, observada a natural ordem de antiguidade, não tardará para que esse cenário se altere no sentido da almejada presença paritária de Desembargadoras e Desembargadores em nossos quadros.

As queridas Desembargadoras Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti e Marcia Regina Dalla Déa Barone têm, portanto, todos os motivos do mundo para se orgulharem de sua vitória, que se iniciou no concurso de ingresso na Magistratura e hoje se completa ao serem alçadas ao mais alto cargo de nossa carreira!

Os desafios e as responsabilidades que se apresentam com a assunção do novo cargo são grandes, mas esta Corte não tem qualquer dúvida de que V.

Acesso ao Sumário

Exas. saberão enfrentá-los com galhardia, como sempre fizeram durante toda a sua trajetória.

Desejo muitas felicidades às nobres Desembargadoras nesta nova jornada e que Deus as abençoe sempre!

Por fim, peço, respeitosamente, licença para quebrar o protocolo e me dirigir à minha esposa para dizer-lhe ter sido um momento único e inesquecível a oportunidade que tive de dar as boas-vindas a alguém que é imprescindível em minha vida e que, além de se constituir no pilar de minha família, representa para mim um modelo de pessoa e de profissional em quem procuro me espelhar a cada dia.

Encerro, pois, minha fala, agradecendo pela atenção de todos!

MÁRCIA REGINA DALLA DÉA BARONE (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 21.06.2018).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades presentes nesta cerimônia e anteriormente nominadas.

Inicio minha fala agradecendo a Deus que, em sua infinita bondade e generosidade, me permitiu chegar até aqui e também a Santo Antônio, cujo exemplo de dedicação a causa divina me serve de guia. Nada do que eu fizer ou falar será suficiente para agradecer o quanto tenho recebido.

Acesso ao Sumário

Agradeço e homenageio meu saudoso pai, João Gilberto Dalla Déa, que nos deixou precocemente, por todo ensinamento e formação que me destinou, sempre preocupado com meu crescimento com retidão, dedicação aos estudos e ao trabalho, que nortearam sua vida de me servem de exemplo.

À minha querida mãe, Theodora Gradinar Dalla Déa, pessoa de muita fibra, amorosa, valorosa, e que nunca poupou esforços para me acompanhar nesta caminhada, estando sempre ao meu lado.

(Agradeço) ao meu querido marido, Walter Rocha Barone, que com muito amor e companheirismo tem dividido comigo os melhores momentos de nossa vida, desde a posse conjunta quando do ingresso na Magistratura Paulista, até os dias de hoje e eu rogo a Deus que assim permaneça por muitos anos

até a eternidade. Nossa vida profissional e familiar se fundiu muna só e até mesmo a solidão característica da Magistratura se tornou mais leve e suave com a sua companhia. Aproveito para expressar publicamente o orgulho que senti quando de sua eleição ao cargo de Presidente da Federação Latino Americana de Magistrados, com apoio e indicação da Associação dos Magistrados Brasileiros, elevando o prestígio da Magistratura Nacional, tendo sido enaltecidas, durante o pleito que teve resultado unânime, suas qualidades pessoais, mas também como representante de uma Magistratura forte, corajosa e independente.

Deixo um agradecimento especial aos meus filhos, Victor Dalla Déa Barone e Sofia Dalla Déa Barone, bem maior na minha vida (e novamente tenho muito a agradecer a Deus), ambos estudantes de Direito da Faculdade de Direito da USP, pela grandeza de compartilhar a mãe cm a Magistratura Paulista, pelas horas de laser que lhes foram roubadas em razão da carga quase invencível de trabalho, pela paciência de dividir almoços e jantares familiares com assuntos relacionados ao Direito que sempre estiveram presentes em nosso ar (talvez por isso a opção dos dois pelo Direito, quase uma decorrência lógica). Desejo que vocês se realizem pessoal e profissionalmente, trabalhem com aquilo que vocês realmente amem, e sejam felizes.

Um agradecimento à minha irmã, Iara Maria Dalla Déa, que sempre vibrou e acompanhou de perto todas as minhas conquistas, meu sogro Dr. Wilson Teixeira Barone e minha sogra Ivone Rocha Barone, pela generosidade com a qual partilharam comigo o filho tão querido. Aos demais familiares, cunhados e sobrinhos, que aqui cumprimento na pessoa do meu tio e padrinho Nelson Valdir Dalla Déa, agradeço imensamente a presença nesta data e a alegria demonstrada a cada passo da minha trajetória pessoal e profissional.

Agradeço ao apoio dos meus amigos, e quem me conhece sabe do grande valor que eu dou para a amizade.

Amigos de infância,

Amigos da vida,

Amigos de Faculdade, meu querido Mackenzie (anos maravilhosos),

Amigos de estudo (e foram muitos, com vínculos profundos que permanecem até hoje),

Amigos de trabalho no Segundo Tribunal de Alçada, do qual muito orgulho de ter integrado,

Amigos funcionários que eu tanto prezo, e sempre repito que não tenho ex-funcionário, todos aqueles que trabalharam comigo são para sempre meus e podem contar comigo. Deixo a minha gratidão às minhas assistentes que, com muita dedicação me auxiliam nesta jornada.

E amigos da Magistratura que além da profissão que tanto amo, me deu também a família que tenho e amizades muito queridas que guardo no meu

coração. Amigos que aprendi a admirar e respeitar exatamente como são.

A presença de todos nesta casa de Justiça é motivo de grande júbilo para mim, é uma forma de dividir com todos esta conquista, a alegria e a honra de integrar o Tribunal de Justiça de são Paulo, hoje no cargo de desembargadora.

Iniciei minha carreira na Magistratura Bandeirante, em junho de 1989, na circunscrição de Jundiaí, onde pude aprender muito com os colegas que lá judicavam e tiveram a nobreza de comigo dividir o conhecimento adquirido. Fui juíza única da Comarca de Angatuba, lugar em que exerci a Magistratura em sua plenitude, considerando a cumulação de funções. Prossegui assumindo a 1ª Vara de Cotia, em companhia de pessoas maravilhosas e muito comprometidas, que tornaram a excessiva carga de trabalho mais leve e efetiva. Em São Paulo fui designada para o Foro Regional de Penha de França, onde trabalhei por aproximadamente 18 anos, com um intervalo de dois anos quando assumi a 6ª Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, deixando muitas saudades e afeto. Fui Juíza Substituta em Segundo Grau na 10ª, 14ª e 3ª Câmaras de Direito Privado, e hoje assumo uma cadeira na 2ª Câmara de Direito Privado, tendo sido sempre premiada com uma receptividade grandiosa por colegas de profundo saber jurídico com os quais pude enriquecer meu conhecimento.

A Magistratura de São Paulo, do qual muito me orgulho, é integrada por juízes de alta qualidade e exemplar desempenho. Não são poucas as dificuldades enfrentadas, mas com muito trabalho e apoio da Presidência deste E. Tribunal e do Conselho Superior da Magistratura estão sendo superadas. Um Tribunal conservador que, com alguma resistência, passou a aceitar a mão-de-obra feminina e hoje empossa duas Desembargadoras de carreira, deixando para trás o preconceito curvando-se apenas ao bom desempenho do candidato ou candidata, arrebanhando bons profissionais que se somam às trincheiras desta luta. Deixo minha homenagem às juízas que enfrentaram as barreiras impostas e superaram de forma destemida os obstáculos para o desempenho da nobre e difícil função de julgar.

Acesso ao Sumário

Fico, ademais, muito honrada em dividir esta data com a Desembargadora Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti, que trilhou uma carreira de sucesso e formou uma linda família (e me recordo, com carinho, que no início da carreira fazíamos planos para a posse conjunta como Desembargadoras profetizando a alegrias que iríamos sentir, numa prova inexorável de que tudo conspira para atender nossos desejos quando legítimos e verdadeiros).

Posso concluir que hoje minha felicidade é imensa, mas que minha gratidão tem que superar qualquer outro sentimento. Recebo esta posse no cargo de Desembargadora com muita humildade, em tempos difíceis para o Poder Judiciário, aceitando o desafio e guardando o mesmo entusiasmo do início da carreira e com a certeza de ainda tenho muito que aprender com a vida, com os

estudos e com os valorosos colegas que me acompanham, sempre irmanados pelo ideal de justiça.

Finalizo com a poesia de Fernando Pessoa que representa um pouco da minha filosofia de vida: "o valor das coisas não está no tempo que duram, mas na intensidade que acontecem, por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis".

GILDA CERQUEIRA ALVES BARBOSA AMARAL DIODATTI (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua posse como Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (Solenidade realizada em 21.06.2018).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, em cujo nome cumprimento todas as digníssimas autoridades presentes, de todos os Poderes,

ADVOGADOS,

SERVIDORES,

FAMILIA,

AMIGOS!

Este é, sem dúvida, um dos dias mais plenos da minha vida e a emoção já tomou conta de meus sentidos, só de adentrar este salão repleto de pessoas que tanto admiro e quero bem e, na sequencia, ouvir tocar o Hino Nacional.

Chegamos a este maravilhoso salão do Tribunal do Júri, idealizado com especial inspiração do consagrado Ramos de Azevedo, para tomarmos posse solene no mais alto cargo da nossa carreira. Sem dúvida, o maior reconhecimento que poderia receber um Magistrado, uma das maiores conquistas de quem escolheu o Direito como ofício de vida.

O dia é de festa.

E hoje, eu quero agradecer.

Agradecer, em primeiro lugar, a Deus. Que me deu o dom da vida, luz para minhas escolhas e saúde para enfrentar os desafios do caminho.

Aos Meus Pais. Silvio Augusto, médico psiquiatra e respeitado psicanalista. Com sua ironia peculiar, ele costumava dizer, com orgulho, que "educaria todas suas filhas mulheres, para nunca dependerem de homem nenhum... inclusive de

Acesso ao Sumário

seu pai.". Minha mãe, Corina Leonor, mulher de fibra que nunca deixou de ser professora e que muito me alegra aqui, com sua presença marcada pelos noventa e dois anos de invejável atividade mental, acompanhava de perto nossos passos. Devo a eles, além do exemplo de caráter e moral, a extrema valorização que deram a nossos estudos, sem o que, certamente, não me seria possível viver este dia glorioso. A eles, dedico todas as honrarias do Colar que hoje recebo.

Aos meus irmãos, Silvio, Corina, Vera e Lúcia, que tendo desembarcado antes de mim nesta aventura que é a vida, foram meus primeiros cúmplices e amigos, cada um a seu modo, com a certeza de que assim continuará a ser, até o fim das nossas jornadas.

Aos meus cunhados, Maricy, Christiane Marie, José Antonio, Dino e Andreia, que enriqueceram nossa família com alegria e musicalidade, assim como os sobrinhos, Camila, Silvio, Carlos, Luisa e Christian.

Meu agradecimento todo especial à minha querida cunhada Maria Aparecida, um anjo que partiu há poucos dias para a Casa do Pai Celestial, deixando-nos, para sempre, o seu rastro de pureza e luz.

Ao eleito do meu coração, meu marido, João Carlos Amaral Diodatti, parceiro de vida há mais de vinte anos. Esta conquista, que tanto nos orgulha, não é minha, mas nossa. Não seria possível, se não contasse com seu constante apoio, estímulo e colaboração intensa nas tarefas domésticas e familiares, a par de tocar, com competência, ética e dedicação que tanto me orgulham o seu respeitado escritório de Advocacia.

Aos meus amados filhos, João Augusto e Cecilia. Foram inúmeras as vezes que vocês pediram para eu ficar para o almoço com vocês e eu não fiquei. Para ir às reuniões de escola, para estudarmos juntos, para vê-los nadar, dançar e eu não o fiz, sempre comprometida com o horário do fórum, com as audiências, com as pilhas de processos. Espero que a felicidade e a magnitude deste dia festivo expliquem-lhes a razão de tantas ausências, e que o amor que dedico ao trabalho sirva-lhes de exemplo para suas vidas. Mas nunca se esqueçam que vocês são a maior razão da minha existência.

Acesso ao Sumário

A todos participes deste caminho, professores, desembargadores, juízes, procuradores e promotores de justiça, advogados, servidores, colegas das Arcadas, adolescentes de outrora do Colégio São Luís, parentes. São muitos e importantes e não os nominarei para não deixar ninguém de fora. Todos que me alegram com suas presenças nesta solenidade, sabem a importância que têm neste percurso.

Agradeço, muito sensibilizada, as palavras tão amáveis e edificantes que me foram dirigidas pelo eminente orador que representa o Egrégio Tribunal de Justiça, estimado Desembargador Walter Rocha Barone. Certamente se devem, em muito, à amizade que nos une e que, embora relativamente recente,

já se mostra sólida e profícua, estendida aos momentos de festa e de perdas. É uma grande honra adentrar este Templo da Justiça recebida por este ilustre Desembargador que, apesar de tão jovem, já alçou posição de expressividade internacional, representando, com brilhantismo, o nosso amado pais, como Presidente eleito da Federação Latino Americana de Magistrados. Suas bondosas palavras só aumentam a minha responsabilidade, ao mesmo tempo que me estimulam à constante busca do aperfeiçoamento.

Senhores.

Na adolescência, quando às portas do vestibular fui chamada à escolha de uma profissão, a única certeza que eu tinha era a de que gostaria de fazer um trabalho que cuidasse das pessoas. Acabei optando pelo Direito, sem muita convicção de que me propiciaria o que buscava. Ao longo do curso, no Estágio da então Procuradoria de Assistência Judiciária, descobri minha satisfação em servir ao público. Nas audiências que realizava como estagiária, em especial nas Varas da Família, encontrei, nos Magistrados que as presidiam, a certeza de que ali estaria a profissão que me propiciaria o que tanto desejava, cuidar de pessoas, promover sua saúde social, ou, como diziam os nossos professores das Arcadas, promover a "pacificação social". E assim nasceu a opção pela Magistratura.

Em 1988, formei-me, em um tempo em que mulheres praticamente não eram aprovadas nos concursos para Juiz, principalmente se jovens e recém-formadas. Muitos diziam que eu jamais passaria no concurso, ainda mais porque não tinha sequer altura para ser juíza. Lancei-me de forma obstinada nos estudos, ao mesmo tempo em que concluía a faculdade e trabalhava. E, tão logo formada, enfrentei e venci o Centésimo quinquagésimo sétimo Concurso de Ingresso na Magistratura. Aos integrantes daquela Comissão Examinadora, renderei sempre minha gratidão, por esta aprovação contrária aos parâmetros da época, e que mudou a minha vida, aos vinte e três anos de idade.

Devo à magistratura e ao Tribunal de Justiça Paulista quase tudo o que tenho em minha vida. Satisfação profissional e pessoal plenas, condições de uma vida digna, colegas que se tornaram amigos e amigos que se tornaram irmãos. Amigos certos das horas incertas – e das felizes e divertidas também, que, graças a Deus, são muitas.

A atividade jurisdicional propiciou-me a oportunidade de crescer como ser humano, com os sucessivos aprendizados que seguiram, muito além do estudo dos autos dos processos e das leis. Logo na então primeira entrância, a experiência de inaugurar o primeiro fórum da Comarca, o que na época incumbia ao juiz desde a elaboração e aplicação de concursos públicos para os cargos do fórum local, até a escolha e disponibilização de prédio, aquisição de mobiliário, treinamento de servidores, tarefas que não aprendemos na Faculdade de Direito. No galgar das etapas da carreira, de uma Comarca para outra, a pós graduação

Acesso ao Sumário

no laboratório de vida humana.

Mas foi nos últimos sete anos, que encontrei a realização plena de minha atividade jurisdicional de primeiro grau, na Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional do Tatuapé. Ali, tive o privilégio de conhecer inúmeras pessoas dedicadas ao próximo, doando seus tempos, seus recursos, seus afetos e, com suas atitudes, modificando histórias, criando futuros. Fizemos projetos, passeios, encontros, grupo de apoio à adoção; atividades fora do expediente forense, com a graciosa dedicação de valorosos servidores, psicólogos, assistentes sociais, advogados, comunidade local, parceiros.

Com aquelas crianças e adolescentes, aprendemos o poder transformador do afeto, a capacidade de superação, a inesgotável esperança de dias melhores.

No último ano, tivemos a honra de participar da campanha "Adote um Boa Noite", idealizada e promovida pelo então Corregedor Geral de Justiça, nosso atual Presidente, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças. Seu escopo é incentivar a adoção tardia e especial e sua peculiaridade foi a coragem de tirar os meninos das sombras dos abrigos em que vivem e apresentar à sociedade os seus lindos rostos. Sr. Presidente, V.Exa. não pode imaginar a felicidade que proporcionou a estes jovens, pelo simples fato de dar-lhes visibilidade e restituir-lhes a autoestima. Não bastasse, famílias improváveis formaram-se a partir daquela ação: o homem que nunca pensou em adotar, ganhou um filho adolescente que já havia desistido de ser adotado; a moça solteira que queria adotar uma bebê saudável, tornou-se mãe de uma adolescente de dezessete anos, com deficiência mental. Conseguimos fazer o impossível: dentre muitos encontros, o adolescente de quinze anos, HIV positivo, ganhou uma família. Depois, fizemos o mais que impossível: esta família resolveu acolher também a irmã do adolescente, já maior de idade, egressa do abrigo. Histórias que não aparecem nas frias estatísticas mensais, mas que valem toda uma vida funcional.

Hoje, com o inescondível orgulho de assumir uma cadeira deste centenário Tribunal de Justiça, o mais grandioso e respeitado de nossa nação, assumo também a imensa responsabilidade de ladear aqueles que aqui se encontram, grandes homens e mulheres que fizeram e ainda farão a história da Justiça Bandeirante. Tenho a felicidade de integrar a gloriosa Seção Criminal, que se encontra sob a competente direção do Magistrado que tenho por paradigma de profissional, colega e amigo, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia. Ser conduzida por Vossa Excelência hoje a este sodalício, foi uma enorme honra que muito me emociona, pelo significado que sua preciosa amizade e de sua querida família tem para mim e para os meus. Em nome de Vossa Excelência, agradeço toda a acolhida que venho recebendo deste Egrégio Tribunal nesta transposição para o Segundo grau e que tanto suaviza as dificuldades do novo percurso.

Acesso ao Sumário

À querida colega empossanda, Desembargadora Márcia Regina Dalla Dea Barone, é uma honra ascender com Vossa Excelência a esta Corte de Justiça, quando pela primeira vez, duas mulheres da carreira assumem o cargo de Desembargadoras. Passadas três décadas de nosso ingresso, outras muitas mulheres chegaram ao Poder Judiciario e transbordaram sua competência e encanto pelas comarcas do Estado, enchendo-nos de orgulho e confiança. Desembargadora Márcia, auguro que seja imensamente feliz e estou certa deque V. Excia prosseguirá sua jornada de sucesso, sempre a serviço da Justiça.

Encerro deixando este poema que para mim, embora tão singelo, seja uma inspiração para A VIDA, também PROFISSIONAL de quem, como nós, tem por ofício cuidar das pessoas e de suas relações.

Chama-se "Saber Viver", de Cora Coralina:

Não sei… Se a vida é curta
Ou longa demais pra nós,
Mas sei que nada do que vivemos
Tem sentido, se não tocamos o coração das pessoas.
Muitas vezes basta ser:
Colo que acolhe,
Braço que envolve,
Palavra que conforta,
Silêncio que respeita,
Alegria que contagia,
Lágrima que corre,
Olhar que acaricia,
Desejo que sacia,
Amor que promove.
E isso não é coisa de outro mundo,
É o que dá sentido à vida.
É o que faz com que ela
Não seja nem curta,
Nem longa demais,
Mas que seja intensa,
Verdadeira, pura… Enquanto durar
MUITO OBRIGADA!!!

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da posse das Desembargadoras Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti e Regina Dalla Déa Barone (Solenidade realizada em 21.06.2018).

Boa tarde a todos.

Saúdo o Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, que foi Presidente desta Corte no biênio passado e em seu nome saúdo todas as autoridades presentes nesta cerimônia. Saúdo, em especial, as duas Desembargadoras que acabam de ser empossadas: a Desembargadora Márcia Regina Dalla Déa Barone e a Desembargadora Gilda Cerqueira Alves Barbosa Amaral Diodatti.

Cumprimento todos os que se encontram neste belíssimo salão, ornamento da Justiça paulista, sacrário do Tribunal de Justiça. Quero saudar, em especial, todos os Magistrados, todos os advogados, membros do Ministério Público, todos os nossos servidores, todas as autoridades presentes que já foram nomeadas pelo cerimonial.

Quero saudar em especial os familiares das eminentes Magistradas que acabam de assumir o cargo de Desembargadoras, em especial os esposos, Doutor Walter Rocha Barone e Doutor João Carlos Amaral Diodatti. Também não posso deixar de saudar os filhos das duas Desembargadoras, João Augusto, Cecília, Vitor e Sofia.

É com imenso prazer que saúdo, em especial, as eminentes Advogadas, Procuradoras e Juízas que se encontram nessa bancada, principalmente as Juízas e Desembargadoras presentes nesse auditório, bem como as servidoras e as mães que se encontram aqui.

Este é um momento de notável diferenciação e que servirá de paradigma na mais do que centenária história da Corte. Pela vez primeira, duas mulheres, duas Magistradas, assumem simultaneamente e tomam posse no cargo de Desembargadoras de nossa Corte de Justiça.

É emblemático, é paradigmático e é maravilhoso – na verdade demonstra a evolução pela qual a Corte de Justiça passou desde os primórdios de sua instalação. Hoje, temos grande número de Juízas participando dos trabalhos de prestação jurisdicional do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mulheres e homens são iguais, não só por força e por preceito constitucional, mas também por força da própria natureza.

Quando ingressei não havia nenhuma mulher na Magistratura. Tive a oportunidade de saudar a primeira mulher que foi empossada no 2º grau de

Acesso ao Sumário

jurisdição do nosso Tribunal e me senti extremamente honrado por ter sido escolhido por ela para realizar a saudação da primeira Juíza de carreira que veio ao 2º grau de jurisdição no Estado de São Paulo.

E hoje, Deus me dá nova oportunidade, essa feliz coincidência de presidir esta solenidade e empossar e declarar como Desembargadoras as doutoras Gilda e Márcia, paradigmas de Magistradas, que fazem da Corte de Justiça de São Paulo, da terra de Piratininga, um modelo e protagonizam a história da Justiça de nosso país.

Cada uma delas contou, em rápidas pinceladas, a sua história de vida. Nasceram, ambas, em berços de famílias de sólida estrutura moral e profunda tradição cristã e aprenderam com seus pais e suas mães o que é ser mulher, o que é assumir um papel na sociedade – e fizeram disso uma bandeira de vida. Doutora Márcia, da Universidade Mackenzie, Doutora Gilda, das Arcadas do São Francisco, ambas escolas tradicionais do nosso Estado. Nelas moldaram seu caráter, moldaram sua formação e chegaram prontas para assumir no Tribunal de Justiça o cargo de Juízas Substitutas.

Cada uma construiu a sua própria família, cada uma teve dois filhos, cada uma é casada com profissionais da mais alta respeitabilidade, ambos da área jurídica. Portanto, elas servem de modelo para as jovens que um dia serão guerreiras nesse Tribunal, que um dia poderão levar adiante a bandeira que as duas Desembargadoras trouxeram para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Vocês duas, me desculpem pela informalidade, mas são muito jovens, são modelos de mulheres, modelos de Juízas, modelos de profissionais, modelos de pessoas dedicadas ao estudo, à Academia e só chegaram aqui graças a muito estudo, muito trabalho e um comprometimento com a carreira.

Com a Doutora Márcia convivi por um tempo no 2º Tribunal de Alçada, nos almoços na Conde de Sarzedas. Sempre pude conviver com sua alegria de viver, sua dedicação à família, aos filhos e ao marido (nosso colega, que falou em nome desta Corte de Justiça). É patente a felicidade de todos que aqui se encontram, dos amigos das duas Desembargadoras, das amigas, nessa tarde festiva em que elas foram empossadas.

Doutora Gilda e eu trabalhamos juntos também, notadamente quando ocupei o cargo Corregedor-Geral da Justiça, principalmente na área da Infância. Uma das maiores Juízas dessa área, com alta especialização, com comprometimento e com muito amor. Para ser Juíza da Infância e se dedicar às crianças é realmente necessário um coração como é o da Gilda.

O programa de Adoção Tardia da Corte, que o Doutor Paulo Dimas e eu implantamos, é, sem sombra de dúvida, um dos maiores de adoção do nosso País. Recentemente foi aprovado para ser implantado por todos os Tribunais

Acesso ao Sumário

de Justiça do Brasil. Na verdade, havia muita resistência quanto às crianças e adolescentes aparecerem e se colocarem à disposição para adoção.

Mas, o programa foi um sucesso! Com apoio de toda a sociedade civil, de todos os Magistrados desta Corte, dos membros do Ministério Público, da advocacia, está aqui o Doutor Márcio Elias Rosa, que nos apoiou como Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, o Governador Alckmin na oportunidade também apoiou, bem como times de futebol de diversas bandeiras. Foi realmente um trabalho magnífico, cada vez mais reproduzido e que tem feito a felicidade de tantas crianças, como a Desembargadora Gilda acabou de relatar.

São coisas como estas que, às vezes, a sociedade não fica sabendo. As críticas ao Poder Judiciário, que são constantes, são feitas sem que se faça pelo menos a contrapartida do elogio daquilo que o Tribunal de Justiça faz, que é a prestação jurisdicional, a harmonização da sociedade e a solução dos conflitos, aquilo que é a missão que nós assumimos quando fizemos aquele primeiro juramento quando chegamos ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Por isso, em nome do Tribunal de Justiça, quero parabenizá-las, dizer da nossa alegria em declarar que vocês demonstraram que estão aqui para cumprir aquele juramento e distribuir a Justiça em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Vocês são motivo de orgulho para todos nós, Juízas e Juízes, seus pais, mães, esposos, filhos, amigos, colegas, parceiros. Vocês são o justo orgulho de todos nós. Que continuem nesta belíssima caminhada. Que continuem a distribuir Justiça, amor, a prestar a tutela jurisdicional de modo que a nossa Constituição Federal seja cumprida, para que a Justiça seja eficiente, seja rápida, célere, e seja um modelo para o nosso País.

Que vocês sejam muito felizes e, com essas palavras, declaro encerrada a sessão solene.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

LUÍS SOARES DE MELLO NETO (Desembargador)

Discurso proferido como orador por ocasião da inauguração do retrato do Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti na galeria de Ex-Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cerimônia realizada em 06.08.2018).

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ***Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças***, a quem agradeço a hora e orgulho de ter sido escolhido para falar ao

homenageado e meu bom e querido amigo **Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascarettti**.

No dia de volta de minhas férias no começo do ano, ***Presidente Pereira Calças***, ao receber um telefonema em meu próprio celular, de Vossa Excelência, meu Presidente, com esta agradável designação, garanto que fiquei extremamente feliz e envaidecido e muito o agradeço pelo gesto, e não o esquecerei.

Peço licença também para saudar os demais membros do Conselho aqui presentes, meus queridos amigos ***Desembargador Arthur Marques da Silva Filho***, Vice-Presidente, Desembargador ***Geraldo Francisco Pinheiro Franco***, Corregedor Geral da Justiça, ***Desembargador Fernando Antônio Torres Garcia***, Presidente da minha Seção Criminal, ***Desembargador Gastão Toledo de Campos Mello Filho***, Presidente da Seção de Direito Civil e que aqui esteve presente até minutos atrás, ***Desembargador Getúlio Evaristo dos Santos Neto***, Presidente da Seção de Direito Público e ***Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan***, Digníssimo Decano em exercício.

E é em nome destes eminentes **Desembargadores Membros de nosso digno Conselho Superior da Magistratura**, que me permito saudar todos os demais Desembargadores e autoridades presentes ao ato, membros do Ministério Público, Advogados, familiares, amigos e funcionários da Casa.

Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti.

Presidente Paulo Dimas.

Paulinho, amigo do coração.

Quando recebi a incumbência de falar de você e a você, tenha certeza disso, querido amigo, confesso que senti um entremeio de **preocupação e grande satisfação.**

Primeiro a preocupação, por ter que falar a um grande homem, que você é, inegavelmente, mas e também ao mesmo tempo, **uma alegria imensa**, porque era algo que eu realmente devia a você, como colega e amigo, diante do **grande e expressivo prestígio** que você me emprestou **em toda sua gestão**, que sempre agradeci, reconheci e enalteci, tenho certeza, mas dizê-lo isto em público, para mim, é uma questão de pagar uma dívida a você, um dos grandes e maiores Presidentes que este Tribunal teve a honra de receber.

Presidente Paulo Dimas: tive **muito orgulho** em trabalhar com você, situação esta que certamente envaidece meu currículo.

E, como eu, tenho certeza de que todos os que conviveram com você trabalharam com você em sua gestão, tem este mesmo **orgulho** em ter podido colaborar com a sua Presidência, porque sua garra e determinação no trato com o Judiciário sempre foram exemplares.

E agora fica a imaginar, já no **plano familiar**, a profunda alegria e **orgulho**

Acesso ao Sumário

que os queridos ***Thiago, Vinicius, Bruno, Paulinho Júnior e Rafael***, seus **cinco filhos amados**, devem ter desse pai brilhante, atuante e especialmente batalhador incansável e de todas as horas.

Não é fácil aliar a qualidade de bom pai e profissional, tremendamente marcantes, ao mesmo tempo, especialmente quando aqueles são **nada menos do que cinco!!**

Cinco filhos, nos dias de hoje e até nos de ontem e também nos de amanhã, meu caro Presidente Paulo Dimas, não é fácil de ter, criar, manter e educar.

No entanto, o seio do lar de onde vieram todos eles moldados, Paulino, é exemplar, o que tornou certamente mais fácil a missão.

Seus descentes **todos** honram a origem, portanto.

Já **Vanessa**, mulher amada e hoje timoneira do barco dos ***Bellis Mascaretti*** no lar feliz, é outra que certamente carrega o **orgulho** até aqui enaltecido, e certamente tem participação efetiva e **altamente determinante** na formação desse homem que chegou ao topo do Judiciário Paulista.

Companheirona de todas as horas, mulher de fibra – *e isso sei até mesmo pela minha própria mulher, que a admira e a enaltece sempre* – tem estado ao lado desse homem bom em todos os momentos, sem exceção.

Fazendo com que a harmonia do lar impere e seja o norte a seguir, por este nosso **jovem**, **sempre jovem** Paulinho.

E apego-me a isto, já e um pouco por aqui.

Paulo Dimas, o **homem-garoto**, que não envelhece nunca e jamais perde o jeito de menino.

Nem física, nem emocional, nem espiritualmente.

Tão jovem, mas tão jovem, e não só de espírito, como e especialmente de comportamento e aparência, que cheguei eu mesmo, viva-voz, e ele há de se lembrar disto, enquanto candidato a Presidente, a aconselhá-lo a revelar sua idade aos eleitores, enquanto em campanha, para que um ou outro não pensasse se tratar de um *inexperiente* da vida.

Acesso ao Sumário

Idade esta, aliás, cuja elegância impede qualquer um até mesmo de imaginá-la, pela jovialidade que exala sempre de sua postura, nada obstante deva ser feita a necessária e **imprescindível menção**, em termos ainda de família, às suas pequenas ***Rafaela, Giulia, e Liz***, três princesinhas que fazem a alegria da vida de quem é avô, como você e como eu também, por isso sei bem avaliar este tipo de amor que vem a destempo, quando até nem pensávamos que um amor desta natureza ainda existisse, ou que a gente imaginasse que pudesse chegar.

Aliás e essa fase em que vivemos, Paulo Dimas, já com a segunda e nova geração de sangue a nos encantar, é certamente a mola que nos move dentro da alegria de viver, é a renovação do amor, do entusiasmo, da paixão e

encantamento, exatamente como você a vive, Paulinho, porque também sabe aproveitar esses momentos simplesmente fantásticos da vida, que nos leva, enquanto com eles, a nos tornar crianças também, e até mesmo melhores pais, do que fomos ou deveríamos ter sido, certamente pela experiência de vida de que hoje desfrutamos, mais completos, tolerantes e satisfeitos com o mundo em nossa volta.

Incrível como esses seres tão pequenos nos fortalecem tanto.....

Pois bem.

Conviver com este jovem guerreiro**, impressionantemente jovem** e cheio de vigor, pai e avô convicto e exemplar, e profissional de grandes e indeléveis marcas, certamente é muito bom, satisfativo e gostoso.

E se isto é afirmado pelo plano profissional, certo também que o é especialmente no familiar, em que tem-se a certeza de que você é feliz, meu caro Paulo Dimas, porque afinal sua vida profissional não deixa de ser **reflexo certo** daquilo que traz de casa e de sua estabilidade, tanto por aqui como por lá.

Não tenho dúvidas que assim o dirá a sua **Vanessa**, mulher querida, sempre com mão forte de apoio, em tudo e para tudo na vida desse querido amigo, como já o disse, bem assim também chancelarão os seus filhos, e agora também as netinhas.

E nem poderia ser diferente.

Paulo Dimas é um **lutador**.

Sempre foi, porque nunca desiste de nada.

Vai atrás de seus sonhos**, e os realiza!!!**

Verdadeiramente os realiza.

Não importa se perde uma ou outra eleição.

Nada.

O perder ou ganhar é regra do jogo.

Isso é verdadeiramente irrelevante para ele, e sua vida profissional é capaz de demonstrar isso **com todas as letras**.

Importa, para ele e para nós, que aquelas que ganhou, todos os compromissos com seus eleitores – *e sempre e mesmo com aqueles que nele não votaram* – são integralmente cumpridos.

Mais que isso, todos conseguem visualizar escancaradamente que, depois de eleito, ele se torna um gestor de primeira linha, atuante, extremamente focado em seus deveres e obrigações, sacrificando o que seja preciso, em prol da instituição, de seus magistrados e de seus funcionários.

Todas as gestões da qual participou foram vitoriosíssimas.

Verdade verdadeira.

Acesso ao Sumário

Seu currículo diretivo-administrativo é tão extenso, que arrepia.

Na nossa APAMAGIS, sua verdadeira menina dos olhos, digamos assim, e sabe-se disso porque teve sempre muito amor por aquilo – **na verdade tem amor e entusiasmo por tudo o que lhe vem às mãos** – na APAMAGIS, dizia, foi nada menos do que ***Secretário, Tesoureiro, Conselheiro, e aqui, nada menos do que três vezes, depois Vice-Presidente e uma vez Presidente.***

Deixou sua marca histórica por ali, suas raízes, seu amor, sua dedicação e sua alma.

Na academia dos imortais dali, certamente é ***top***.

É um currículo, por ali e portanto, difícil de se equiparar.

Já aqui em nossa casa, esteve por duas profícuas gestões em nosso Órgão Especial – *afora a de Presidente* - sempre eleito, e finalmente sentou-se à cadeira principal diretiva da Corte, outra vez eleito por seus pares.

E as tais marcas de gestão que ele deixa e que aqui já referi, mostram àqueles que nele votaram e aos que não votaram, que a gestão **foi para todos**, indistintamente, como é a chancela de um bom gestor, que ele sempre foi e jamais deixou de ser, desde os tempos de suas vitoriosíssimas gestões na APAMAGIS.

Homem amigo, humilde, atende a todos que o procuram e sempre e sempre tem uma palavra boa e confortante a qualquer necessidade que se lhe apresentam.

Caráter exemplar e marcante.

Sempre.

Juiz de capacidade e competência invulgar, tive a honra de sentar-me exatamente a seu lado, durante toda uma gestão, enquanto eu e ele compúnhamos nosso Colendo Órgão Especial, observando de perto sua tremenda dedicação e apego à seriedade de todos os casos que lhe vinham às mãos.

Nas divergências, sempre foi tremendamente cavalheiro e, perdesse ou ganhasse a tese que defendia, sua capacidade de ser *gentleman* jamais era minimamente desviada.

Era, sempre foi e sempre será para mim motivo de orgulho ter dividido espaço com ele na bancada do Órgão Máximo dessa Corte Colenda.

Não havia uma quarta-feira sequer, nas Sessões do Órgão, em que ele se atrasasse, ao contrário, porque sempre por ali aportava pontual mas apressado, **sempre apressado**, aliás, as vezes até ofegante e com inúmeros comprometimentos na cabeça – seu jeitão próprio de ser – e às mãos também o sempre indefectível e tradicional malote verde do TJ, carregadíssimo, toda vez, de processos, tudo porque também às quartas-feiras era dia de sua sessão de Câmara ordinária, daí e portanto, dia dificilíssimo.

Mas, ainda assim e nada obstante, sempre de bom-humor, com boa-

vontade para tudo e para todos, sorriso sempre aberto e bonito no rosto; depois, uma palavrinha ou outra sobre nosso Corinthians e, vai daí, seriedade e comprometimento completo, para o início da Sessão.

E desempenhava como ninguém.

Muito atento sempre.

Mostrava sua competência e suas luzes a cada palavrinha, a cada intervenção, a cada discussão, a cada julgamento, a cada conclusão.

Juiz invejável.

Lúcido, coerente e preocupado sempre com esta coerência.

Assim se fazia.

E não é que eu apenas gostasse de ver sua atuação.

Na verdade, mais que isso**: admirava-o, admirava-o profundamente.**

Com este panorama e perfil histórico deste grande juiz, com a tal antes descrita brutal participação na direção associativa e de grande repercussão, além de suas funções jurisdicionais no Órgão Especial, seu caminho era trilhado e seu destino era firmado.

Iria dar à **Presidência da Corte**, inegavelmente.

Era história que se fazia.

Era história que se antevia.

Ninguém duvidava disso.

Nem seus não eleitores.

Sabia-se simplesmente que alguém com esta formação e currículo iria abrir as portas da Presidência da Corte.

E assim se fez, exatamente como se esperava.

E em grande estilo.

Eleito, formou uma grande e simplesmente espetacular **equipe memorável de juízes assessores**, todos competentes e ao estilo próprio do *chefe*.

E com parte dela tive estreito convívio durante a gestão, especialmente na área de Informática – que tive a honra de Coordenar em sua perfeita gestão - e, não raro, ouvia-se dos próprios assessores referências a você, Paulinho, que vinham a mim comentar, meio que assustados, atribuindo a você, o que **era absolutamente real**, um vigor **mental e físico** extremamente marcante e incansável, maior do que o deles próprios, veja-se bem, que se enquadravam na faixa dos trinta e poucos anos.

Via-se um ar de *desconforto* naqueles meninos, em não conseguir acompanhá-lo física e mentalmente, muitas vezes.

O que é mostra de seu vigor, Presidente Paulo Dimas, pode ter certeza.

E estavam certos, porque isso é marca própria e aberta sua, escancarada

e indefectível, posso garantir, e sei exatamente que você também tem certeza disso.

Sua gestão foi memorável.

Na Informática, sou testemunha-chave.

Manteve o programa, a linha de progressão e diretrizes antes traçadas, além dos investimentos que possuíamos.

Para, além disso, os implementou. Apoiava-nos em tudo e para tudo, e quando surgiam dúvidas, não hesitava em buscar socorro próprio nos mais entendidos, jamais emperrando a sequência de anos e anos de bons trabalhos nesse campo, o que viabilizou hoje a nossa Corte a ser **instituição de ponta** nessa área da informatização, elogiadíssima em todos os cantos, pais afora, incluso pelo **Colendo Conselho Nacional da Justiça**.

Nesse campo administrativo e da informática, portanto, sua gestão, como no todo, deixa rastros marcantes.

Conseguiu reduzir consideravelmente trâmites processuais, com a incrementação e expansão do Processo Digital, e instalou Cartórios do Futuro e o Projeto da Justiça Bandeirante, com enormes sequências e consequências positivas para o Poder Judiciário e para a população.

Substituiu, investindo pesado, mais de 30.000 equipamentos de informática por modelos de primeiríssima linha, realizando série enorme e exitosa de capacitação e treinamento de funcionários, o que resultou em aumento para lá de significativo na produtividade geral, o que foi **reconhecido até mesmo pelo C.N.J.**, como já firmei, para nosso orgulho, Presidente Paulo Dimas.

No plano social, sua Presidência implantou campanhas de cunho filantrópico, com destaque para as ações na área da saúde, *(por exemplo: os corte e doações de cabelos para ajudar entidades que atuam junto a mulheres que padecem das consequências da quimioterapia, em câncer de mama e mastectomias)*.

Não se pode esquecer também das ações ambientais, com excelentes resultados em torno do programa *TJ Sustentável*, além das campanhas de Páscoa, do Agasalho, do Dia das Crianças, do Natal, etc., para contemplar instituições que abrigam crianças órfãs e carentes.

Através do Programa *Razões para acreditar*, mostrou à sociedade como funciona o Judiciário.

Tudo a ser tomado de exemplo por tantos e tantos dirigentes de tantos outros lugares, Brasil afora, mostrando que a qualidade homem-empreendedor do Presidente Paulo Dimas extrapola o campo interno, mas preocupava-se também com o campo social externo e os reflexos que isso viesse a causar.

Colocou o Tribunal, portanto, em nível diferente daquela sua atividade

Acesso ao Sumário

base, buscando mostrar à sociedade que a Instituição, em suma, é formada por homens, como você, Paulo, que além da razão, competência e caráter, tem emoção e sentimentos e, com aquilo que lhe era possível fazer e realizar conseguiu levar o Tribunal à sociedade, em uma espécie de prestação de contas.

Sua mão, portanto, Paulo Dimas, alcançou além de onde seu tamanho físico pudesse chegar.

A revelar o quão importante foi sua gestão, para além de nossos quadros e de nossas paredes.

No aspecto institucional, não poderia deixar de mencionar o que para mim, e para muitos, significou uma grande inovação, com resultados sempre visivelmente positivos.

Não se furtando jamais a defender o Poder Judiciário e a própria magistratura e a seus funcionários, como já era corrente e de seu feitio, em tempos de direção associativa, elaborava as chamadas *Notas Técnicas*, empenhando-se em garantir e preservar as condições de trabalho, que permitem à magistratura e a seus funcionários, como um todo, a realização de sua finalidade primeira, que é a distribuição da justiça e solucionar conflitos.

Já no que diz à comunicação interna e externa, o Presidente Paulo Dimas percorreu todo o Estado de São Paulo, visitando comarcas e mais comarcas, em incansável trabalho de aproximação com os juízes do Estado, dando asas ao seu Programa *Gestão Administrativa*.

Com isso, escutava a todos e procurava solucionar toda espécie de problemas que lhes eram apresentados, uma resposta verdadeiramente democrática aos juízes do Estado, portanto.

Sabendo que estamos a atravessar presentemente um ótimo momento para divulgar ações relativas à dignidade da mulher, assunto que tem sido foco de muitas ações por parte de diversas entidades no país e no exterior, aproveitou a comemoração dos 10 anos da Lei Maria da Penha para, em diversos veículos de comunicação, posicionar o Tribunal de Justiça positivamente em favor dessa atuação firme de combate ao desrespeito às mulheres.

Instituiu e implantou a TV Corporativa e, enfim, envolveu-se interna e externamente na divulgação de nossos feitos, trazendo funcionários e magistrados para a onda do *hashtag*, o já conhecido *#SomostodosTJSP*, com vistas à aproximação da sociedade ao Tribunal.

Os Relatórios de Gestão impressos em caráter oficial por este Tribunal, tanto de 2016, como o de 2017, em verdade são duas **obras de arte** que, após compulsados, notam-se os extremamente recheados de feitos positivos e objetivos, que mostram bem o incansável e brilhante trabalho trazido pelo Presidente Paulo Dimas, durante seu profícuo biênio.

Enfim.

Acesso ao Sumário

O momento é solene, **Sr. Presidente Pereira Calças, Sr. Presidente Paulo Dimas**, mas ao mesmo tempo singelo, tanto que se o realiza – *embora publicizado* - nos estreitos limites desta centenária **Sala dos Retratos**, daí porque precisei ser um tanto breve, **se é que o fui**, nada obstante o homenageado merecesse horas, horas e mais horas de falas e referências a seu grande trabalho à testa da Presidência desta Colenda Corte.

Daí porque procurei resumir ao máximo a brilhante obra pessoal e institucional de Paulo Dimas, e de sua contribuição indelével à magistratura e ao Poder Judiciário.

A fala vem mais do coração e do amigo, propriamente dita, do que do colega de profissão.

Aceite, Paulinho querido, essa homenagem a você, que faço com muita honra e orgulho, em nome de nosso Presidente, a quem agradeço outra vez e sempre essa benesse de me ter permitido colocar um pouco de meus sentimentos para agradecer o Presidente Paulo Dimas, por tudo de bom que fez para nós do Poder Judiciário e à instituição Tribunal de Justiça, como um todo.

Agora e aqui nesse momento da fala, agradeço a todos, pela honra de me terem ouvido.

Acesso ao Sumário